

Repertorio sui servizi di investimento

Massime delle decisioni dell'Ombudsman – Giurì Bancario

Articoli di Dottrina

Pronunce giurisprudenziali

a cura del Conciliatore BancarioFinanziario

REPERTORIO SUI SERVIZI DI INVESTIMENTO

Massime delle decisioni dell'Ombudsman – Giurì Bancario
Segnalazioni di Dottrina
Pronunce giurisprudenziali

Al fine di consentire agli addetti degli intermediari Associati la possibilità di mantenere un costante aggiornamento sulla materia dei servizi e delle attività di investimento, il Conciliatore BancarioFinanziario ha predisposto una nuova collana dal titolo “Repertorio sui servizi di investimento”.

*Ogni numero del “Repertorio” contiene, nella Parte I, le **massime** delle decisioni di maggior interesse assunte dall'Ombudsman-Giurì Bancario (predisposte dagli Uffici dell'Associazione) seguite – per una pronta consultazione – dal testo della decisione stessa.*

*Alla Parte I si affiancano eventuali altre due sezioni dedicate, l'una alle segnalazioni di **articoli di dottrina**, e l'altra alle **pronunce giurisprudenziali**.*

Considerata la particolare evoluzione del diritto dei mercati finanziari, attraverso il “Repertorio” si intende fornire uno strumento che – senza pretesa di completezza ed esaustività – possa essere di supporto sia nell'attività di studio ed approfondimento della materia dei servizi e delle attività di investimento, sia nella segnalazione delle problematiche giuridiche maggiormente ricorrenti nel contesto operativo bancario-finanziario.

INDICE

PARTE I

MASSIME DELLE DECISIONI DELL'OMBUDSMAN-GIURÌ BANCARIO

Servizio di negoziazione titoli – Esecuzione degli ordini

- Collegio del 13 aprile 2015, ricorso n. 922/2014 -Vendita obbligazioni non quotate – Negoziazione su mercato secondario tramite internalizzatore sistematico – Prezzo di negoziazione stabilito unilateralmente dall'internalizzatore – Mancata indicazione del prezzo da parte del cliente – Accettazione (da parte della banca) del prezzo proposto dall'intermediario/negoziatore – Correttezza del comportamento della banca stessa *pag. 5*
- Collegio del 13 aprile 2015, ricorso n. 781/2014 - Trading on-line - Inserimento ordine di vendita – Sospensione delle negoziazioni – Provvedimento della Borsa Italiana – Ordine non eseguito – Mancata tempestiva comunicazione al cliente – Responsabilità della banca per il pregiudizio patito *pag. 8*

Trading on-line – Operatività in marginazione

- Collegio del 9 febbraio 2015, ricorso n. 581/2014 - Trading on-line – Acquisto in leva overnight – Avvio di operazione di aumento del capitale sociale – Chiusura d'ufficio delle posizioni in marginazione – Contestazione da parte del cliente – Infondatezza del ricorso *pag. 12*
- Collegio del 9 marzo 2015, ricorso n. 800/2014 - Apertura posizione short – Reintegro dei margini di garanzia tramite bonifico – Chiusura d'ufficio della posizione – Contestazione – Mancato avviso telefonico alla banca – Adempimento facoltativo del cliente – Responsabilità della banca dei danni conseguenti alla predetta chiusura *pag. 15*

Aumento del capitale sociale – Esercizio diritti di opzione

- Collegio del 29 gennaio 2015, ricorso n. 432/2014 - Operazione di aumento del capitale sociale – Avviso della Borsa Italiana relativo alla negoziazione di titoli azionari dell'emittente – Divieto di immettere ordini di vendita “al meglio” – Mancata informativa da parte della banca al cliente/azionista – Risarcimento del danno *pag. 19*

- Collegio del 23 febbraio 2015, ricorso n. 721/2014 - Operazione societaria – Qualificazione giuridica della fattispecie – Offerta pubblica di vendita – Assenza dell’obbligo di preventiva informativa alla clientela – Differente disciplina rispetto all’operazione di aumento del capitale sociale – Correttezza della condotta della banca pag. 23

PARTE II SEGNALAZIONI DI DOTTRINA

Mercati di negoziazione degli strumenti finanziari

GHIELMI CORRADO, *“Le sedi di negoziazione nell’ambito della disciplina Mifid II e Mifir”*, in Rivista di diritto bancario, aprile 2015 pag. 26

Prestazione dei servizi di investimento: servizio di consulenza

CIVALE FABIO, *“Consulenza e MIFID II: il nuovo assetto a geometria variabile”*, in Rivista di diritto bancario, marzo 2015 pag. 27

Strumenti derivati

MILANESI STEFANO, *“L’invalidità dei derivati over the counter. Causa tipica e razionalità dell’alea”*, in Giurisprudenza Commerciale, fasc. 4, 2014, pag. 630 pag. 29

Gestione collettiva del risparmio – Fondi di investimento

CAVALLO SILVIO, *“I nuovi fondi di investimento europei a lungo termine (ELTIF)”*, in Rivista di diritto bancario, giugno 2015 pag. 31

PARTE III PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

Prestazione dei servizi di investimento – Operazione non adeguata

OPERAZIONE FINANZIARIA - DICHIARAZIONE RESA SU MODULO PRESTAMPATO DALLA BANCA – CONTENUTO – “OPERAZIONE NON ADEGUATA” – VALORE CONFESSORIO – ESCLUSIONE – PROVA DELL’ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI DA PARTE DELLA BANCA – INSUFFICIENZA

SINTESI

pag. 33

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione III civile, 25 settembre 2014, sentenza n. 20178

pag. 34

Servizi di investimento – Risarcimento dei danni all’investitore

INVESTIMENTO FINANZIARIO – CHIUSURA IN PERDITA – RISARCIMENTO DEL DANNO – VIOLAZIONE OBBLIGHI INFORMATIVI DA PARTE DELL’INTERMEDIARIO – NESSO DI CAUSALITA’ –OPERAZIONE NON ADEGUATA – INSUFFICIENZA DELLE DICHIARAZIONI NEL QUESTIONARIO MIFID – RISARCIMENTO DELL’INTERA PERDITA SUBITA

SINTESI

pag. 39

CORTE D’APPELLO DI TRIESTE, Sezione II Civile, 18 dicembre 2014, sentenza n. 730

pag. 42

Strumenti finanziari derivati – Lite temeraria

STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI – RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO – RIGETTO DELLA DOMANDA – CONDANNA DEL CLIENTE ALLA RIFUSIONE DELLE SPESE – ULTERIORE CONDANNA AL PAGAMENTO DI UNA SOMMA EQUITATIVAMENTE DETERMINATA – ART. 96, TERZO COMMA, C.P.C. – AZIONE INGIUSTIFICATA DELL’ATTORE – COLPA GRAVE

SINTESI

pag. 62

TRIBUNALE DI MANTOVA, Sezione II Civile, 2 marzo 2015, sentenza n. 251

pag. 65

PARTE I

Massime delle decisioni dell'Ombudsman-Giurì Bancario

Servizio di negoziazione titoli – Esecuzione degli ordini

VENDITA OBBLIGAZIONI NON QUOTATE – NEGOZIAZIONE SU MERCATO SECONDARIO TRAMITE INTERNALIZZATORE SISTEMATICO – PREZZO DI NEGOZIAZIONE STABILITO UNILATERALMENTE DALL'INTERNALIZZATORE – MANCATA INDICAZIONE DEL PREZZO DA PARTE DEL CLIENTE – ACCETTAZIONE (DA PARTE DELLA BANCA) DEL PREZZO PROPOSTO DALL'INTERMEDIARIO/NEGOZIATORE – CORRETTEZZA DEL COMPORTAMENTO DELLA BANCA STESSA

Ove il titolo obbligazionario non sia negoziato su un mercato regolamentato e, nel mercato secondario, la sua negoziabilità del titolo sia assicurata esclusivamente da un negoziatore unico, mediante il ricorso al sistema di internalizzazione sistematica, è da ritenere – in ragione della circostanza che è proprio detto internalizzatore sistematico a stabilire unilateralmente il prezzo del titolo e a renderlo noto ai soggetti interessati a negoziare lo strumento in questione – che la banca convenuta, incaricata dal ricorrente di vendere i titoli obbligazionari, era obbligata a rivolgersi all'intermediario negoziatore più volte citato; sicché la banca ha correttamente adempiuto al mandato ricevuto, accettando la proposta di negoziazione formulata dall'internalizzatore al prezzo dal medesimo indicato, tanto più che il cliente, avendo inserito l'ordine "al meglio", non aveva indicato un prezzo specifico a cui eseguire l'operazione in questione (decisione del 13 aprile 2015, ricorso n. 922/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

Vendita obbligazioni non quotate – Negoziazione su mercato secondario tramite internalizzatore sistematico – Prezzo di negoziazione stabilito unilateralmente dall’internalizzatore – Mancata indicazione del prezzo da parte del cliente – Accettazione (da parte della banca) del prezzo proposto dall’intermediario/negoziatore – Correttezza del comportamento della banca stessa

(Collegio del 13 aprile 2015, ricorso n. 922/2014).

Il ricorrente espone:

1. di aver trasferito, in data 6 maggio 2014, presso l’intermediario convenuto il suo dossier titoli precedentemente custodito presso Banca (...);
2. di avere, in data 19 giugno 2014, disposto la vendita “al meglio” dei titoli “(...) SUB TV 08/18”;
3. che l’operazione in questione è stata eseguita, nella medesima data, alle ore 15:27, al prezzo di € 87,50;
4. che il suddetto prezzo risultava nettamente inferiore rispetto a quello (€ 94,5) rilevato, “tramite il sito www.....capitalservice.it”, “pochi minuti dopo la vendita”.

Il ricorrente contesta la differenza riscontrata tra il prezzo di vendita del titolo in questione e il prezzo rilevato subito dopo l’esecuzione dell’ordine, “ben lontana dai limiti massimi (+/- 3%) di variazione dei prezzi delle proposte rispetto ai prezzi dell’ultimo contratto concluso nel corso della medesima seduta di negoziazione stabiliti dal “Regolamento del Sistema di Internalizzazione Sistematica Deal Done Trading” emesso da (...); chiede, pertanto, che l’Ombudsman-Giurì Bancario voglia ordinare alla banca convenuta di “rettificare il prezzo di vendita a € 94,5” e di versare la somma di € 18.340,00, corrispondente alla differenza tra quanto avrebbe ricavato dalla vendita se questa fosse stata eseguita al suddetto prezzo e quanto effettivamente ottenuto a seguito dell’esecuzione dell’operazione.

La banca replica, eccependo, in via preliminare, l’incompetenza per valore dell’Organismo adito, posto che la vendita oggetto di ricorso ha riguardato titoli di valore nominale complessivo pari ad € 262.000,00.

Nel merito, l’intermediario deduce:

- a. che il titolo in questione non è negoziato su un mercato regolamentato bensì sul sistema di internalizzazione sistematica “Deal Done Trading” in cui “ (...) Capital Services Banca per le imprese”, facente parte del gruppo (...), svolge il ruolo di negoziatore unico”;
- b. che “per poter vendere il titolo in questione, [...] la banca depositaria del titolo, nel caso di specie DB, non può fare altro che contattare (...) al fine di conoscere il prezzo che quest’ultima prevede per la vendita del titolo [...]”;
- c. che, infatti, “nel momento in cui il cliente ha presentato la richiesta di vendita oggetto di contestazione, DB ha contattato (...) chiedendo quale fosse il prezzo del titolo che il cliente aveva richiesto di vendere” e che “(...) ha riscontrato prontamente la richiesta di DB comunicando che il prezzo era di € 87,50”;

- d. che “sulla base del riscontro ricevuto da (...) ed attenendosi a quanto disposto da cliente”, il quale ha ordinato che la vendita fosse eseguita “al meglio”, l’intermediario effettuato l’operazione in questione.

Il Collegio, esaminata la documentazione in atti, osserva quanto segue.

Per quanto riguarda l’eccezione preliminare sollevata dalla banca, il Collegio rileva che, ai sensi dell’art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento, all’Ombudsman possono rivolgersi i clienti degli intermediari aderenti, per controversie aventi ad oggetto i servizi e le attività di cui all’articolo 1, purché il ricorso abbia ad oggetto l’accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono. Se è richiesta la corresponsione di una somma di denaro, la questione rientra nella competenza dell’Ombudsman se l’importo richiesto non supera € 100.000,00.

Il suddetto limite di € 100.000,00, entro il quale è compresa la competenza per valore dell’Ombudsman-Giurì Bancario, attiene alla richiesta, in termini economici, formulata nel ricorso; sicché - considerato che il ricorrente ha richiesto, a titolo di risarcimento, la somma di € 18.340,00 - il Collegio ritiene la suddetta eccezione non meritevole di accoglimento.

Nel merito del ricorso, occorre, anzitutto, rilevare che, come affermato dalla banca convenuta, l’obbligazione “(...) SUB TV 08/18” non è negoziata su un mercato regolamentato e, nel mercato secondario, la negoziabilità del titolo è assicurata esclusivamente dal negoziatore unico “(...) Capital Services Banca per le Imprese S.p.A.”, mediante il ricorso al sistema di internalizzazione sistematica “Deal Done Trading”. In tale contesto, il prezzo del titolo è unilateralmente stabilito dall’internalizzatore sistematico e reso noto ai soggetti interessati a negoziare lo strumento in questione.

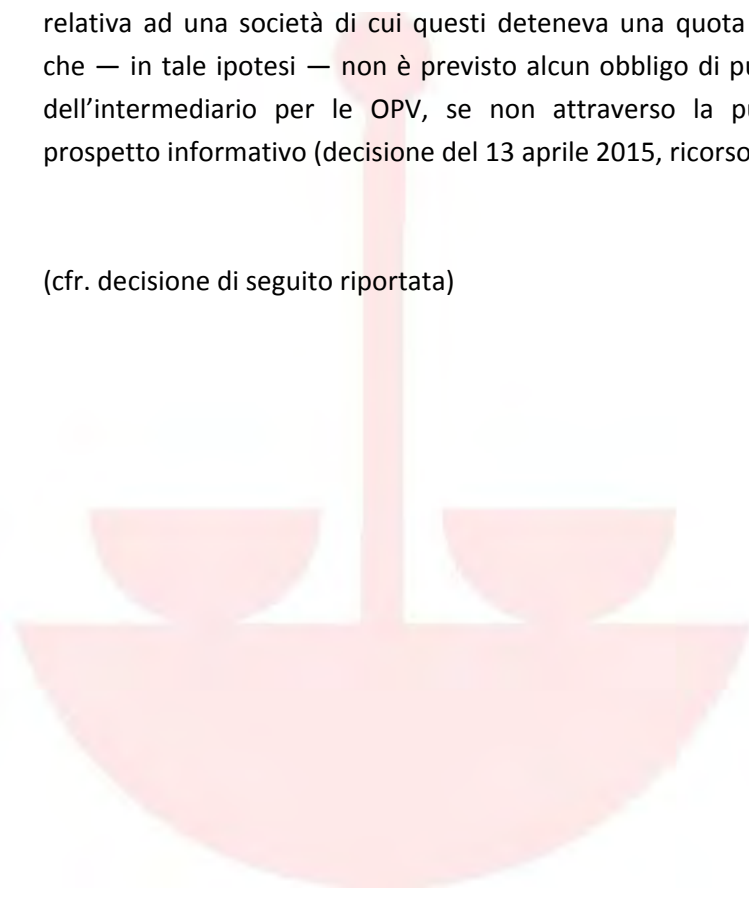
Nella specie, la banca convenuta, incaricata dal ricorrente di vendere i titoli in questione, era obbligata quindi a rivolgersi all’intermediario negoziatore “(...) Capital Services Banca per le Imprese S.p.A.” – così come ha fatto - e, considerato che il cliente non aveva indicato il prezzo a cui eseguire l’operazione in questione, ha correttamente adempiuto al mandato ricevuto, accettando la proposta di negoziazione formulata dall’internalizzatore al prezzo dal medesimo indicato.

Considerato quanto sopra, il Collegio respinge il ricorso.

TRADING ON-LINE - INSERIMENTO ORDINE DI VENDITA – SOSPENSIONE DELLE NEGOZIAZIONI – PROVVEDIMENTO DELLA BORSA ITALIANA – ORDINE NON ESEGUITO – MANCATA TEMPESTIVA COMUNICAZIONE AL CLIENTE – RESPONSABILITÀ DELLA BANCA PER IL PREGIUDIZIO PATITO

Ove si verta in ambito di offerta pubblica di vendita, e non di aumento di capitale, deve essere respinto in ricorso con cui si censura il comportamento della banca che non abbia provveduto ad informare preventivamente il cliente circa un'operazione di aumento del capitale relativa ad una società di cui questi deteneva una quota azionaria, posto che — in tale ipotesi — non è previsto alcun obbligo di pubblicità a carico dell'intermediario per le OPV, se non attraverso la pubblicazione del prospetto informativo (decisione del 13 aprile 2015, ricorso n. 781/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



Trading on-line - Inserimento ordine di vendita – Sospensione delle negoziazioni – Provvedimento della Borsa Italiana – Ordine non eseguito – Mancata tempestiva comunicazione al cliente – Responsabilità della banca per il pregiudizio patito

(Collegio del 13 aprile 2015, ricorso n. 781/2014).

La ricorrente espone:

- 1) di aver immesso, in data 7 agosto 2014 alle ore 20:29, tramite il portale di trading on-line della banca, l'ordine di vendita, con validità fino all'8 agosto 2014 e prezzo limite pari a € 0,74, di n. 105.000,00 del titolo "SGFTMIBSHORTX5SLFISSAE260517";
- 2) di aver ricevuto, alle ore 9:04:04 dell'8 agosto 2014, la notifica di "ineseguito totale" dell'ordine in questione;
- 3) di aver inserito, alle ore 9:07:03 del medesimo giorno, un nuovo ordine di vendita con prezzo limite pari ad € 0,735;
- 4) considerato che il suddetto ordine non trovava esecuzione, di avere, quindi, deciso di revocare, alle ore 9:22:39, detta disposizione, "per inserirne uno con prezzo limite più basso";
- 5) che la suddetta revoca è stata eseguita alle ore 15:31:46;
- 6) di aver effettuato, in data 4 settembre 2014, "un piccolo acquisto di 5.000,00 unità dello strumento finanziario oggetto del reclamo (per mediare il prezzo di carico) e finalmente, in data 15 ottobre 2014, [di essere riuscita] a vendere lo strumento finanziario al prezzo di € 0,712".

In merito ai fatti accaduti in data 8 agosto 2014, la ricorrente ritiene "ingiustificata" la mancata esecuzione del primo ordine (impartito il 7 agosto 2014 alle ore 20:29, al prezzo limite di € 0,74); lamenta, inoltre, la mancata esecuzione anche del secondo ordine di vendita (impartito l'8 agosto 2014 alle ore 9:07:03, al prezzo limite di € 0,735) considerato che, alle ore 9:20:11, il titolo medesimo era stato negoziato sul mercato al prezzo di € 0,746 e che la revoca dell'ordine era stata impartita solo alle ore 9:22:39. La ricorrente contesta, infine, che la suddetta revoca è rimasta sospesa "nello stato «ordini inviati con revoca in corso» fino alle 15:31:46" a causa di un malfunzionamento di entità definito dalla medesima "inaccettabile", che le ha impedito, "per più di sei ore" di inserire nuove disposizioni di negoziazione riguardanti il suddetto titolo.

La ricorrente chiede, pertanto, che l'Ombudsman-Giurì Bancario voglia ordinare alla banca convenuta di corrispondere la somma di € 6.615,00, pari alla differenza tra il controvalore dei titoli al prezzo di € 0,746 e quello al prezzo di € 0,683 (fatto registrare alle ore 15:35:39 - successivamente, quindi, al "definitivo ineseguito totale dell'operazione con la revoca accettata" – al momento, quindi, in cui avrebbe potuto "finalmente inserire un nuovo ordine di vendita sul titolo").

La banca replica deducendo:

- a. che l'ordine inserito dalla ricorrente in data 7 agosto 2014 "veniva annullato direttamente dalla Borsa Italiana alle ore 9:04 [dell'8 agosto 2014] in quanto, su quello strumento finanziario la Borsa aveva una situazione di «Trading Halted» cioè di sospensione. Di conseguenza ogni ordine che arriva sul mercato in quella fase viene automaticamente cancellato dalla Borsa stessa";
- b. che, in data 8 agosto 2014 [alle ore 9:07:03], la ricorrente inseriva un nuovo ordine di vendita "con limite di prezzo 0,735 che è rimasto in stand by in attesa che la Borsa Italiana passasse dalla fase di «Trading Halted» cioè di sospensione a quella di «continuità»;
- c. che la suddetta fase di "Trading Halted" è durata "fino alle 9:22:11 come confermato da Borsa Italiana";
- d. che "alle ore 9:22:39 la ricorrente inseriva la revoca dell'ordine manifestando in tal modo la propria rinuncia alla vendita del titolo" e che la suddetta revoca è stata eseguita alle ore 15:31:47;
- e. che, in ogni caso, "eventuali problematiche connesse a possibili rallentamenti della procedura sono regolati e previsti dall'art. 18 delle norme che regolano il servizio di Banca Multicanale che recita testualmente: «l'aderente prende atto che la banca potrà ritardare, sospendere o interrompere la fornitura del servizio, senza poter essere ritenuta responsabile delle conseguenze».

Il Collegio, esaminata la documentazione in atti, osserva quanto segue.

La contestazione formulata dalla ricorrente concerne l'"ingiustificata" mancata esecuzione dell'ordine di vendita impartito alle ore 20.29 del 7 agosto 2014, verificatasi alle ore 9:04 dell'8 agosto 2014.

In merito a detta doglianza, indipendentemente da quanto sostenuto dalla banca in sede di replica (secondo la quale la mancata esecuzione è dipesa dal fatto che le negoziazioni del titolo erano state sospese), risulta assorbente rilevare che l'esecuzione – ovvero, come nel caso di specie, la non esecuzione - di un ordine di borsa, una volta trasmesso al mercato di riferimento, dipende da fattori che esulano dalla sfera di responsabilità dell'intermediario.

Ciò posto il Collegio rigetta il suddetto capo del ricorso.

Per quanto concerne il secondo ordine impartito alle ore 9:07 dell'8 agosto 2014, la ricorrente lamenta la sua mancata esecuzione nonché la tardiva esecuzione della revoca disposta alle ore 9:22:39, ma intervenuta solo alle ore 15:31:46, con conseguente blocco dell'operatività dello strumento in questione per circa 6 ore.

Al riguardo, il Collegio rileva che il titolo in questione è stato sospeso dalle negoziazioni dalle ore 9:00:02 alle ore 9:22:11.

Sicché l'ordine in questione (impartito alle 9:07) non poteva operare, posto che ai sensi dell'art. 4.3.10 del Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A., *"durante la sospensione temporanea della negoziazione [...] non sono consentite l'immissione e la modifica di proposte"*.

Tant'è vero che nel "dettaglio movimento" allegato dalla ricorrente, l'ordine in questione è risultato "ineseguito" e non revocato, come postulato dalle parti.

Ciò che, da un lato, vale ad escludere la responsabilità dell'intermediario per mancata esecuzione dell'ordine; dall'altra, invece, consente di affermarla per non avere l'intermediario medesimo messo tempestivamente la cliente in condizione di avere contezza della situazione venutasi a creare.

Né può rilevare in senso contrario a quanto qui dedotto, la circostanza che *"eventuali problematiche connesse a possibili rallentamenti della procedura sono regolati dall'art. 18 delle norme che regolano il servizio di Banca Multicanale che recita testualmente: «... l'aderente prende atto che la banca potrà ritardare, sospendere o interrompere la fornitura del servizio, senza poter essere ritenuta responsabile delle conseguenze»"*.

Difatti, il Collegio rileva che ai sensi dell'art. 18 del contratto di banca multicanale, l'esimente in questione opera solo in tre circostanze specifiche: 1) esigenze di ordine tecnico, di sicurezza o di efficienza dei sistemi e cause di forza maggiore; 2) cause non imputabili alla banca; 3) fatti di terzi e, in genere, ogni impedimento od ostacolo che non possa essere imputato alla banca.

Circostanze, queste, che tuttavia la banca convenuta, in sede di replica, non ha né dimostrato né tantomeno allegato; sicché il Collegio ritiene che l'intermediario non possa invocare la suddetta disposizione al fine di declinare la propria responsabilità per il pregiudizio patito dalla ricorrente.

Venendo alla quantificazione del suddetto danno, il Collegio ritiene di non poter accogliere la domanda nei termini indicati dalla ricorrente e di dovere, invece, procedere alla quantificazione del pregiudizio con valutazione di tipo equitativo (art. 1226, c.c.), atteso che non è possibile stabilire ex post quali sarebbero state le scelte d'investimento della ricorrente, al momento della ripresa delle negoziazioni, nel caso in cui avesse avuto immediata contezza della mancata esecuzione dell'ordine in questione.

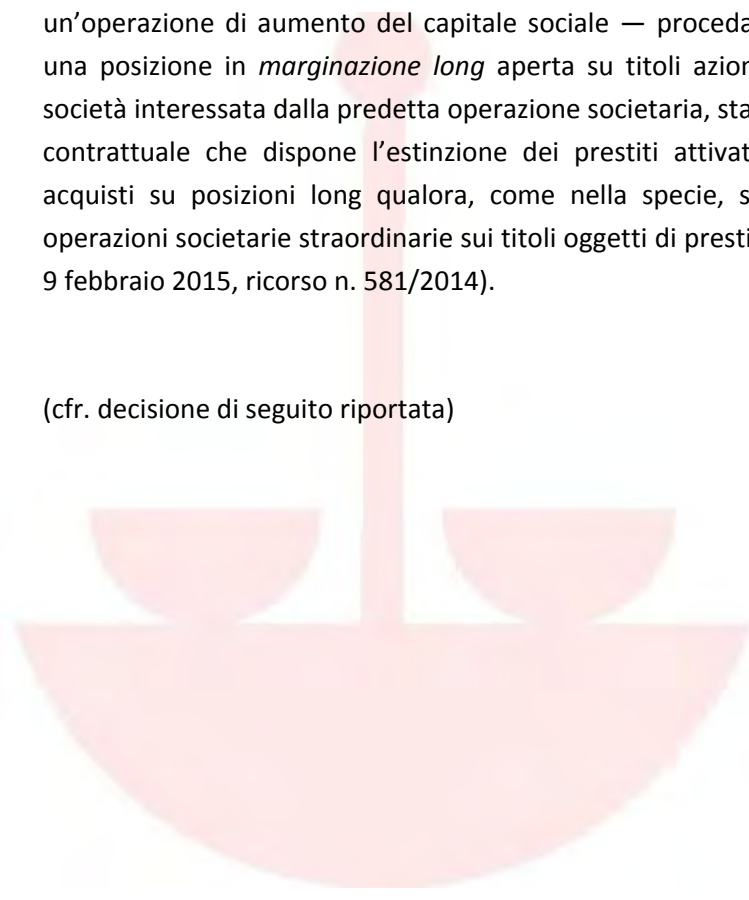
In conclusione, il Collegio, tenuto conto dell'andamento del titolo successivamente alla ripresa delle negoziazioni nonché del prezzo a cui la ricorrente ha effettivamente venuto il titolo medesimo in data 15 ottobre 2014 (€ 0,712), dichiara la banca tenuta – entro 30 giorni dalla comunicazione della decisione da parte della Segreteria e con invio all'Ombudsman-Giurì Bancario di idonea documentazione probatoria – a corrispondere alla ricorrente la somma di € 2.000,00, equitativamente determinata.

Trading on-line – Operatività in marginazione

TRADING ON-LINE – ACQUISTO IN LEVA OVERNIGHT – AVVIO DI OPERAZIONE DI AUMENTO DEL CAPITALE SOCIALE – CHIUSURA D’UFFICIO DELLE POSIZIONI IN MARGINAZIONE – CONTESTAZIONE DA PARTE DEL CLIENTE – INFONDATEZZA DEL RICORSO

Opera correttamente la banca che — avendo appreso dell’avvio di un’operazione di aumento del capitale sociale — proceda alla chiusura di una posizione in *marginazione long* aperta su titoli azionari emessi dalla società interessata dalla predetta operazione societaria, stante la previsione contrattuale che dispone l’estinzione dei prestiti attivati in funzione di acquisti su posizioni long qualora, come nella specie, siano annunciate operazioni societarie straordinarie sui titoli oggetti di prestito (decisione del 9 febbraio 2015, ricorso n. 581/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



Trading on-line – Acquisto in leva overnight – Avvio di operazione di aumento del capitale sociale – Chiusura d'ufficio delle posizioni in marginazione – Contestazione da parte del cliente – Infondatezza del ricorso

(Collegio del 9 febbraio 2015, ricorso n. 581/2014)

Il ricorrente espone di aver sottoscritto n. 500 azioni Deutsche Bank il 2 maggio 2014 al prezzo di 31,7150, per un totale di € 15.870,45 e che il 5 giugno 2014 la banca gli aveva inviato una e-mail informandolo che, al termine della giornata, avrebbe chiuso la posizione in marginazione long aperta sul predetto titolo, in quanto sarebbe diventato effettivo uno stacco di diritti; nonostante avesse diffidato la banca dall'effettuare tale chiusura (cfr. e-mail del 5 giugno 2014, delle ore 09:08:17), quest'ultima procedeva ugualmente ad eseguire l'operazione, procurandogli un danno economico di € 1.595,90.

Il ricorrente precisa che aveva acquistato le azioni interamente con capitale proprio, senza ricorrere in alcun modo ad un prestito bancario; pertanto, la banca non poteva applicare al caso di specie le norme contrattuali relative alla marginazione. Infine, il ricorrente sottolinea che "in questo caso il sottoscritto solo per errore ha scelto di operare in marginazione (nella sostanza la scelta dipende da un clic su un menù a tendina) con capitale interamente appartenente al sottoscritto". Evidenzia, poi, che la banca non aveva rispettato il principio di buona fede contrattuale, avendo comunicato la sua decisione di chiudere la posizione con pochissime ore di preavviso, impedendogli di tutelare al meglio i propri interessi.

La banca replica che la posizione in marginazione oggetto di contestazione era stata aperta dal ricorrente il 2 maggio 2014 sul titolo Deutsche Bank; con ex-date 6 giugno 2014 sul predetto titolo è stato approvato un aumento di capitale a pagamento, con conseguente stacco di diritti. Di conseguenza, si è resa necessaria la chiusura della posizione.

La banca precisa poi che il ricorrente aveva scelto di operare in marginazione; in particolare, aveva scelto di acquistare con modalità "leva overnight" e con margine 100%, comportando ciò l'assoggettamento della posizione aperta all'operatività tipica della posizione in leva. Sottolinea che lo stesso ricorrente aveva riferito di aver aperto la posizione in marginazione "per errore".

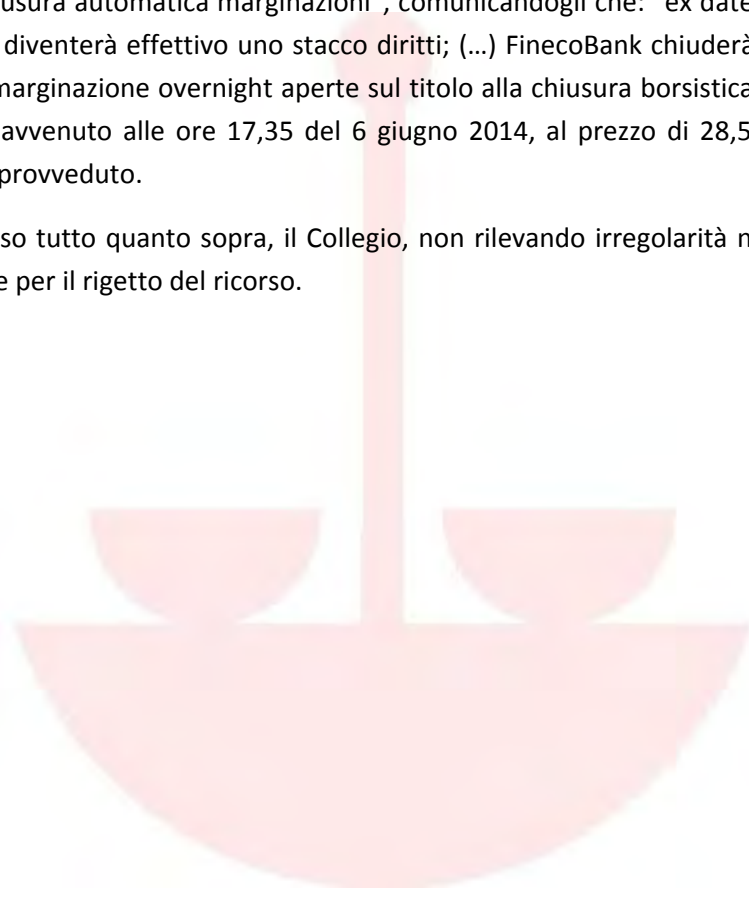
Per quanto concerne, infine, la tempistica della comunicazione di chiusura, la banca evidenzia che l'e-mail alla clientela era stata inviata il 5 giugno 2014, ossia prima dell'apertura del mercato di riferimento nell'ultimo giorno di quotazione del titolo prima dello stacco dei diritti. Sottolinea che aveva inviato la comunicazione non appena avuta ragionevole certezza dell'approvazione dell'aumento di capitale, confermato definitivamente da parte della banca depositaria estera solo il 6 giugno 2014, ossia il giorno stesso di inizio dell'operazione societaria.

Il Collegio, dall'esame della documentazione inviata in copia dalle parti in corso di istruttoria, rileva che il 2 maggio 2014, alle ore 9,39, il ricorrente ha acquistato, via *web*, n. 500 azioni Deutsche Bank in "leva overnight", con un margine del 100%; l'operazione è stata effettuata al prezzo unitario di 31,715, per un controvalore di € 15.857,50. Il 6 giugno 2014 è stato approvato un aumento di capitale a pagamento, con conseguente stacco di diritti, sul titolo Deutsche Bank.

Il Collegio nota, in merito, che l'art. 2.13.4 delle Norme Operative inerenti il servizio di marginazione prevede che: "se sui titoli oggetto di prestito vengono annunciate operazioni straordinarie (aumenti di capitale gratuiti o a pagamento, stacco diritti, fusioni, frazionamenti, raggruppamenti, scorpori, etc.) o la società emittente mette in pagamento dividendi esenti (o parzialmente esenti) da ritenuta, il prestito viene estinto alla data ultima di quotazione prima dello stacco e la posizione *multiday* chiusa entro il termine previsto per la conclusione delle negoziazioni sul mercato di riferimento del titolo". Tali Norme risultano accettate ed approvate dal ricorrente in data 16 settembre 2010.

Il Collegio rileva che il 5 giugno 2014 la banca ha inviato, alle ore 8,53, un'e-mail al ricorrente in merito alla "chiusura automatica marginazioni", comunicandogli che: "ex date 6 giugno 2014 sul titolo Deutsche Bank diventerà effettivo uno stacco diritti; (...) FincoBank chiuderà automaticamente tutte le posizioni in marginazione overnight aperte sul titolo alla chiusura borsistica di questa sera"; ciò che è poi appunto avvenuto alle ore 17,35 del 6 giugno 2014, al prezzo di 28,57, non avendo il cliente anteriormente provveduto.

Premesso tutto quanto sopra, il Collegio, non rilevando irregolarità nel comportamento della banca, conclude per il rigetto del ricorso.



APERTURA POSIZIONE *SHORT* – REINTEGRO DEI MARGINI DI GARANZIA TRAMITE BONIFICO – CHIUSURA D’UFFICIO DELLA POSIZIONE – CONTESTAZIONE – MANCATO AVVISO TELEFONICO ALLA BANCA – ADEMPIMENTO FACOLTATIVO DEL CLIENTE – RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DEI DANNI CONSEGUENTI ALLA PREDETTA CHIUSURA

Ove il cliente abbia ricostituito i margini di garanzia al fine di copertura di una posizione short, ma non abbia anche contattato via telefono la banca per informarla dell’avvenuto reintegro dei citati margini, quest’ultima non può procedere alla chiusura della posizione aperta in marginazione sostenendo di non essere stata telefonicamente avvertita dal ricorrente dell’effettuazione di un bonifico volto ad integrare il saldo di conto corrente collegato alla predetta posizione short, là dove dal tenore testuale delle clausole contrattuali (ove si rivolge al cliente l’“invito” a contattare telefonicamente la banca) risulti che la predetta comunicazione telefonica può, al più, rappresentare una mera facoltà per il cliente: la banca appare, infatti, legittimata ad effettuare la chiusura della posizione incapiente esclusivamente in caso di mancato reintegro dei margini, sicché la ricostituzione di tali margini non può che giudicarsi di per sé sufficiente a mantenere in vita la posizione reintegrata (decisione del 9 marzo 2015, ricorso n. 800/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

Apertura posizione short – Reintegro dei margini di garanzia tramite bonifico – Chiusura d'ufficio della posizione – Contestazione – Mancato avviso telefonico alla banca – Adempimento facoltativo del cliente – Responsabilità della banca dei danni conseguenti alla predetta chiusura

(Collegio del 9 marzo 2015, ricorso n. 800/2014).

Il ricorrente espone:

- 1) che alle ore 9:00 del giorno 4 settembre 2014 era aperta, nel proprio dossier, la posizione "short" relativa a 40 contratti "DJ Mini Sep 04";
- 2) di aver inserito, alle ore 9:17:43 del medesimo giorno, un ordine di "stop profit" relativo a 5 dei summenzionati contratti, da eseguire al raggiungimento del prezzo di \$ 19.960,00;
- 3) di aver provveduto, alle ore 14.15 del medesimo giorno, ad effettuare un bonifico sul conto corrente di regolamento della posizione in essere di importo pari ad € 25.000,00, al fine di reintegrare i margini di garanzia che erano venuti meno a causa di "uno sfavorevole momento di mercato", e di aver inviato alla banca, via fax, alle ore 14:30 la nota di eseguito di detta operazione;
- 4) di aver inserito, alle ore 15:53:20, un ordine di "stop loss" con riferimento a 10 contratti, da eseguirsi al raggiungimento del prezzo di \$ 17.167,00;
- 5) che, alle ore 16:00:13, la banca, di propria iniziativa, provveduto a chiudere 7 contratti al prezzo di \$ 17.134,00, giustificando tale operazione con la necessità di ricostituire i margini di garanzia richiesti per l'operatività in questione;
- 6) che la banca - in risposta al reclamo in cui egli aveva contestato l'operato dell'intermediario sostenendo che, con l'esecuzione del bonifico di € 25.000,00, i margini di garanzia fossero stati ricostituiti e che, dunque, la chiusura dei 7 contratti fosse da considerarsi illegittima – ha affermato che il cliente, in ottemperanza a quanto previsto nelle disposizioni che regolano le modalità di reintegro dei margini, avrebbe dovuto contattare telefonicamente la banca per informarla dell'avvenuta copertura e che, invece, non avendo avuto immediata contezza dell'esecuzione del suddetto bonifico, di conseguenza, aveva provveduto di sua iniziativa, come stabilito dalle norme contrattuali che disciplinano l'operatività in derivati, a chiudere alcune posizioni per ricostituire i margini di garanzia;
- 7) di aver dovuto revocare, a seguito della chiusura forzata operata dalla banca, l'ordine di "stop profit" precedentemente impartito in relazione a 5 contratti;
- 8) che il prezzo al quale si sarebbe attivato l'ordine di "stop profit" è stato raggiunto in data 12 settembre 2014 e che, fino a tale data, non si sono registrati prezzi che avrebbero invece determinato l'esecuzione dell'ordine di "stop loss".

Il ricorrente, sostenendo che le disposizioni che regolano le modalità di reintegro dei margini non prevedano alcun obbligo, in capo al cliente, di contattare telefonicamente la banca al fine di

comunicare l'esecuzione del bonifico a reintegrazione dei margini di garanzia, lamenta che la banca abbia illegittimamente chiuso la posizione con riferimento ai suddetti 7 contratti e, pertanto, chiede che l'Ombudsman-Giurì Bancario la dichiari tenuta a riconoscere, a titolo di risarcimento, la somma di \$ 4.350,00 corrispondente al danno subito a causa della condotta dell'intermediario.

La banca replica deducendo che le modalità di reintegro margini, "dettagliatamente rappresentate al cliente nella sua pagina privata", prevedono, "successivamente alla disposizione di reintegro, il contatto telefonico, necessario affinché gli uffici di competenza possano avere immediata evidenza dell'avvenuta copertura, sospendendo così la procedura di chiusura posizione"; "nel caso di specie, non avendo ricevuto evidenza tramite contatto telefonico della disposizione di bonifico impartita a copertura della posizione, gli uffici di competenza non hanno potuto prendere in carico la sospensione della chiusura".

Il Collegio, esaminata la documentazione in atti, osserva quanto segue.

La voce "Modalità di reintegro margini" riportata nella pagina privata del ricorrente contenuta nel portale di trading on-line della banca recita testualmente: *"In caso di movimenti di mercato a Lei sfavorevoli per la posizione da Lei detenuta potrebbe rendersi necessario, affinché le disponibilità presenti in conto corrente siano sempre sufficienti a mantenere le posizioni in essere, integrare il saldo del suo conto corrente secondo una delle tre seguenti modalità: 1) Giroconto da un altro conto aperto presso (...)Bank; 2) Bonifico da altro Istituto con relativo invio di una copia della distinta. In questo caso caso è necessario confermare a mezzo fax l'avvenuta disposizione del bonifico al numero [...]. Tale fax dovrà essere inviato all'attenzione del nostro «Market Execution»; 3) Chiusura parziale o integrale delle posizioni aperte fino a totale copertura del saldo. Nel caso in cui avesse integrato il saldo disponibile secondo una delle tre modalità sopra descritte La invitiamo a contattarci telefonicamente al numero verde. Qualora il saldo disponibile dovesse essere diventato insufficiente al mantenimento delle posizioni in essere, e non avesse provveduto ad integrare il saldo del Suo conto corrente secondo una delle tre modalità sopra indicate, la Banca si riserva la facoltà di chiudere la posizione, in modo parziale oppure totale, così come pattuito contrattualmente"*.

La banca, in sede di controdeduzioni, ritiene che dalle citate disposizioni scaturisca in capo al ricorrente un obbligo in virtù del quale, a seguito dell'esecuzione del bonifico, il medesimo debba attivarsi contattando telefonicamente la banca per informarla dell'avvenuta copertura dei margini di garanzia e per impedire così la chiusura coatta parziale della posizione.

Questa interpretazione, tuttavia, non appare condivisibile.

Invero, l'espressione di cui si discute (id est: *"La invitiamo a contattarci telefonicamente al numero verde"*) risulta perlomeno ambigua o scarsamente trasparente alla luce dell'art. 21, comma 1, lett. a), del TUF (che, come noto, impone agli intermediari, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori, di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati") e, comunque, risulta del tutto inidonea ad ingenerare nel cliente la convinzione che oltre al reintegro dei margini di garanzia mediante una delle tre modalità sopra indicate (ossia: *"1) Giroconto ...; 2) Bonifico ... 3) Chiusura"*), si rendesse altresì necessario, onde completare la procedura, contattare la banca anche per via telefonica.

Che il “contatto telefonico” di cui alla citata disposizione sia un mero adempimento facoltativo, irrilevante al fine del perfezionarsi dell’operazione, emerge del resto dal tenore testuale della proposizione successiva (secondo la quale: *“Qualora il saldo disponibile dovesse essere diventato insufficiente ... e non avesse provveduto ad integrare il saldo ... la Banca si riserva la facoltà di chiudere la posizione*), che inequivocabilmente riconnette l’effetto della chiusura della posizione incapiente (che, peraltro, la banca ha facoltà di non disporre) esclusivamente alla causa del mancato reintegro dei margini, indipendentemente da qualsiasi altra circostanza; sicché la ricostituzione di tali margini non può che giudicarsi di per sé sufficiente a mantenere in vita la posizione reintegrata.

Ciò posto, il Collegio ritiene che la banca, nella vicenda oggetto di ricorso, non si sia attenuta a quanto previsto dalla normativa sopra richiamata e, pertanto, sia da considerarsi responsabile dei relativi danni subiti dal cliente.

In merito alla richiesta di risarcimento del danno, il ricorrente deduce che la chiusura forzata della posizione con riferimento a 7 contratti disposta dalla banca – oltre a procurargli una perdita pari ad \$ 1.525,00, in quanto i 7 contratti in questione sono stati acquistati ad un prezzo (\$ 17.134,00) maggiore rispetto a quello di vendita (\$ 17.073,00) – ha determinato la necessità di modificare la sua strategia di investimento attraverso la revoca dell’ordine di “stop profit” relativo a 5 contratti; aggiunge che, se la banca non fosse intervenuta illegittimamente, la revoca non sarebbe stata disposta e l’ordine sarebbe stato eseguito in data 12 settembre 2014, quando il prezzo di \$ 16.960,00 impostato nell’ordine è stato raggiunto sul mercato e, di conseguenza, lamenta un mancato guadagno pari a \$ 2.825,00.

Ciò posto, il Collegio, considerato anche che la banca nulla ha eccepito in merito alla congruità della richiesta di risarcimento di \$ 4.350,00 (\$ 1.525,00 + \$ 2.825,00). dichiara l’intermediario tenuto – entro trenta giorni dalla comunicazione della decisione da parte della segreteria tecnica e con l’invio all’Ombudsman bancario di idonea documentazione probatoria – a corrispondere al ricorrente il controvalore in euro della somma di \$ 4.350,00, oltre agli interessi legali dalla data di produzione del danno sino al soddisfo.

Aumento del capitale sociale – Esercizio diritti di opzione

OPERAZIONE DI AUMENTO DEL CAPITALE SOCIALE – AVVISO DELLA BORSA ITALIANA RELATIVO ALLA NEGOZIAZIONE DI TITOLI AZIONARI DELL’EMITTENTE – DIVIETO DI IMMETTERE ORDINI DI VENDITA “AL MEGLIO” – MANCATA INFORMATIVA DA PARTE DELLA BANCA AL CLIENTE/AZIONISTA – RISARCIMENTO DEL DANNO

Qualora, in occasione dell’immissione di ordini d’acquisto di titoli azionari, il ricorrente — cui la banca non abbia comunicato l’avviso di Borsa Italiana S.p.A. contenente, tra le altre informazioni, l’avvertimento che detti ordini non potevano essere immessi senza limite di prezzo, essendo in atto un’operazione di aumento del capitale sociale — lamenti di non essere stato informato dalla banca, in merito alla necessità di specificare il “limite di prezzo” di esecuzione, con la conseguenza che, avendo egli impartito le disposizioni con parametro di prezzo “al meglio”, detti ordini non sono stati eseguiti, è da ritenere che la banca, avendo l’obbligo di avvisare il cliente/azionista in merito al divieto di immettere ordini di investimento “senza limite di prezzo”, sia responsabile degli eventuali danni subiti dall’investitore a causa della sua condotta (decisione del 29 gennaio 2015, ricorso n. 432/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

Operazione di aumento del capitale sociale – Avviso della Borsa Italiana relativo alla negoziazione di titoli azionari dell'emittente – Divieto di immettere ordini di vendita "al meglio" – Mancata informativa da parte della banca al cliente/azionista – Risarcimento del danno

(Collegio del 29 gennaio 2015, ricorso n. 432/2014).

Il ricorrente espone:

1. di aver impartito, tramite il portale di trading on-line della banca, nel periodo compreso tra il 13 e il 17 giugno 2014, ordini di acquisto, con parametro di prezzo "al meglio", di azioni "(...)", per un quantitativo complessivo pari a 55.000 titoli;
2. di aver deciso, in data 23 giugno 2014, di vendere una parte delle azioni acquistate (10.000) posto che "il titolo [aveva] raggiunto il prezzo di 3,8";
3. di avere, tuttavia, appreso, in detta occasione, che gli ordini di acquisto dei titoli precedentemente impartiti non erano stati eseguiti;
4. di avere, quindi, contattato la banca, la quale lo informava che gli ordini in questione non erano stati eseguiti in quanto impostati con parametro di prezzo "al meglio" mentre "il titolo richiedeva la specifica del tetto massimo".

Il ricorrente ritiene che l'intermediario convenuto avesse l'obbligo di avvisare, in occasione dell'inserimento di ordini di acquisto relativi al titolo "(...)", che le disposizioni in questione dovevano prevedere un limite di prezzo e non potevano, quindi, ai fini dell'esecuzione, essere immesse con parametro di prezzo "al meglio". Considerato che avrebbe, comunque, effettuato le operazioni in questione anche nel caso in cui avesse dovuto specificare il prezzo massimo di esecuzione degli ordini, il ricorrente ritiene che la banca sia responsabile dei danni procurati a causa della sua negligente condotta e chiede, pertanto, che l'Ombudsman-Giurì Bancario voglia ordinare all'intermediario di rimborsare "il danno subito pari alla vendita delle partite (...) non eseguite al valore di 3,8" nonché di risarcire il pregiudizio sopportato a causa del "blocco" da parte dell'intermediario della somma destinata all'acquisto dei titoli (circa 120.000,00) nonostante le compravendite non fossero andate a buon fine.

La banca replica, affermando che il ricorrente non ha subito alcun danno a causa della mancata esecuzione degli ordini di acquisto impartiti, considerato:

- a. che il titolo "(...)" non ha mai raggiunto, come sostenuto dal ricorrente, nella giornata del 23 giugno 2014, il prezzo di € 3,80, facendo registrare, invece, quale prezzo massimo, il valore di € 2,192;
- b. che, tenendo conto dei prezzi del titolo fatti registrare al momento dell'inserimento degli ordini di acquisto, l'esborso teorico complessivo per l'acquisto dei titoli a carico del ricorrente sarebbe stato pari ad € 121.707,50 mentre il ricavo, al lordo delle commissioni, che il cliente avrebbe ipoteticamente ottenuto dalla vendita delle azioni in suo possesso, in data 23 giugno 2014, al

prezzo massimo raggiunto dal titolo nella giornata, sarebbe stato pari ad € 121.656,00; il ricorrente, dunque, avrebbe subito una perdita se, nell'ipotesi in cui gli acquisti fossero andati a buon fine, avesse venduto i titoli nella data ed al prezzo sopra indicato;

- c. che le somme destinate all'acquisto dei titoli sono risultate indisponibili per il ricorrente solo per i pochi secondi intercorsi tra l'immissione dell'ordine e il rifiuto del medesimo da parte del sistema.

Il Collegio, esaminata la documentazione in atti, rileva che il ricorrente lamenta di non essere stato informato dalla banca, in occasione dell'immissione degli ordini di acquisto dei titoli "(...)", in merito alla necessità di specificare il "limite di prezzo" di esecuzione, con la conseguenza che, avendo impartito le disposizioni con parametro di prezzo "al meglio", detti ordini non erano stati eseguiti.

Sul punto in questione, il Collegio osserva che la banca convenuta, in sede di replica, non ha formulato alcuna controdeduzione, limitandosi a contestare la congruità del risarcimento richiesto dal cliente.

Premesso quanto sopra, il Collegio rileva che, in data 6 giugno 2014, Borsa Italiana S.p.A. ha diffuso l'"Avviso n. 10607" (relativo all'operazione di aumento di capitale promossa dalla Banca) contenente, tra le altre informazioni, il seguente avvertimento: "Si comunica che, a partire dalla seduta del 9 giugno 2014 e fino a successiva comunicazione, sulle azioni ordinarie Banca (B) sarà inibita l'immissione di ordini senza limite di prezzo [...]"; osserva, inoltre, che non risulta dalla documentazione in atti che la banca convenuta abbia informato il ricorrente, in occasione dell'immissione degli ordini tramite la piattaforma di trading on-line, circa le limitazioni previste dal suddetto avviso.

Considerato che l'art. 21, comma 1, lett. b) del T.U.F., impone agli intermediari di "operare in modo che [i clienti] siano sempre adeguatamente informati", e tenuto conto della rilevanza delle informazioni contenute nell'"Avviso n. 10607", il Collegio ritiene che la banca avesse l'obbligo di avvisare il ricorrente in merito al divieto di immettere ordini di investimento "senza limite di prezzo" con riferimento al titolo (...) e, pertanto, sia responsabile degli eventuali danni subiti dal cliente a causa della sua condotta.

Ciò detto, il Collegio osserva che il danno lamentato dal ricorrente consiste, da una parte, nel mancato guadagno conseguente all'impossibilità di vendere i titoli, in data 23 giugno 2014, al prezzo di € 3,8 e, dall'altra, nel non aver avuto a disposizione la somma destinata all'acquisto dei titoli (circa € 120.000,00) nel periodo in cui detto importo era stato "bloccato" dall'intermediario per eseguire le operazioni.

A tal riguardo, il Collegio osserva che il ricorrente, qualora fosse stato informato della necessità di specificare il prezzo limite di acquisto – e considerato il fatto che gli ordini da lui effettivamente impartiti prevedevano l'acquisto "al meglio" dei titoli - verosimilmente avrebbe indicato il prezzo corrente al momento dell'immissione delle disposizioni nel portale di trading on-line.

Posto che, in data 23 giugno 2014, il titolo in questione ha raggiunto il prezzo massimo di € 2,192 (e non quello di € 3,8 segnalato dal ricorrente) e che, nel periodo di tempo compreso tra tale data ed il 30 giugno 2014, l'andamento della quotazione non ha fatto registrare valori superiori al suddetto prezzo, il Collegio, verificati i prezzi ai quali, si presume, il ricorrente avrebbe acquistato le azioni, rileva che qualora quest'ultimo avesse venduto tutti i titoli nel suddetto periodo di tempo, non avrebbe ricavato alcuna plusvalenza bensì avrebbe subito una considerevole perdita; non ritiene, dunque, fondata la richiesta di risarcimento per quanto riguarda il profilo del mancato guadagno lamentato.

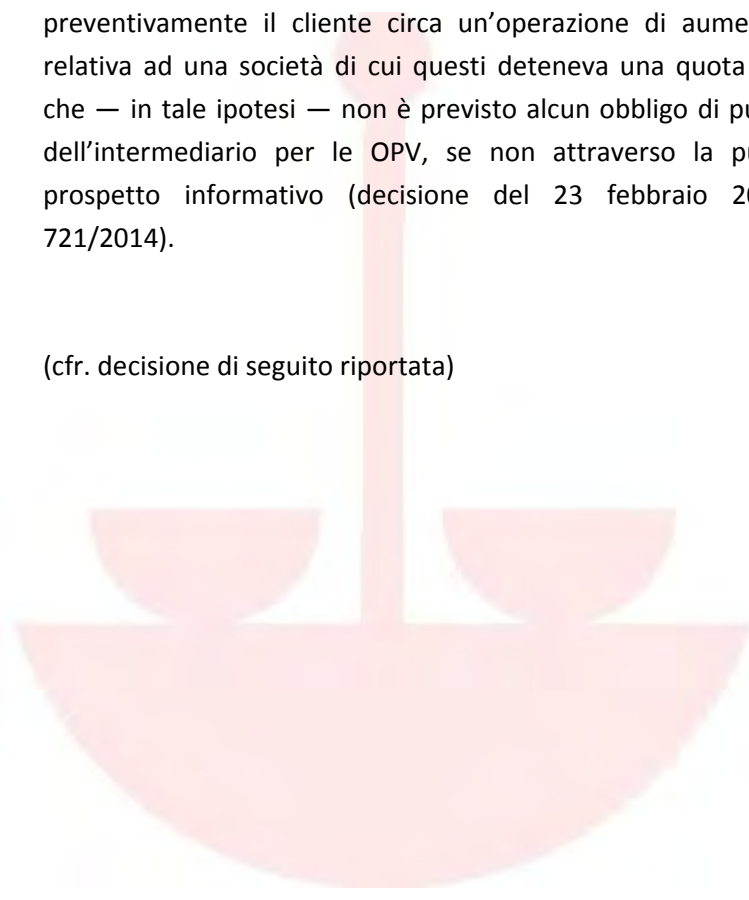
Con riferimento al risarcimento richiesto per non aver potuto il ricorrente disporre della somma destinata all'acquisto dei titoli, il Collegio rileva che, a seguito dell'immissione di un ordine di acquisto da parte della clientela, le procedure della banca prevedono la creazione di una "partita prenotata", al fine di vincolare, sul conto corrente di regolamento, un importo pari al controvalore dei titoli da acquistare e che tale "vincolo" di indisponibilità sulla suddetta somma perdura fino al momento in cui l'ordine in questione non viene rifiutato dal mercato.

Considerato che, nel caso in esame, gli ordini di acquisto impartiti dal ricorrente sono stati rifiutati dopo che erano trascorsi pochi secondi dalla loro immissione nel portale di trading on-line, il Collegio non ritiene che il ricorrente abbia subito alcun danno a causa della condotta della banca e, di conseguenza, rigetta anche il capo della domanda di risarcimento relativa al suddetto profilo.

OPERAZIONE SOCIETARIA – QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA FATTISPECIE – OFFERTA PUBBLICA DI VENDITA – ASSENZA DELL’OBBLIGO DI PREVENTIVA INFORMATIVA ALLA CLIENTELA – DIFFERENTE DISCIPLINA RISPETTO ALL’OPERAZIONE DI AUMENTO DEL CAPITALE SOCIALE – CORRETTEZZA DELLA CONDOTTA DELLA BANCA

Ove si verta in ambito di offerta pubblica di vendita, e non di aumento di capitale, deve essere respinto in ricorso con cui si censura il comportamento della banca che non abbia provveduto ad informare preventivamente il cliente circa un’operazione di aumento del capitale relativa ad una società di cui questi deteneva una quota azionaria, posto che — in tale ipotesi — non è previsto alcun obbligo di pubblicità a carico dell’intermediario per le OPV, se non attraverso la pubblicazione del prospetto informativo (decisione del 23 febbraio 2015, ricorso n. 721/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



Operazione societaria – Qualificazione giuridica della fattispecie – Offerta pubblica di vendita – Assenza dell’obbligo di preventiva informativa alla clientela – Differente disciplina rispetto all’operazione di aumento del capitale sociale – Correttezza della condotta della banca

(Collegio del 23 febbraio 2015, ricorso n. 721/2014).

Il ricorrente, titolare di 3.000 azioni della “Good Times Restaurants Inc.”, lamenta di non essere stato informato dalla banca convenuta in merito all’operazione di aumento di capitale promossa dall’emittente nel periodo compreso tra il 16 ed il 21 agosto 2013.

Il ricorrente - ritenendo che le norme contrattuali impongano all’intermediario, “in qualità di depositante e custode dei titoli azionari di comunicare, ai titolari delle azioni, in via telematica o cartacea, qualsiasi operazione ordinaria e/o straordinaria sul capitale” – chiede che l’Ombudsman-Giurì Bancario voglia ordinare alla banca di “consentir[gli] di ottemperare all’aumento di capitale dell’azione in oggetto al prezzo di \$ 2,50, insieme ai relativi Warrants A e B ad essa collegati in qualità di possessore di 3.00 azioni di Good Times Restaurants Inc. alla data del 16 agosto 2013, come da prospetto informativo presentato dall’azienda” e di corrispondere la somma di € 5.000,00 a titolo di risarcimento.

La banca replica deducendo:

1. che quella promossa dalla “Good Times Restaurants Inc.” nel periodo compreso tra il 16 ed il 21 agosto 2013 non era un’operazione di aumento di capitale bensì di offerta pubblica di vendita di titoli azionari;
2. che “tale evento è stato gestito dall’emittente tramite broker terzo che non ha interessato nello specifico la banca depositaria e conseguentemente Banca Sella”;
3. che, “non avendo ricevuto nota da parte di Citi US [la banca americana depositaria dei titoli], la banca non ha informato la propria clientela (titolare e non delle azioni) circa l’OPV in questione”;
4. che “non sussiste peraltro alcun obbligo di informativa per la suddetta tipologia di operazione, diversamente da quanto avviene per le decisioni assembleari che attribuiscono agli azionisti un diritto di opzione”;
5. che, “anche se il cliente si fosse attivato tra il 16 agosto 2013 ed il 21 agosto 2013 segnalando di voler aderire all’offerta pubblica di vendita, cosa che non è invece avvenuta, non avrebbe potuto disporre l’operazione tramite [l’intermediario] ma avrebbe dovuto rivolgersi direttamente al broker”.

Il Collegio - esaminata la documentazione in atti, ed in particolare il prospetto informativo relativo all’iniziativa promossa dalla “Good Times Restaurants Inc.” – osserva quanto segue.

Giova preliminarmente rammentare che l’operazione di aumento di capitale è un’operazione finalizzata all’incremento del capitale di una società attraverso l’emissione di nuove azioni ovvero attraverso un aumento del valore nominale delle azioni esistenti: le nuove azioni emesse vengono offerte agli azionisti esistenti in proporzione ai titoli che questi possiedono.

Per contro, l'offerta pubblica di vendita consiste nel collocamento sul mercato, da parte di società autorizzate, di azioni già esistenti — ovvero azioni che non sono di nuova emissione — a prezzi e quantità prefissati.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che — contrariamente a quanto affermato dal ricorrente — l'operazione posta in essere nel periodo compreso tra il 16 ed il 21 agosto 2013 non possa essere inquadrata tra quelle di aumento di capitale, ma consista invece in una offerta pubblica di vendita.

Lo dimostra la circostanza che il prospetto pubblicato dall'emittente fa riferimento ad un'offerta di "*common stocks together with warrants*" la quale: **a)** si rivolge ad una platea indiscriminata di possibili investitori; **b)** non contempla alcun aumento del capitale sociale (capitale che, infatti, com'è tipico nelle OPV, rimane invariato).

Alla luce di quanto sopra, il Collegio non ritiene di condividere l'assunto del ricorrente in quanto — non vertendosi in ambito di operazione di aumento di capitale — deve ritenersi infondata la censura secondo cui l'operazione medesima, in mancanza della preventiva informativa *ex art. 1838, c.c.*, sarebbe stata illegittimamente disposta.

E' pacifico, infatti, che l'obbligo di informativa di cui alla menzionata disposizione codicistica — secondo cui, in caso di operazioni di aumento di capitale, la banca depositaria ha l'obbligo di informare gli azionisti, i cui titoli sono presso di essa custoditi, in merito alle caratteristiche dell'operazione in questione e di chiedere istruzioni circa l'esercizio delle opzioni — non è invece previsto dal nostro ordinamento nell'ipotesi di offerta pubblica di vendita, la cui pubblicità avviene esclusivamente attraverso la pubblicazione del prospetto informativo su cui, nella specie, non vi è alcuna contestazione.

Per i motivi sopra esposti, non rilevando carenze nella condotta tenuta dalla banca nella vicenda, il Collegio respinge il ricorso.

PARTE II

Segnalazioni di dottrina

Mercati di negoziazione degli strumenti finanziari

GHIELMI CORRADO, **“Le sedi di negoziazione nell’ambito della disciplina Mifid II e Mifir”**, in Rivista di diritto bancario, aprile 2015 (cfr. www.dirittobancario.it)

La nuova disciplina relativa ai mercati degli strumenti finanziari, costituita da una Direttiva (la Direttiva 15 maggio 2014, n. 2014/65/UE, cd. “*Markets in Financial Instruments Directive II*”, c.d. MIFID II) e da un Regolamento *self executing* (il Regolamento 15 maggio 2014, n. 600, cd. “*Markets in Financial Instruments Regulation*” o MIFIR) – innoverà in modo significativo il mondo degli intermediari e dei mercati finanziari; tale disciplina si applicherà (MIFIR) o dovrà essere implementata (MIFID II) a partire dal 3 gennaio 2017.

Uno dei principali elementi di novità è rappresentato dall’introduzione di una *trading obligation* per le azioni: si tratta dell’obbligo di concludere nei mercati regolamentati e nei sistemi multilaterali di negoziazione, tramite internalizzatori sistematici o nelle *trading venue* di Paesi terzi riconosciuti, le transazioni (in conto proprio o per conto dei clienti) su azioni quotate (cioè ammesse alla negoziazione su di un mercato regolamentato o su altra sede di negoziazione), salva l’esistenza di ragioni legittime che giustificano il mancato rispetto di tale obbligo.

Altri elementi novità sono costituiti dall’introduzione, per la prima volta, di un principio di trasparenza per i prodotti *non equity* (obbligazioni, derivati, etc.), dal rafforzamento dei poteri di vigilanza ed un’armonizzazione del regime di limite di posizione per i derivati su merce, dal miglioramento delle condizioni della negoziazione e del regolamento degli strumenti finanziari, anche con la previsione di una nuova piattaforma di negoziazione (*Organised Trading Facility, OTF*), dalla nuova definizione di internalizzatore sistematico. Infine, resta da segnalare ancora: l’introduzione di controlli sulle attività di negoziazione algoritmica, una maggiore protezione per l’investitore attraverso l’introduzione di migliori requisiti organizzativi tra i quali meccanismi di protezione degli *assets* del cliente e di *governance* del prodotto, nonché il rafforzamento dell’esistente regime sanzionatorio che garantisca sanzioni effettive e armonizzate a livello europeo.

La nuova categoria OTF andrà ad integrare i tipi esistenti di sedi di negoziazione; si tratta di sistemi di negoziazione che, pur dotati della multilateralità, non incrociano gli ordini secondo regole di *matching* oggettive e predeterminate, ma in modo discrezionale, ovvero in base all’intervento del relativo gestore che decide, di volta in

volta, come abbinare le proposte di vendita con quelle di acquisto. Tale sistema di negoziazione, pur mantenendo le peculiarità di un sistema multilaterale, diverso comunque da un mercato regolamentato o da un MTF, permette l'interazione tra interessi multipli di acquisto e di vendita su una serie di prodotti *non equity* (ovvero, obbligazioni, strumenti finanziari strutturati, quote di emissione e strumenti derivati).

Il margine di discrezionalità introdotto per i gestori di OTF viene, comunque, temperato da una serie di strumenti di protezione dell'investitore sull'esercizio dell'attività e sulla migliore esecuzione nei confronti dei soggetti che si avvalgono di questo tipo di piattaforma; per garantire la neutralità del gestore di un OTF in relazione a qualsiasi transazione effettuata ed evitare che i doveri nei confronti dei clienti vengano compromessi dalla possibilità di ricavare profitti a loro discapito, si è vietato al gestore di impiegare capitale proprio nelle negoziazioni.

Il motivo per cui gli OTF sono stati introdotti tra le sedi di negoziazione è stato quello di garantire che tutte le negoziazioni organizzate venissero condotte in una delle *trading venues* così da applicare requisiti di trasparenza *pre e post* negoziazione.

Nell'articolo in esame vengono, infine, descritti i sistemi di negoziazione chiamati *Broker Crossing*, ossia sistemi elettronici interni di messa a confronto utilizzati da imprese di investimento che eseguono gli ordini dei clienti a fronte di ordini di altri clienti; tali sistemi permettono l'incrocio automatico degli ordini di acquisto e vendita per l'esecuzione, senza indirizzarli verso un mercato regolamentato o un MTF.

Questi broker dealer impiegano sistemi computerizzati per incrociare gli acquirenti e i venditori di grandi quantità di titoli: il vantaggio dei *crossing networks* è la capacità di eseguire un grande quantitativo di ordini senza incidere sul prezzo ufficiale. Tendono, inoltre, ad essere utilizzati per i titoli ad elevata liquidità ed offrono commissioni molto basse, l'anonimato nelle compravendite nonché un'incidenza quasi nulla sul mercato delle operazioni eseguite.

Prestazione dei servizi di investimento: servizio di consulenza

CIVALE FABIO, "**Consulenza e MIFID II: il nuovo assetto a geometria variabile**", in Rivista di diritto bancario, marzo 2015, (cfr. www.dirittobancario.it)

La pubblicazione della Direttiva MIFID II e del Regolamento MIFIR ha comportato profonde modifiche che interessano il servizio di consulenza in materia di investimenti; intermediari e clienti potranno declinare il servizio di consulenza secondo una pluralità di modelli relazionali e connessi livelli di servizio.

L'intermediario potrà presentarsi alla propria clientela come semplice consulente, come consulente indipendente o come consulente "ibrido"; tali distinti servizi di consulenza rappresentano diverse modalità o livelli di servizio in tema,

comunque, di consulenza e non vanno considerati quali compartimenti a tenuta stagna, bensì distinte e diverse modulazioni e combinazioni del medesimo servizio che verrà prestato secondo le scelte dell'intermediario e le richieste del cliente. Tutte le predette caratteristiche potranno combinarsi tra loro in modo diverso, dando vita ad una pluralità di modelli relazioni e livelli di servizio.

La MiFID 2 non contiene una definizione di consulenza su base indipendente, trattandosi, infatti, di uno specifico modello relazionale che si inquadra nella definizione unitaria del servizio di consulenza in materia di investimenti. Peraltro, pur in assenza di una definizione, la MiFID 2 disciplina le due condizioni "necessarie" affinché una consulenza possa definirsi "su base indipendente".

La prima condizione affinché una consulenza possa essere qualificata "su base indipendente" attiene al divieto di percepire e trattenere incentivi, salvi i c.d. minor non monetary benefits; la seconda condizione affinché una consulenza possa essere considerata "su base indipendente" attiene alla gamma dei prodotti finanziari che l'intermediario è tenuto a valutare. La valutazione, peraltro, deve avere ad oggetto un *range* di strumenti finanziari "sufficientemente diversificati" e non deve essere limitata agli strumenti finanziari emessi dallo stesso intermediario o da soggetti legati all'intermediario da "stretti legami".

L'accento è quindi posto sul metodo di selezione degli strumenti finanziari oggetto della consulenza su base indipendente; come già oggi avviene, il servizio di consulenza potrà essere limitato anche ad una o più categorie di strumenti finanziari ed anche in tal caso, comunque, la consulenza sarà definita "su base indipendente" a condizione che la clientela sia opportunamente conscia delle caratteristiche e del servizio offerto dall'intermediario.

L'intermediario abilitato al servizio di consulenza in materia di investimenti potrà assumere anche natura "ibrida" ossia prestare il servizio di consulenza ed il servizio di consulenza su base indipendente. Specifiche cautele dovranno essere adottate dal c.d. consulente ibrido al fine di non ingenerare confusione nella clientela. L'intermediario dovrà, in tempo utile e prima della prestazione del servizio, informare la clientela al dettaglio se la consulenza sarà su base indipendente o non indipendente.

Dovranno, poi, essere implementati specifici ed adeguati requisiti organizzativi e di controllo per assicurare che entrambi i tipi di consulenza ed il personale addetto alla prestazione del servizio di consulenza siano chiaramente "separati"; l'intermediario non potrà consentire agli stessi soggetti di svolgere attività connesse al servizio di consulenza ed al servizio di consulenza su base indipendente.

E' evidente che la prestazione dei due diversi tipi di consulenza, indipendente e non, pur espressamente consentita dalla MiFID 2, debba essere strutturata e controllata al fine di evitare di ingenerare confusione nella clientela circa il servizio prestato dall'intermediario.

L'autore dell'articolo definisce tale nuovo assetto a "geometria variabile", all'interno del quale assumerà valore centrale l'informativa pre-contrattuale attraverso cui l'intermediario dovrà rendere noto al cliente i diversi "tipi" di consulenza prestatati e, nello specifico, le caratteristiche della consulenza che il cliente potrà selezionare e ricevere. Nell'ambito dell'informativa pre-contrattuale, ad esempio, l'intermediario dovrà indicare al cliente o potenziale cliente se la consulenza è prestata su base indipendente o meno, se l'intermediario offre consulenza su base indipendente e non (c.d. consulente ibrido), quale sia la gamma dei differenti tipi di strumenti finanziari analizzati e che potranno essere raccomandati, una descrizione delle tipologie di strumenti finanziari presi in considerazione, nonché il numero degli strumenti finanziari riferibili ad emittenti che non hanno stretti legami con l'intermediario che presta il servizio di consulenza.

Una specifica informativa dovrà essere poi resa in merito alla presenza o meno, nell'ambito del servizio di consulenza, di una valutazione di adeguatezza periodica, ossia anche non continua, che si differenzia dalla c.d. valutazione di opportunità.

Inoltre, gli obblighi di informativa esistono anche nella fase di esecuzione del contratto di consulenza; la MiFID 2 precisa che gli intermediari devono *"spiegare ai loro clienti i motivi della consulenza"*; prevede inoltre che *"le informazioni sugli strumenti finanziari e sulle strategie di investimento proposte devono comprendere opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti finanziari o a determinate strategie di investimento, e l'indicazione se gli strumenti finanziari siano destinati alla clientela al dettaglio o alla clientela professionale, tenendo conto del mercato di riferimento (...)"*.

Strumenti derivati

MILANESI STEFANO, ***"L'invalidità dei derivati over the counter. Causa tipica e razionalità dell'alea"***, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 4, 2014, pag. 630

L'autore dell'articolo in questione osserva che, negli ultimi anni, si è assistito ad un notevole aumento del contenzioso in materia di contratti derivati *over the counter*, come dimostrato dalle numerose pronunce di merito in tema; in particolare, la sentenza della Corte d'appello in esame merita particolare attenzione perché, oltre ad offrire una chiara definizione della causa tipica del contratto di *interest rate swap* (tematica centrale in materia di strumenti derivati), dimostra di conoscere le diverse opinioni di giurisprudenza e dottrina in materia, e presenta una soluzione interpretativa al tema dell'invalidità di rilevante importanza.

La sentenza ha ad oggetto la sottoscrizione da parte di una società, da lungo tempo correntista della banca, di due contratti di *interest rate swap over the counter*,

stipulati con finalità di copertura del rischio di innalzamento dei tassi di un finanziamento a tasso variabile concesso alla società stessa.

Nel primo contratto - avente come nozionale (cioè, come importo assunto a base di calcolo per l'adempimento degli obblighi associati allo strumento derivato e, quindi, il valore dell'attività finanziaria cui è legato il contratto derivato stesso) l'importo del finanziamento - era stata prevista la generica possibilità di aumento del tasso fisso da pagare da parte del cliente (c.d. *step up*), senza che fossero tuttavia specificati i parametri in base ai quali operare in concreto gli aumenti stessi. Nel secondo contratto era stato previsto come nozionale un importo scelto in modo apparentemente discrezionale dalla banca, e uno scambio di differenziali riferiti a tassi variabili che, di fatto, non avrebbe consentito al cliente di incassare lo *spread* che gli era stato accordato.

Sebbene dalla motivazione non emerga in modo espreso, è plausibile ritenere che il secondo contratto fosse stato stipulato dopo la rinegoziazione del primo *swap*, che aveva evidentemente generato perdite per l'investitore e che, infatti, secondo un meccanismo frequente in caso di rinegoziazione di contratti derivati in perdita, riceveva dalla banca, al momento della firma del secondo contratto, il pagamento dell'*upfront*.

Fermi restando gli aspetti critici sopra menzionati (presenza dello *step up* nel primo contratto, poca chiarezza nella determinazione del nozionale nel secondo contratto), la Corte d'Appello ha fatto discendere la nullità del contratto da una diversa circostanza, ossia che, al momento della sottoscrizione dei contratti, la banca non aveva comunicato al cliente i criteri di determinazione del *mark to market*, che, pertanto, non era stato oggetto di specifica negoziazione. Tale mancanza, di per sé fonte di nullità del contratto per difetto di causa, ha peraltro determinato l'occultamento del compenso della banca «rappresentato dai c.d. costi impliciti all'interno delle condizioni economiche dell'atto gestorio».

Per tale motivo, secondo la citata Corte, i derivati in questione sarebbero nulli anche per difetto di accordo sul compenso spettante al mandatario (argomentato ex art. 1709 c.c. che impone alle parti del mandato oneroso di stabilire consapevolmente il compenso spettante al mandatario, senza che siano occultate le reali ed effettive condizioni economiche).

L'articolo esamina, poi, lo studio condotto negli ultimi anni da giurisprudenza e dottrina in materia di contratti derivati, e più in particolare di *interest rate swap*, evidenziando che tale tematica è stata affrontata sotto un duplice aspetto: da un lato, quello riguardante le conseguenze giuridiche derivanti da condotte dell'intermediario poste in essere in violazione degli obblighi di diligenza e correttezza previsti dall'art. 21 TUF; dall'altro lato, hanno indagato sul problema della corretta qualificazione giuridica dei contratti derivati e, conseguentemente, dell'individuazione degli elementi tipici necessari alla loro validità.

Nel primo caso, dottrina e giurisprudenza si sono occupate della problematica distinzione tra regole di validità e regole di comportamento e delle diverse conseguenze giuridiche che seguono la violazione di tali regole, affrontato con l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite nel 2007; tale sentenza aveva stabilito che la violazione degli obblighi di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle prestazioni a carico dell'intermediario comportava esclusivamente rimedi di tipo risarcitorio. In particolare, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico degli intermediari può dare luogo a responsabilità precontrattuale, quando tali violazioni attengono alla fase precedente o coincidente con il perfezionamento del contratto; può dare invece luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente comportare la risoluzione del contratto, quando tali violazioni riguardano condotte poste in essere in esecuzione del contratto.

Le Sezioni Unite hanno invece escluso che, in mancanza di esplicita previsione normativa, la violazione dei doveri di comportamento possa essere causa di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c.; infatti, «*il dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite*».

Infine, nell'articolo, si sottolinea che la tesi della Cassazione ha trovato riscontro in quella giurisprudenza che preferisce valutare la tenuta dei derivati dal punto di vista della violazione dei comportamenti di diligenza posti in capo all'intermediario, evitando così di dichiararne l'invalidità; nonostante l'indiscussa chiarezza della pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento e della diversa influenza che la loro violazione comporta sui derivati non è andata esente da critiche: invero, sia in dottrina, che in giurisprudenza si sono registrate opinioni sostanzialmente contrarie alla tesi della Cassazione, secondo le quali la violazione delle regole di condotta dell'intermediario può tradursi, in determinate circostanze, in una sostanziale alterazione della causa del contratto stesso, tale da causarne l'invalidità.

Gestione collettiva del risparmio – Fondi di investimento

CAVALLO SILVIO, ***“I nuovi fondi di investimento europei a lungo termine (ELTIF)”***, in *Rivista di diritto bancario*, giugno 2015, (cfr. www.dirittobancario.it, sezione “Approfondimenti”)

Il fondo di investimento europeo a lungo termine (“ELTIF”) è un nuovo tipo di organismo di investimento collettivo del risparmio introdotto con il Regolamento UE n. 2015/760 per facilitare gli investimenti da parte di investitori istituzionali e *retail* in progetti che richiedono l'impiego di capitale a lungo termine.

In particolare, potranno essere autorizzati alla commercializzazione come ELTIF, ai sensi del Regolamento, i fondi di investimento alternativi (si veda la direttiva AIFM), gestiti da un gestore europeo ed autorizzati secondo quanto disposto dalla direttiva medesima.

L'introduzione degli ELTIF va inquadrata nell'ambito degli sforzi volti ad incoraggiare il ricorso a forme alternative di credito – specialmente in relazione alle attività finanziarie che, a causa della natura illiquida o dell'orizzonte di investimento, sono più sensibili alle contrazioni del credito bancario – e, più in generale, finalizzati a realizzare un mercato unico dei capitali in Europa.

L'obiettivo del Regolamento, secondo l'Autore, è quello di *“stimolare gli investimenti a lungo termine nell'economia reale”*, attraverso uno strumento dedicato alla raccolta e all'impiego di capitali per finanziare piccole e medie imprese e attività materiali ed immateriali, quali progetti infrastrutturali o di ingegneria industriale che promuovano l'innovazione e la competitività. Secondo il legislatore europeo, una disciplina armonizzata del mercato dei fondi di investimento in imprese non quotate ed attività reali si è resa necessaria a causa della frammentazione della regolamentazione nazionale, che ostacola la commercializzazione transfrontaliera dei prodotti e determina divergenti livelli di tutela degli investitori, limitandone l'assunzione di esposizioni verso investimenti a lungo termine. L'obiettivo di un profilo di prodotto coerente, stabile ed uniforme spiega, inoltre, la scelta dello strumento normativo utilizzato (il regolamento).

Gli investitori ai quali l'ELTIF si rivolge è molto ampia: accanto agli investitori istituzionali - con maggiore propensione al rischio di illiquidità e alla ricerca di rendimenti stabili o di prospettive di significativo apprezzamento del capitale nel lungo periodo - viene considerato anche il mercato *retail*.

Il Regolamento è stato pubblicato in data 19 maggio 2015 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e si applicherà a partire dal 9 dicembre 2015.

Nell'articolo in esame vengono, infine, elencate le principali caratteristiche degli ELTIF (politiche di investimento, disciplina prudenziale, obblighi di trasparenza, negoziazione, distribuzione, rimborsi) e vengono, altresì evidenziate i potenziali sviluppi del nuovo strumento finanziario, anche alla luce dei primi giudizi espressi da parte del settore del risparmio gestito.

PARTE III

Pronunce giurisprudenziali

Prestazione dei servizi di investimento – Operazione non adeguata

OPERAZIONE FINANZIARIA - DICHIARAZIONE RESA SU MODULO PRESTAMPATO DALLA BANCA – CONTENUTO – “OPERAZIONE NON ADEGUATA” – VALORE CONFESSORIO – ESCLUSIONE – PROVA DELL’ADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI DA PARTE DELLA BANCA - INSUFFICIENZA

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione III civile, 25 settembre 2014, sentenza n. 20178

In tema di prova civile, la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza conseguente alle informazioni ricevute – della rischiosità dell’investimento e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo di investitore – non costituisce dichiarazione confessoria, “in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all’affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo”.

La sottoscrizione da parte del cliente della formula “operazione non adeguata” non è di per sé sufficiente a far ritenere dimostrato, da parte dell’intermediario, il perfezionamento dell’iter del servizio di consulenza così come imposto dalla normativa Consob in materia di prestazione dei servizi di investimento.

(cfr. sentenza di seguito riportata)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. AMATUCCI Alfonso - Presidente -
Dott. CARLEO Giovanni - Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
Dott. LANZILLO Raffaella - Consigliere -
Dott. CIRILLO Francesco Maria - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 6664/2011 proposto da:

BANCO CREDITO P. AZZOAGLIO SPA (OMISSIS), in persona del suo
Amministratore Delegato e legale rappresentante Dott. A.

F., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. PAISIELLO 55
(Studio SCOCA), presso lo studio dell'avvocato COLAGRANDE Roberto,
che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ENRICO
MARTINETTI giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

B.P. (OMISSIS), elettivamente domiciliato in
ROMA, VIA PAOLO EMILIO 57, presso lo studio dell'avvocato SERRA
Marco, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati PAOLO
GALLINATTI, STEFANIA SARNO giusta procura a margine del
controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1179/2010 della CORTE D'APPELLO di TORINO,
depositata il 20/07/2010 R.G.N. 1201/08;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
13/06/2014 dal Consigliere Dott. FRANCESCO MARIA CIRILLO;

udito l'Avvocato ENRICO MARTINETTI;

udito l'Avvocato PAOLO GALLINATTI;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
GOLIA Aurelio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. B.P. citò a giudizio, davanti al Tribunale di Alba, il Banco di credito P. Azzoaglio s.p.a., chiedendo che fosse condannato al risarcimento dei danni conseguenti all'acquisto, da parte sua, di bond argentini al 10,25 per cento, per la somma di Euro 51.589,05.

La Banca convenuta si costituì in giudizio, rilevando di aver adeguatamente informato il B. prima dell'acquisto, negando di aver concluso l'operazione in conflitto di interessi e chiedendo, perciò, il rigetto della domanda.

Il Tribunale accolse la domanda, condannando la Banca al pagamento della somma di Euro 23.222,94, pari alla differenza tra il valore nominale dell'investimento e quello residuo del titolo argentino, con il carico delle spese.

2. La sentenza è stata appellata dalla Banca soccombente in via principale e dal B. in via incidentale in relazione al solo profilo della condanna alle spese di c.t.u.; la Corte d'appello di Torino, con pronuncia del 20 luglio 2010, ha rigettato l'appello principale, ha accolto quello incidentale e, in parziale riforma

della pronuncia del Tribunale, ha condannato la Banca anche al pagamento delle spese di c.t.u., con il carico delle ulteriori spese del grado.

La Corte territoriale ha, innanzitutto, dichiarato inammissibile, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., la richiesta della Banca volta all'acquisizione di prova testimoniale, trattandosi di prova avente ad oggetto fatti già allegati in primo grado e finalizzata all'acquisizione di "giudizi di tipo critico che competono al giudice". Analogamente, ha ritenuto inammissibile la produzione di prova documentale attestante i movimenti e saldi del dossier relativo al B. per il periodo dal 29 gennaio 2001 al 31 dicembre 2007, ritenendo tale prova "tutt'altro che indispensabile".

Quanto al merito, la Corte torinese ha affrontato il problema relativo alla sussistenza o meno di un'adeguata informazione, da parte della Banca, circa la rischiosità dell'investimento, richiamando l'art. 29 del regolamento della CONSOB n. 11522 del 1998;

ed ha evidenziato che la dicitura operazione non adeguata non assolve tale obbligo di informazione, poichè non dimostra che vi sia stata la preventiva attività di protezione dell'investitore, limitandosi quella formula a tutelare l'intermediario per il caso di future contestazioni. L'art. 29 citato, infatti, impone all'intermediario di motivare le ragioni che sconsigliano l'investimento, dando ugualmente corso al medesimo solo in presenza di specifica richiesta proveniente dal cliente e dotata di determinati requisiti formali; a nulla valendo, in proposito, la sottoscrizione, da parte del cliente, del c.d. contratto cornice.

Nella specie - ha proseguito la Corte - risultava che, alle ore 16,10 del 2 febbraio 2001, il B. aveva sottoscritto due volte un documento, redatto su carta intestata della Banca, di conferma dell'ordine di esecuzione di acquisto del valore mobiliare di seguito specificato; ordine che recava la dicitura operazione non adeguata per tipologia. L'atto, visto nella sua globalità, non consentiva di ritenere dimostrato che la Banca avesse svolto la necessaria attività di informazione, segnalando l'esistenza di un problema e, soprattutto, astenendosi dal compiere l'operazione fino all'eventuale conferma scritta da parte del cliente. La clausola surriferita, infatti, non dava conto di un rifiuto iniziale da parte della Banca e di un rinnovo dell'ordine, per iscritto, da parte del B., tanto più che l'ordine e la conferma dello stesso erano avvenuti alla stessa ora. Nè, infine, poteva assumere alcun rilievo, a favore della Banca, il fatto che, al momento della sottoscrizione del contratto di negoziazione di strumenti finanziari, il B. avesse ritenuto di non fornire le informazioni di cui all'art. 28 del citato regolamento CONSOB, poichè tale atteggiamento avrebbe dovuto indurre la Banca, semmai, ad attenersi "a ipotesi di operazioni a basso rischio".

3. Contro la sentenza della Corte d'appello di Torino propone ricorso il Banco di credito P. Azzoaglio s.p.a., con atto affidato a quattro motivi e affiancato da memoria.

Resiste B.P. con controricorso.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in relazione alla parte della decisione che ha ritenuto inammissibile la richiesta di prove testimoniali.

Rileva la Banca ricorrente che dette prove avrebbero dimostrato ulteriormente la correttezza dell'operato della medesima, anche perchè l'informativa completa circa la rischiosità dell'operazione era stata fornita al B. solo verbalmente; sicchè la Corte d'appello avrebbe errato nel ritenere che la prova per testi avesse ad oggetto le stesse circostanze già oggetto di istruttoria.

1.1. Il motivo non è fondato.

La sentenza impugnata ha spiegato, con motivazione argomentata e priva di vizi logici, le ragioni della mancata ammissione della prova per testi, osservando - come si è già riportato - che la medesima aveva ad oggetto fatti già allegati in primo grado ed era finalizzata all'acquisizione di "giudizi di tipo critico che competono al giudice".

Non sussiste, quindi, il lamentato vizio di motivazione. D'altra parte, il punto sul quale si sollecitava la prova per testimoni - ossia la dimostrazione che il B. era un investitore esperto e propenso al rischio - è un punto non decisivo, alla luce di quanto si dirà a proposito dei motivi terzo e quarto del ricorso.

2. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione delle norme relative all'inammissibilità delle prove documentali prodotte con l'atto di citazione in appello.

Osserva la ricorrente che il divieto di nuove prove documentali in grado di appello, non essendo previsto da alcuna norma, doveva ritenersi consentito senza limiti. Nonostante la nota pronuncia delle Sezioni Unite 20 aprile 2005, n. 8202, la Banca sollecita questa Corte a rimeditare detto orientamento; a sostegno della propria tesi rammenta che la modifica dell'art. 345 c.p.c., disposta dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, dimostrerebbe, indirettamente, che il divieto di nuove prove documentali non era in precedenza previsto dall'ordinamento.

2.1. Il motivo non è fondato.

L'intervento del legislatore del 2009, infatti, non ha avuto carattere innovativo, quanto piuttosto è stato di chiarimento e di recepimento dell'orientamento giurisprudenziale che le Sezioni Unite di questa Corte avevano già fissato con la nota pronuncia sopra richiamata.

Questo Collegio non vede alcuna ragione per discostarsi - nell'odierna fattispecie, sottoposta *ratione temporis* al regime precedente - dall'orientamento delle Sezioni Unite, che qui è interamente condiviso.

3. Con il terzo motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 21, dell'art. 29 del regolamento della CONSOB n. 11522 del 1998, nonché dell'art. 1227 c.c., relativo al concorso di colpa del B. nella determinazione del danno.

Osserva la ricorrente che, avendo il B. sottoscritto la clausola che contiene l'indicazione della non adeguatezza dell'operazione, tale sottoscrizione avrebbe valore confessorio, ai sensi dell'art. 2730 c.c., circa il fatto che la Banca gli avrebbe fornito tutte le informazioni necessarie per impedirgli di portare a termine l'operazione. Richiama, quindi, una serie di pronunce di merito emesse da vari Tribunali, secondo le quali la presenza della clausola operazione non adeguata sarebbe sufficiente ad escludere la carenza di informazione da parte della Banca stessa. Aggiunge la ricorrente, poi, che il rifiuto del B. di fornire le informazioni necessarie ad accertare la sua complessiva situazione finanziaria e patrimoniale costituirebbe ulteriore indice di una responsabilità del medesimo, con conseguente riconoscimento, a suo carico, almeno di un concorso di colpa.

4. Con il quarto motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), insufficiente e contraddittoria motivazione in relazione alla ritenuta idoneità della clausola sottoscritta dal B. ad esaurire l'obbligo di informazione esistente a carico della Banca.

Si rileva, a sostegno, che la sentenza impugnata non avrebbe adeguatamente valutato tutto il materiale probatorio esistente; in particolare, essa non avrebbe dato conto del perché la clausola operazione non adeguata per tipologia non sia stata ritenuta sufficiente a far ritenere assolto l'obbligo di informazione da parte della Banca.

5. Il terzo ed il quarto motivo, da esaminare insieme in considerazione dell'intima connessione che li collega, sono entrambi privi di fondamento.

5.1. Questa Corte ha già avuto modo di occuparsi, in altre precedenti pronunce, della corretta interpretazione dell'art. 29 del regolamento della CONSOB n. 11522 del 1998 (ormai non più vigente, ma applicabile nell'odierna fattispecie *ratione temporis*), da compiere alla luce della disposizione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, il cui comma 1, lett. b), prevede che gli operatori autorizzati debbano "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati" (v. le sentenze 25 giugno 2008, n. 17340, 29 ottobre 2010, n. 22147, e 26 luglio 2013, n. 18140).

Si è detto in quelle pronunce che la banca intermediaria, ai sensi dell'art. 29, comma 3, della Delib. citata, prima di dare attuazione ad un ordine, ancorché scritto, ha l'obbligo di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente; e, a fronte di un'operazione non adeguata, può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. Tale disciplina è applicabile in relazione "a tutti i servizi di investimento prestati nei confronti di qualsiasi investitore che non sia un operatore qualificato"; dovendosi ritenere operatore non qualificato "anche chi abbia in precedenza occasionalmente investito in titoli a rischio" (sentenza n. 17340 del 2008). Si è altresì osservato che l'analiticità di simile disposizione CONSOB "deve essere interpretata, da un lato, come espressione dell'intento del legislatore di assicurare una effettiva conoscenza dei termini dell'operazione da parte del risparmiatore acquirente e, dall'altro, come rappresentativa delle modalità attraverso le quali l'intermediario autorizzato può ottenere l'effetto liberatorio dell'obbligo di informativa posto a suo carico" (sentenza n. 18140 del 2013).

In altri termini, il rispetto delle successive scansioni previste dalla norma regolamentare garantisce il rispetto del diritto del cliente alla piena informazione e consente all'intermediario di liberarsi da eventuali obblighi risarcitori in caso di cattivo andamento dell'operazione.

5.2. Nel caso in esame, la discussione si focalizza, innanzitutto, sulla portata della sottoscrizione, da parte del B., della dicitura operazione non adeguata per tipologia; la quale, secondo la prospettazione di cui al terzo motivo di ricorso, dovrebbe assumere valore confessorio ai sensi dell'art. 2730 c.c., costituendo prova idonea della conoscenza, da parte del cliente, della rischiosità dell'operazione.

Tale argomentazione non può essere condivisa.

In proposito, va richiamato il precedente di cui alla sentenza 19 aprile 2012, n. 6142, integralmente condiviso da questo Collegio, secondo il quale "la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza conseguente alle informazioni ricevute - della rischiosità dell'investimento e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo di investitore, non costituisce dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo" (v., in argomento, anche la sentenza 6 luglio 2012, n. 11412).

Ma, anche a prescindere dall'evidente impossibilità di attribuire alla sottoscrizione natura confessoria, la sentenza impugnata - con accurata ricostruzione in fatto sorretta da congrua motivazione, priva di vizi logici - ha posto in luce una serie di argomenti decisivi.

Come si è visto nella parte in fatto della presente pronuncia, la Corte territoriale ha precisato che alle ore 16,10 del 2 febbraio 2001 il B. aveva sottoscritto due volte un documento, redatto su carta intestata della Banca, che recava nell'incipit l'espressione "vi confermiamo l'esecuzione dell'ordine di acquisto del valore mobiliare così come di seguito specificato"; una delle due firme era stata apposta sotto la dicitura "operazione eseguita in contropartita diretta fuori dai mercati regolamentati (...) operazione non adeguata per tipologia".

A fronte di simile sequenza temporale, la Corte d'appello ha ritenuto, con una valutazione di merito logicamente argomentata, che non fosse stata rispettata la precisa cadenza imposta dall'art. 29 del citato regolamento della CONSOB; la doppia sottoscrizione, infatti, non consente, di per sé, di ritenere dimostrato che l'intermediario, ossia la Banca, si sia dapprima rifiutato di compiere l'operazione e vi abbia poi dato esecuzione dietro un preciso ordine scritto del cliente. Mancava, evidentemente, la prova della scissione tra i due momenti, che la normativa vigente considera elemento sufficiente a dimostrare l'effettiva piena consapevolezza da parte del cliente. Tanto più che - come rileva la sentenza in esame - l'ordine risultava essere stato eseguito contestualmente alla pretesa "conferma", in tal modo accreditando la convinzione che, nella specie, vi era stato un solo ed unico ordine.

A fronte di simile dettagliata motivazione in fatto - che questa Corte non ha alcun potere di contestare - si rivelano inutili i richiami, compiuti nel terzo motivo di ricorso, ad alcune pronunce di uffici giudiziari di merito che si sarebbero orientati in modo diverso. A prescindere, infatti, dalla genericità delle pronunce così come riportate - che non paiono, tra l'altro, in contrasto con quanto detto fin qui - va comunque affermato in questa sede che la sottoscrizione, da parte del cliente, della formula operazione non adeguata per tipologia non è di per sé sufficiente a far ritenere dimostrato, da parte dell'intermediario, il perfezionamento dell'iter così come imposto dalla citata norma del regolamento CONSOB, a meno che non risulti aliunde provato che quei passaggi successivi abbiano ugualmente avuto luogo.

5.3. E' appena il caso di rilevare, ad abundantiam, che la Corte torinese ha anche rilevato che non poteva attribuirsi alcun rilievo al fatto che il B. avesse rifiutato, nel momento della stipula del contratto, di fornire le informazioni di cui all'art. 28, comma 1, lett. a), del citato regolamento CONSOB, ossia le informazioni "circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio".

Tale argomentazione è corretta ed in linea con la giurisprudenza di questa Corte (v. la sentenza 19 ottobre 2012, n. 18039), secondo cui l'intermediario finanziario non è esonerato dall'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione di investimento nel caso in cui l'investitore nel contratto-quadro si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio; nel qual caso l'intermediario deve comunque compiere quella valutazione, in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui egli sia in possesso (come, ad esempio, l'età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse e abituali, la situazione di mercato). E, d'altra parte, proprio il rifiuto di fornire quelle

informazioni deve indurre l'intermediario, semmai, ad una cautela maggiore, evitando investimenti di per sè incerti o comunque rischiosi.

5.4. Alla luce di quanto fin qui rilevato, appare evidente l'infondatezza anche del quarto motivo di ricorso, nel quale il ricorrente si duole, in sostanza, di un'incompleta valutazione, da parte della Corte d'appello, del materiale probatorio raccolto; il che è all'evidenza smentito dalla completezza della motivazione che quel giudice ha viceversa fornito, a fronte della quale la censura si risolve nel tentativo di ottenere da questa Corte una nuova e non consentita valutazione del merito.

6. Il ricorso, pertanto, è rigettato.

A tale pronuncia segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in conformità ai soli parametri introdotti dal D.M. 10 marzo 2014, n. 55, sopravvenuto a disciplinare i compensi professionali.

PQM

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi Euro 4.200, di cui Euro 200 per spese, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile, il 13 giugno 2014.

Depositato in Cancelleria il 25 settembre 2014

Servizi di investimento – Risarcimento dei danni all’investitore

INVESTIMENTO FINANZIARIO – CHIUSURA IN PERDITA – RISARCIMENTO DEL DANNO –VIOLAZIONE OBBLIGHI INFORMATIVI DA PARTE DELL’INTERMEDIARIO – NESSO DI CAUSALITA’ – OPERAZIONE NON ADEGUATA – INSUFFICIENZA DELLE DICHIARAZIONI NEL QUESTIONARIO MIFID – RISARCIMENTO DELL’INTERA PERDITA SUBITA

CORTE D’APPELLO DI TRIESTE, Sezione II Civile, 18 dicembre 2014, sentenza n. 730

La sentenza in commento si occupa di principi generali in materia di sistemi di protezione dell’investitore che abbia subito perdite economiche a seguito di un investimento finanziario andato male. La decisione affronta, infatti, il principio di responsabilità contrattuale dell’intermediario in caso di violazione degli obblighi comportamentali informativi, con conseguente pronuncia risarcitoria.

In particolare, approfondisce la questione sul nesso causale e sulla sua prova, statuendo che la condizione indefettibile della risarcibilità del danno è la sussistenza del nesso di causalità tra violazione della norma comportamentale da parte dell’intermediario e danno subito dall’investitore, e che, in caso di conflitto di interessi o di investimento inadeguato, non è onere dell’attore provarla, poiché tale nesso causale è *in re ipsa* e comporta sempre il risarcimento pieno del danno.

Sul punto, la decisione segue un percorso ormai pacifico: per la giurisprudenza di merito e di legittimità, una volta dimostrato che le obbligazioni in questione non rientravano nella categoria di rischio normalmente assunto dall’investitore, e dunque non erano adeguate, tanto basta per presumere che egli, se fosse stato correttamente informato, avrebbe rifiutato quell’investimento: “il nesso di causalità non può mai essere valutato in senso naturalistico, dovendosi invece seguire un criterio necessariamente ipotetico o virtuale in forza del quale sia possibile presumere che, in presenza delle informazioni sul rischio dell’investimento omesse, il comportamento virtuale del danneggiato si sarebbe discostato da quello storico” (così Tribunale di Taranto, sentenza del 19 gennaio 2010, n. 104; così anche Tribunale di Udine, sentenza del 5 marzo 2010, per il quale “esigere una rigorosa prova del nesso causale tra la mancata informazione e il danno cagionato dall’operazione significherebbe onerare il cliente di una *probatio diabolica* che finirebbe per svuotare completamente di contenuto la normativa posta a tutela dei suoi interessi”; Tribunale di Cosenza, sentenza del 12 ottobre 2005, n. 361, per il quale “non bisogna chiedersi se gli attori avrebbero o meno contrattato, come se dovessimo valutare l’esistenza di un vizio nella formazione del consenso negoziale (...) e tuttavia ciò non esclude affatto la rilevanza causale dell’accertato inadempimento della banca nella produzione del danno lamentato. Da un lato, per l’illegittima compressione della libertà di autodeterminazione negoziale subita dagli attori nella scelta dell’investimento adeguato anche sotto il profilo della sua mera convenienza economica. Dall’altro, per la lesione del loro interesse creditorio alla conservazione dell’integrità patrimoniale, cui deve essere ragguagliata la valutazione economica ex art. 1174 c.c. della prestazione inadempita dalla banca avente ad oggetto gli obblighi informativi nei confronti degli investitori”).

La giurisprudenza di legittimità (cfr. Corte di cassazione, Sez. I civ., sentenza n. 3773 del 2009) ha stabilito che detta prova può essere fornita dall'investitore anche mediante ricorso a presunzioni. La giurisprudenza di merito poi (cfr. Tribunale di Venezia, sentenza del 28 febbraio 2008, richiamando la suprema corte a sezioni unite con la sentenza n. 26724 del 2007) ha chiarito che: "ove l'intermediario non si sia astenuto dal compiere un'operazione dalla quale avrebbe dovuto necessariamente astenersi – abbia ad esempio (...) eseguito un'operazione inadeguata in mancanza di un ordine impartito per iscritto (...) in cui fosse fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute – deve ritenersi che l'intermediario abbia concorso alla determinazione del danno. In tale ipotesi il nesso di causalità tra condotta dell'intermediario e danno subito dall'investitore è in *re ipsa*".

Del medesimo avviso, è la Corte d'Appello di Torino con sentenza del 28 luglio 2009, per la quale "il nesso di causalità tra inadempimento dell'intermediario ai propri doveri informativi ed il danno patito dal cliente si può ritenere che sussista anche sulla base di presunzioni, potendosi affermare che un investitore di normale prudenza non avrebbe dato corso ad un investimento particolarmente rischioso se fosse stato debitamente informato delle caratteristiche del medesimo".

Da tali statuizioni emerge lo stretto ed inscindibile legame fra valutazione di adeguatezza di un'operazione e verifica della sussistenza del nesso di causalità fra omissioni informative e danno subito dall'investitore, con la conseguenza che, una volta accertata l'inadeguatezza di un investimento, non può non dichiararsi sussistente tale nesso causale.

La novità della decisione in commento risiede nel fatto di aver sancito che detto nesso causale comporta sempre il risarcimento pieno del danno, mentre è inammissibile un risarcimento parziale di una percentuale del danno. Ne consegue che il danno deve necessariamente coincidere con l'intera perdita subita, tanto più in difetto di prova che l'investitore volesse comunque investire nei titoli in lite per un importo minore.

Riguardo all'inadeguatezza dell'investimento, è da sottolineare l'irrilevanza della dichiarazione rilasciata dall'investitore di possedere una propensione al rischio alta. L'assunto va condiviso pienamente: l'orientamento dominante della giurisprudenza di merito circa l'efficacia di siffatte dichiarazioni è nel senso che, in tutte quelle situazioni in cui le informazioni rese dall'investitore non rispondano alle decisioni di investimento pregresse - in quanto l'elevata o la ridotta propensione al rischio dichiarata all'intermediario all'inizio del rapporto risulti contraria al comportamento tenuto nelle decisioni di investimento assunte - l'effettivo comportamento tenuto dall'investitore dovrà prevalere sulle astratte dichiarazioni rese.

In buona sostanza, l'applicazione dei principi generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto dovrebbe portare a ritenere che la mera compilazione della scheda sul profilo del cliente non esoneri l'intermediario dal dovere di verificare pur sempre la congruità dell'investimento in rapporto al profilo patrimoniale e finanziario del cliente. La decisione che si annota, confermando *in parte qua* la sentenza impugnata, accerta che l'investimento in lite è inadeguato "per dimensione", poiché ha comportato la concentrazione su un unico emittente di una parte elevata delle risorse finanziarie dell'investitore, il quale, nelle scelte di investimento precedenti, aveva sempre diversificato il suo portafoglio.

L'inadeguatezza per dimensione viene sempre correlata al principio di diversificazione del rischio, poiché un'operazione di dimensioni eccessive, in cui venga impegnata una percentuale considerevole del portafoglio del cliente, espone l'investitore ad un notevole rischio di perdite. Tale inadeguatezza, talvolta, prescinde dalla propensione al rischio dello stesso e si può determinare anche in casi di investitore con profilo di rischio alto. Infatti, l'investitore esperto, con profilo di rischio aggressivo, pur optando per l'acquisto di titoli rischiosi, tende a suddividere comunque le proprie risorse finanziarie in una pluralità di investimenti al fine di ridurre il rischio specifico di ciascuno di essi. La sanzione, cioè, appare diretta a colpire, più che l'inadeguatezza in sé, l'imprudenza dell'intermediario che non ha consigliato all'investitore di diversificare il rischio nel suo portafoglio titoli.

La Corte ha avvertito l'esigenza di ristorare un investimento altrimenti da decretarsi adeguato (per oggetto). Tuttavia, non si può comunque condividere la rilevanza data alla (bassa) percentuale di concentrazione del portafoglio, stabilita nel 25% delle risorse finanziarie dell'investitore.

Del resto, a causa dell'assenza di precisi indici normativi sul livello dimensionale oltre il quale un'operazione possa dirsi inadeguata, nella giurisprudenza di merito si sono registrate decisioni contrastanti e raramente supportate da solide basi economico – finanziarie. Così, a parte i casi macroscopici in cui sono state ritenute inadeguate operazioni che hanno comportato investimenti in titoli in *default* per importi fra il 30 ed il 60% del portafoglio degli investitori, con riferimento ad operazioni di dimensioni inferiori al 30% del patrimonio si hanno gli orientamenti giurisprudenziali più disparati, di rigetto, o di accoglimento.

La letteratura economica ritiene che una diversificazione che possa consentire una riduzione del 90% del rischio di perdita debba prevedere la ripartizione delle risorse in misura sostanzialmente equivalente in almeno 20 emittenti. Ne consegue che l'investitore razionale non dovrebbe concentrare su un titolo più del 5% del proprio portafoglio.

Tuttavia, tale soglia appare decisamente bassa: ritenere *sic et simpliciter* inadeguato per dimensione un investimento che impegni più del 5% del patrimonio dell'investitore non è certamente corretto, anche considerato che la valutazione di adeguatezza deve basarsi su criteri che non siano rigidi e predeterminati, bensì sull'analisi del singolo caso, delle specifiche caratteristiche dell'investitore e del suo portafoglio di investimento.

(cfr. sentenza di seguito riportata)

n.653/13 RG Cont.

N. 73/14 SENT.
N. 1885/14 CRON.
N. 707/14 REP.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Trieste, II sezione civile, composta dai Signori

Magistrati:

- | | | |
|------------------|-----------|--------------------|
| - dott. Vincenzo | COLARIETI | - Presidente |
| - dott. Claudio | CERRONI | - Consigliere |
| - dott. Marina | CAPARELLI | - Consigliere rel. |

OGGETTO: INTERDIZIONE
PUBBLICARE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di II grado iscritta al n. 653/13 R.G. Cont., promossa con atto di citazione d'appello notificato il 29.10.2013

DA

S E , Proc. Dom. Avv. Barbara Puschiasis per
mandato a margine dell'atto di citazione d'appello

- APPELLANTE -

CONTRO

BANCA spa, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, Proc.

Dom. Avv. , per procura generale alle liti dd. 12.04.2011

Notaio rep. , racc.

- APPELLATA APPELLANTE INCIDENTALI -

OGGETTO: intermediazione finanziaria-rif. Sentenza Tribunale di Udine n. 32/13 dd. 20/21.3.2013

Causa iscritta a ruolo il 6.11.2013 e trattenuta in decisione all'udienza di precisazione delle conclusioni dell'11.6.2014. Relatore il Consigliere dott.

M. Caparelli

CONCLUSIONI

Per l'appellante:

"In via principale:

a riforma parziale dell'impugnata sentenza accertarsi e dichiararsi la responsabilità di **BAUCA** s.p.a nel collocamento dei titoli Lehman Brothers giusto ordine di acquisto dd. 04.09.08 stante la violazione degli obblighi su di essa gravanti e della normativa imperativa di legge applicabile e condannarsi la stessa a risarcire alla signora S i danni di ogni tipo sofferti conseguenti e connessi all'illecita condotta avversaria, tenuto conto anche dei tentativi di composizione bonaria precedenti alla instaurazione della causa promossi dalla signora Sguazzin e tutti falliti a causa della condotta della convenuta, nella misura di nominali € 100.000,00 oltre agli interessi accessori dal 04.09.08 al saldo nonché a € 2.736,18 per le spese di perizia documentate per il danno patrimoniale e oltre al risarcimento di € 8.000,00 per il danno morale, esistenziale e di ogni altro tipo, il tutto ~~comunque nella misura maggiore o minore ritenuta di giustizia~~



In via subordinata, nella denegata ipotesi di mancato accoglimento della domanda formulata in via principale:

a riforma dell'impugnata sentenza accertarsi e dichiararsi la responsabilità di **BAUCA** s.p.a nel collocamento dei titoli Lehman Brothers giusto ordine di

acquisto dd. 04.09.08 stante la violazione degli obblighi su di essa gravanti e della normativa imperativa di legge applicabile e dichiararsi nullo, annullabile ovvero risolto il contratto di acquisto dd. 04.09.08 sottoscritto dalla signora S ~~diato espessa sollecitazione dell'appellata~~

a riforma dell'impugnata sentenza condannarsi la Unicredit s.p.a. a restituire le somme investite ovvero a risarcire i danni di ogni tipo sofferti dalla S conseguenti e connessi all'illecita condotta avversaria, tenuto conto anche dei tentativi di composizione bonaria precedenti alla instaurazione della causa promossi dalla signora S e tutti falliti a causa della condotta della convenuta, nella misura di nominali € 100.000,00 oltre agli interessi accessori dal 04.09.08 al saldo nonché a € 2.736,18 per le spese di perizia documentate per il danno patrimoniale e oltre al risarcimento di € 8.000,00 per il danno morale, esistenziale e di ogni altro tipo, il tutto comunque nella misura maggiore o minore ritenuta di giustizia.

In ogni caso

In caso di accoglimento della domanda l'appellante dichiara la sua immediata disponibilità alla consegna all'appellata dei titoli oggetto di causa. Spese di lite di entrambi i gradi rifuse.

In via istruttoria, e senza voler invertire l'onus probandi, stante ulteriormente il fatto notorio ex art. 115 c.p.c. consistente nella crisi del gruppo Lehman Brothers a far data dal luglio 2007 si insiste per l'ammissione delle istanze

istruttorie già introdotte ma non ammesse e/o escluse come da memoria ex art. 183, 6° comma n. 2 c.p.c. dd. 26.11.10 e più precisamente:

ammettersi prova per testi sulle seguenti circostanze:

1. Vero che la signora S ha un diploma scolastico di

terza media;

2. Vero che la signora S. _____ aveva un piccolo negozio a _____
_____ dove vendeva stoffe e vestiti;

~~3. Vero che l'unico reddito della signora S. _____ oggi è dato da _____
una modesta pensione;~~

4. Vero che la signora S. _____ si affidava da lunghi anni alla
consulenza della BANCA _____, e in particolare del signor XXX
_____, per la gestione del proprio patrimonio;

5. Vero che per alcuni mesi, ed in particolare a fine estate 2008,
alla signora S. _____ veniva assegnato quale referente in
BANCA di _____, il signor XXX _____;

6. Vero che alla fine di agosto 2008 la signora S. _____ (veniva
sollecitata, anche telefonicamente, dalla BANCA di _____
_____, ed in particolare dal signor _____, a
recarsi in banca per effettuare un nuovo investimento;

7. Vero che la signora S. _____, in villeggiatura a S. _____,
rientrava a CASA _____ nei primi giorni di settembre
unicamente per recarsi alla BANCA come richiesto dalla
banca;

8. Vero che la signora S. _____ a far data dalla metà di
~~settembre 2008 soffre di crisi depressive e disturbi~~
dell'umore.

Si indicano quali testi i signori _____ da _____

() e _____ da _____. Si chiede di _____

essere altresì ammessi a controprova sui capitoli avversari
qualora ammessi.

ammettersi inoltre, ove ritenuto necessario nel corso del giudizio,
~~consulenza tecnica d'ufficio per accertare e determinare la tipologia di~~

investimento effettuato, l'adeguatezza con il profilo di rischio della S
e la conoscenza da parte della BAUCA dello stato di crisi della
Lehman Brothers al momento dell'investimento effettuato dalla signora
S stante le relazioni societarie tra i due gruppi;

Ordinarsi a Telecom Italia - Tim s.p.a. l'esibizione dei tabulati telefonici
relativi al traffico in entrata ed al traffico in uscita del numero telefonico
3xxxxxxx intestato alla signora S nei giorni che vanno
dall'11 agosto 2008 al 9 settembre 2008 al fine di documentare le chiamate
in entrata ed in uscita tra le parti in causa. Un tanto è volto a provare
l'insistenza e la determinazione con la quale la BAUCA contattava la
signora S al fine di sollecitarla all'acquisto di obbligazioni Lehman,
acquisto avvenuto proprio in tale periodo.

Ci si oppone all'ammissione delle istanze istruttorie avversarie in quanto in
conferenti ed irrilevanti. In subordine, nella denegata ipotesi in cui
dovessero essere ammesse le istanze istruttorie formulate da controparte si
chiede di essere abilitati alla prova contraria."

~~Per l'appellata appellante incidentale;~~

"NEL MERITO:

Voglia l'Ecc.ma Corte d'appello, in riforma parziale della sentenza n.
32/2013, di data 20.03.2013, pubblicata dal Tribunale di Udine il
21.03.2013 così provvedere:

- per le ragioni esposte nel sovraesteso atto, riformare parzialmente la sentenza n. 32/2013 del Tribunale di Udine e, per l'effetto, rigettare tutte le domande formulate dall'appellante in quanto infondate in fatto ed in diritto

~~e, in ogni caso, non provate;~~

- per le ragioni esposte nel sovraesteso atto, riformare parzialmente la sentenza n. 32/2013 del Tribunale di Udine e, per l'effetto, condannare la signora S. alla restituzione alla Banca di tutte le somme dalla stessa pagate in esecuzione della predetta sentenza, detratto il valore delle obbligazioni Lehman Brothers, restituite dalla S. alla banca in ottemperanza alla medesima decisione, che si quantifica in € 10.104,50;

- per le ragioni esposte nel sovraesteso atto, riformare la sentenza n. 32/2013 del Tribunale di Udine e, per l'effetto, condannare l'appellante alla restituzione alla Banca delle somme da quest'ultima versate a titolo di spese legali ed al pagamento delle spese processuali sostenute da BANCA nel primo grado, oltre che nel grado d'appello.

IN ISTRUTTORIA:

Qualora l'Ill.ma Corte d'Appello ravvisi la necessità di dare sfogo alle istanze istruttorie formulate in primo grado nella memoria ex art. 183, 6° comma n. 2) c.p.c., l'appellata chiede l'ammissione di prova testimoniale sulle seguenti circostanze:

~~1) "Vero che, nei primi giorni del settembre 2008, su richiesta della signora~~

S. , ho con lei esaminato vari prodotti finanziari al fine di individuare quello più corrispondente alle esigenze della cliente";

2) "Vero che la signora S intendeva reinvestire, con la massima urgenza, le somme smobilizzate a seguito della scadenza (del 03.09.2008) di Pronto Conto Termine";

2) "Vero che ho dissuaso la signora S dall'investire l'intero capitale, a sua disposizione, in un unico strumento finanziario";

3) "Vero che, prima della sottoscrizione dell'ordine di acquisto dd. 04.09.08 (doc. 4 atto di citazione), ho rappresentato alla signora S le caratteristiche del prodotto Lehman Brothers";

Si indica a teste il signor , presso BAUCA , filiale di

L' BAUCA , infine si oppone all'ammissione della prova per testi richiesta da controparte sui cap. 1), 2), 3) e 8) poiché riguardano fatti del tutto estranei al thema decidendum, in subordine, nella denegata ipotesi di ammissione chiede la prova contraria con il testimone sopra indicato; si oppone altresì alla C.T.U. richiesta dalla S in quanto la domanda appare del tutto infondata nell'an".

Con vittoria di spese per entrambi i gradi di giudizio."

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Va premesso che la presente sentenza viene redatta in forma abbreviata a norma dell'art. 132, n. 4 cod. proc. civ., come sostituito dall'art. 45, c. 17,

della L. 69/2009, con la conseguenza che per la parte narrativa si deve richiamare quanto dedotto dalle parti nei rispettivi atti difensivi.

In sintesi, con atto di citazione notificato il 13.4.2010 S conveniva in giudizio, avanti al Tribunale di Udine - Sezione distaccata di Palmanova - Banca contestando la legittimità dell'operazione

di investimento di cui all'ordine di acquisto dd. 4.9.2008 avente d oggetto obbligazioni Lehman Brothers per un valore nominale pari a € 100.000,00 nonché rilevando l'inadempimento da parte della convenuta degli obblighi ~~previsti dalla normativa di settore e chiedendo, in via principale, che~~ accertata e dichiarata la responsabilità della convenuta, venisse dichiarata la nullità, ovvero l'annullamento ovvero la risoluzione del contratto di acquisto dd. 4.9.2008, con conseguente condanna di _____ a restituire le somme investite ovvero a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali sofferti da essa attrice oltre agli interessi e accessori dal 4.9.2008 al saldo ed oltre ad € 2.736,18 per le spese di perizia documentate.

Si costituiva **BADCA** (già _____ Banca spa) chiedendo il rigetto delle domande attoree.

Rigettate le istanze istruttorie svolte dalle parti ed istruita la causa documentalmente, il Tribunale di Udine, con sentenza n. 32/13, condannava la convenuta al pagamento in favore dell'attrice della somma di € 54.615,00 a titolo di risarcimento del danno contrattuale, oltre interessi legali dalla data della sentenza al saldo, disponendo la restituzione alla medesima convenuta della metà dei titoli Lehman Brothers acquistati in data 4.9.2008 (numero ordine C053640 8 340 0).

Affermava il primo Giudice, da un lato, che era da escludersi il dolo della ~~convenuta in relazione alla conoscenza del default della banca Lehman~~

~~Brothers~~; dall'altro, che l'operazione non era adeguata in quanto l'acquisto rappresentava circa il 20/25% dell'intero portafoglio dell'attrice.

Peraltro il primo Giudice, ipotizzando che la cliente, se fosse stata segnalata l'inadeguatezza dell'investimento, avrebbe comunque acquistato le

obbligazioni in misura minore, condannava la Banca convenuta al risarcimento del danno pari alla metà dell'importo versato per i titoli rivalutata alla data della sentenza e rigettando tutte le altre domande formulate dall'attrice.

Avverso la predetta sentenza proponeva appello la S. lamentando:

1) che il Giudice di prime cure, dopo aver riconosciuto l'inadeguatezza dell'acquisto, attraverso un percorso motivazionale incoferente e contraddittorio, aveva ritenuto erroneamente provato il nesso causale - tra fatto e pregiudizio economico - nella misura del 50%, senza considerare che l'investimento doveva essere considerato nella sua interezza quale unica operazione, di tal che, una volta accertato l'illecito, il Giudice di prime cure, avrebbe dovuto condannare la Banca a risarcire alla cliente l'intero capitale, oltre agli interessi legali ed oltre al danno morale pari a € 8.000,00 ed alle ulteriori spese affrontate per la propria tutela quali tra le altre € 2.736,18 per la perizia tecnica finanziaria di parte;

2) che, in subordine, le argomentazioni svolte dal Giudice di prime cure con riferimento alla domanda di annullamento formulata dall'attrice erano contraddittorie e contrarie alla normativa di cui agli artt. 1425 e ss. del cod. civ., in particolare laddove aveva escluso il dolo non

~~considerando che, dagli atti versati in causa, emergevano molteplici indicatori che già a partire dall'autunno del 2007 facevano ritenere assolutamente probabile il *default* del colosso bancario Lehman Brothers. In questo contesto sarebbe stato utile dar corso alla consulenza tecnica d'ufficio richiesta da parte attrice. In ogni caso la~~

conoscenza da parte della BANCA delle reali condizioni di Lehman Brothers già a far data addirittura dall'autunno 2007 non poteva in alcun modo legittimare la Banca a consigliare comunque tale tipo di investimento senza per altro fornire alcuna informazione in merito;

3) che, in subordine, non si comprendeva quale percorso logico giuridico avesse condotto il Giudice di prime cure dapprima a riconoscere l'inadeguatezza dell'investimento contestato - per quantità e tipologia - al profilo di rischio della signora S. , per poi concludere con il rigetto della domanda in punto risoluzione del contratto - quadro per grave ed essenziale inadempimento della Banca e ad accogliere, solo parzialmente, la domanda di risarcimento formulata da parte attrice. A fronte di ciò la difesa della S. insisteva per l'accoglimento della domanda relativa all'accertamento della risoluzione dell'ordine di acquisto per grave inadempimento della BANCA, stante la violazione da parte di quest'ultima del dovere, sia imposto dalla normativa di settore che dal codice civile nonché assunto contrattualmente, dell'intermediario di diligenza, buona fede, correttezza e trasparenza al quale consegue direttamente l'obbligo di informazione sia attiva che passiva;

4) che la sentenza era altresì erronea laddove aveva escluso il rimborso delle spese sostenute per la perizia stragiudiziale, tenuto conto della complessità della materia trattata;

5) che la sentenza era inoltre errata laddove, pur in presenza delle istanze istruttorie richieste da entrambe le parti, da un lato, non aveva ammesso i testi indicati ai fini della prova della pressione e

sollecitazione effettuata dalla Banca nei confronti delle cliente al fine di far acquistare i titoli Lehman Brothers; dall'altro non aveva ammesso la CTU tramite la quale si sarebbe potuto accertare la conoscenza da parte della BANCA del grave stato di crisi della

Lehman Brothers,

Si costituiva la Banca chiedendo il rigetto dell'appello e lamentando, in via di appello incidentale, che il ragionamento seguito dal primo Giudice in ordine all'inadeguatezza dell'acquisto non era condivisibile, in quanto dal "profilo cliente" emergeva che la S. aveva un profilo di rischio alto e che, per molti anni, aveva avuto un portafoglio composto, per oltre la metà, da titoli azionari, ridotti solo nel 2008. Di tal che l'investimento era adeguato sia per tipologia sia per dimensioni, tenuto conto che non si poteva prevedere il *default*, come dato atto dallo stesso Giudice di prime cure.

Indi, la causa era trattenuta per la decisione all'udienza dell'11.6.2014 e decisa dalla Corte riunita in Camera di Consiglio all'udienza del 29.10.2014 decorsi i termini per gli scritti conclusionali.

Si rende necessario, prima di esaminare i motivi di appello principale ed il motivo di appello incidentale, riassumere i principi di diritto applicabili nella specie, fissati dalle sentenze nn. 26724 e 26725 delle Sezioni Unite del S.C. emanante entrambe in data 19.12.2007 e confermati dal S.C. nelle sentenze più recenti, già ritenuti condivisibili e perciò recepiti da questa

Corte in casi analoghi a quello di cui è causa.

La difesa della S. , infatti, pur avendo svolto due motivi di appello principale (il primo ed il quarto) e tre subordinati (di cui uno istruttorio), nell'ambito del terzo motivo si duole tuttavia del fatto che, in motivazione,

il primo Giudice, pur avendo riconosciuto, l'inadeguatezza dell'acquisto non ha accolto la domanda di risoluzione del contratto-quadro, ma - solo parzialmente - la domanda di risarcimento.

E' di tutta evidenza che tale motivo, pur proposto in via subordinata,

logicamente non lo è e, quindi, deve essere esaminato unitamente al primo al quale è intimamente legato.

Dunque, il S.C. ha affermato che, nell'ambito della disciplina delincata dal Legislatore in tema di intermediazione finanziaria, costituita dai D.lgs n. 58/98 e dal suo regolamento attuativo n. 11522, applicabili nella specie, possono essere distinte due categorie di regole:

- 1) le norme che stabiliscono dei veri e propri requisiti di validità e sono volte quindi ad imporre all'intermediario l'osservanza di obblighi di forma e
- 2) le norme che si limitano ad imporre degli obblighi comportamentali.

All'interno della prima categoria, va ricondotta la norma di cui all'art. 23 TUF che prescrive la necessaria forma scritta per il c.d. contratto quadro.

Dal "contratto quadro", cui può darsi il nome di contratto d'intermediazione finanziaria - e che per alcuni aspetti può essere accostato alla figura del mandato - derivano obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente, mentre le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benché possano a loro volta consistere in atti di natura

negoziata, costituiscono, invece, pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione.

In questo contesto gli obblighi di comportamento previsti dall'art. 21 D.lgs. n. 58/1998, finalizzati al rispetto della clausola generale consistente nel dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e

professionalità nella cura dell'interesse del cliente, si collocano, secondo l'orientamento espresso dal S.C. nelle sentenze sopra indicate, in parte nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria ed, in altra parte, nella fase esecutiva di esso.

Attiene, in particolare, alla fase prenegoziale l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo ed attiene sempre a tale fase preliminare il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente, così da poter poi adeguare ad essa la successiva operatività.

I doveri d'informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni e tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse, come condizione per poter eseguire ugualmente l'operazione se autorizzata nonché l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente.

Attengono del pari al momento esecutivo del contratto, secondo il S.C., i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: quelli cioè di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensione eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente.

La violazione delle norme comportamentali di cui all'art. 21 TUF, intendendo per tali anche quelle che regolano il compimento delle singole operazioni di investimento, dà luogo, quindi, ad un inadempimento

contrattuale che può giustificare solo una pronuncia risarcitoria idonea a ristorare l'investitore del danno allo stesso eventualmente cagionato, venendo in rilievo una condotta dell'intermediario successiva alla conclusione del contratto quadro ed avente natura attuativa di obblighi

assunti dall'intermediario proprio all'atto della stipulazione di tale contratto.

La pronuncia risarcitoria presuppone la sussistenza di un nesso causale tra violazione della norma comportamentale ed il danno (normalmente coincidente nelle cause di intermediazioni finanziaria con la perdita dell'investimento).

A tal proposito, se in generale grava specificamente sull'investitore l'onere di dimostrare il nesso di causalità tra inadempimento degli obblighi comportamentali e danno, vi sono, tuttavia, talune ipotesi nelle quali, come emerge inequivocabilmente dalla lettura della sentenza n. 27624/07 delle SS.UU., il nesso di causalità in questione deve ritenersi *in re ipsa*.

Si tratta di situazioni, come nel conflitto di interessi e nelle operazioni inadeguate, nelle quali il legislatore delegato ha stabilito che l'intermediario può legittimamente dar attuazione all'ordine di investimento solo in presenza di determinate condizioni non ricorrendo le quali lo stesso ha l'obbligo di astenersi.

Per quanto riguarda le operazioni inadeguate, in particolare, il S.C., sulla base dei predetti principi, in sentenze più recenti, dopo aver ricordato che il predetto art. 29, prescrive che gli intermediari autorizzati, quando ricevono dall'investitore disposizioni relative ad un'operazione non adeguata, sono tenuti a fornire informazioni su tale circostanza e sulle ragioni per cui non è opportuno procedere all'operazione, ha ribadito l'obbligo contrattuale in

capo alla Banca di avvertire adeguatamente il cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione, specificando che, se questi comunque intende effettuarla, devono acquisirne una precisa disposizione scritta in cui si fa riferimento alle avvertenze ricevute.

La Corte inoltre ha rimarcato che tale disposizione – che è di ordine pubblico, sostanziandosi in norma imperativa – si applica a tutti i servizi di investimento prestati nei confronti di qualsiasi investitore che non sia un operatore qualificato, sia ove sussista una discrezionalità dell'intermediario sia se questi operi dietro istruzione del cliente, chiarendo che all'operatività di questa regola non è di ostacolo il fatto che il cliente abitualmente investa in titoli finanziari, perché ciò non basta a renderlo investitore qualificato (cfr. Cass. 29.11.2011 n.29864; Cass. 29.10.2010 n.22147; Cass. 25.6.2008 n.17340).

Svolta questa lunga ma necessaria premessa di ordine generale, va condivisa, innanzitutto, la sentenza di primo grado che ha ricondotto la valutazione dell'adeguatezza dell'investimento sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale, disattendendo la richiesta di declaratoria di risoluzione del contratto formulata dalla difesa dell'attrice (e riproposta in appello), in quanto in base alle citate sentenze del S.C., la nullità, l'annullamento e la risoluzione possono essere pronunciate solo con

riferimento al contratto quadro di intermediazione finanziaria, ma non alle singole operazioni di acquisto.

Inoltre va condiviso il ragionamento del Tribunale di Udine laddove ha affermato che l'acquisto non era adeguato.

Dalle "evidenze al 30.6.2008" (cfr. pag. 12 della comparsa di risposta con

appello incidentale di *BAUCA*) risulta sostanzialmente che il patrimonio della S prima dell'acquisto di cui è causa, era pari ad € 411.166,32 ed era così suddiviso:

~~€ 198.000,00 in polizze assicurative;~~

- € 208.885,32 in deposito titoli (fondo liquidità, pronti contro termine, azioni, fondi obbligazionari, fondo azionario America);

- € 4.281,24 nel conto corrente.

È pacifico, inoltre, che, a seguito di smobilizzo di "pronti contro termine" per un valore nominale complessivo di € 119.915,00 scaduti il 3.9.2008, la Sguazzin ha acquistato le obbligazioni Lehman Brothers in data 4.9.2008, vale a dire 11 giorni prima del *default* avvenuto in data 15.9.2008, per un importo di € 100.000,00 (cfr. docc. 3-4 attrice).

È pacifico, infine, che a seguito di quest'ultimo investimento, la composizione del portafoglio del S i era per circa il 25% composto da titoli della stessa specie (per l'appunto obbligazioni Lehman Brothers).

A fronte di tali dati fattuali, poco importa che le polizze assicurative contratte dall'odierna appellante fossero composte "per oltre la metà da titoli azionari" ovvero che la progressione al rischio dimostrata dalla Sguazzin per il progresso fosse elevata, atteso che aveva effettuato notevoli investimenti in titoli azionari e in fondi comuni costituiti prevalentemente dal Fondo Azionario Paesi Emergenti (cfr. pag.13 dell'atto di appello

incidentale).

Né rileva il fatto che la S i avesse dichiarato una propensione al rischio "alta" (cfr. doc.13 attrice).

Tali elementi, infatti, non inficiano la motivazione del Giudice di primo

grado, laddove ha affermato che *".... una ricognizione dei dettagli portafoglio e dei documenti di sintesi rivela una composizione del paniere senza dubbio diversificata, in cui figurano fondi (azionari e obbligazionari diversificati) polizze assicurative allineate ad investimenti in altri fondi (per lo più azionari) e azioni spalmate su numerose società...."*.

Dalla documentazione prodotta, risulta, infatti, che l'attrice, pur investendo in strumenti finanziari "rischiosi" accettando la possibilità di una perdita "alta", diversificava i suoi investimenti, parcellizzando così il rischio complessivo.

Con l'investimento di cui è causa invece una parte elevata delle risorse finanziarie (quasi il 25%) è stata concentrata su un unico emittente, operazione questa (alta concentrazione di risorse su un unico titolo) che non risulta essere mai stata effettuata dall'attrice in precedenza.

Poiché, dunque l'operazione di cui è causa era – per le ragioni sopra esposte – senz'altro inadeguata per dimensioni (e non anche per tipologia, come affermato a pag. 6 della sentenza impugnata), la Banca avrebbe dovuto consigliare la cliente a maggiore prudenza e scoraggiarla nel porre in essere un tale acquisto astenendosi dal compierlo in assenza di specifica autorizzazione, considerato che il suo investimento era sbilanciato perché non diversificato.

In questo contesto del tutto superfluo si appalesano le istanze istruttorie formulate dalle parti in relazione alle modalità dell'acquisto (secondo la difesa dell'attrice, la S. sarebbe stata "indotta" all'acquisto; secondo la Banca sarebbe invece stata "dissuasata").

Sul punto va ribadito, infatti, che la Banca intermediaria, qualora

l'investitore intenda comunque eseguire un'operazione ritenuta inadeguata dalla prima, che abbia peraltro informato quest'ultimo di tale circostanza e delle relative ragioni, può darvi corso, ai sensi dell'art. 29, terzo comma, ~~della Deliberazione Consob dell'1. luglio 1998 n. 11.522, soltanto a seguito di~~

un ordine dal medesimo impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico, o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute, dovendosi intendere detta disposizione non come riconducibile al manifestato intento di prescrivere una forma predeterminata dell'atto (appunto quella scritta) per la sua validità, bensì, al contrario, come impositiva di una siffatta forma al fine di garantire l'operatore dall'esonero da ogni responsabilità in ordine all'operazione da compiere (cfr. Cass. 26.7.2013 n. 18140).

Ne consegue che, relativamente all'acquisto di cui è causa, in conformità a quanto ritenuto dal S.C., devono ritenersi integrati tutti i presupposti per addivenire ad una pronuncia di risarcimento del danno per responsabilità contrattuale nei confronti dell'intermediario, sussistendo l'inadempimento di un preciso obbligo di astensione, nonché il danno ed il nesso di causalità tra i primi due elementi.

Non può pertanto condividersi la sentenza di primo grado nella parte in cui, dopo aver affermato l'inadeguatezza dell'acquisto, con motivazione del tutto

~~singolare, nell'esaminare il nesso causale, ha sostenuto che, tenuto conto del~~
profilo dell'investitore e della sua alta propensione al rischio, tale nesso sarebbe provato al 50%, in quanto "...in presenza di segnalazione la cliente avrebbe investito una minore somma, che si presume circa del 50%...".

Ribadito che, in base ai principi sopra enunciati, il nesso di causalità, nella specie, è *in re ipsa*, una volta accertata la violazione della norma comportamentale, il danno non può che coincidere con la perdita dell'intero investimento, in assenza di qualsivoglia allegazione sul fatto che la cliente

intendeva comunque investire in titoli Lehman Brothers ma per un importo minore.

Premesso che il danno che la Banca deve risarcire all'attrice è rappresentato dalla somma sborsata per l'acquisto, rivalutata alla data della presente sentenza (cfr. Cass. 10.3.2010 n.5843), oltre agli interessi legali dal di della domanda al saldo (cfr. Cass. 15.12.2009 n.26226; Cass. 11.3.2004 n. 4983), la convenuta, in parziale riforma del capo 1) dell'impugnata sentenza del Tribunale di Udine – Sezione Distaccata di Palmanova -, va condannata al risarcimento del danno patrimoniale subito dalla S liquidato in € 108.800,00 in moneta attuale, oltre agli interessi al tasso legale dalla data della domanda al saldo.

Va rigettata, infine, ogni ulteriore richiesta di risarcimento svolta dall'appellante ed, in particolare, la richiesta di rimborso del danno emergente riguardante la perizia stragiudiziale svolta in corso di causa, non essendovi alcun nesso causale tra tale spesa e l'acquisto in questione.

Stante la sostanziale soccombenza, la Banca va condannata al pagamento delle spese di primo e di secondo grado, liquidate come da dispositivo.

Va dato atto della sussistenza, in capo a BANCA, quale appellante incidentale, dei presupposti di cui all'art.13, comma 1 *quater*, del D.P.R. 115/2002 introdotto dall'art.1, c.17, L. 228/12.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Trieste, II sezione civile, definitivamente pronunciando disattesa ogni diversa eccezione, così provvede:

- in parziale riforma del capo 1) della 32/13 dd. 20/21.3.2013 del Tribunale di Udine – Sezione Distaccata di Palmanova - condanna BANCA al

pagamento, in favore dell'attrice S (a titolo di risarcimento del danno patrimoniale da illecito contrattuale), della somma di € 108.800,00 in moneta attuale, oltre agli interessi al tasso legale dalla data della domanda giudiziale al saldo;

- conferma per tutto il resto i capi 1) e 2) dell'impugnata sentenza;

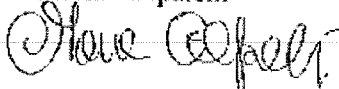
- condanna BANCA a rifondere a S, le spese di lite del primo e del presente grado che liquida, per il primo grado, in complessivi € 4.958,80 di cui € 4.400,00 per compensi ed il resto per anticipazioni, oltre ad IVA e CPA come per legge e, per il secondo grado, in complessivi € 10.028,31 di cui € 9.000,00 per compensi ed il resto per spese, oltre al 15% per spese generali ed ad IVA e CPA come per legge;

- dà atto della sussistenza, in capo a BANCA, quale appellante incidentale, dei presupposti di cui all'art.13, comma 1 *quater*, del D.P.R. 115/2002 introdotto dall'art.1, c.17, L. 228/12.

Trieste, 29 ottobre 2014

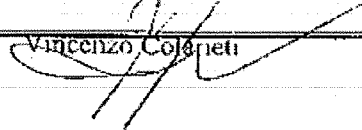
Il Consigliere est.

Marina Caparelli



Il Presidente

Vincenzo Colapreti



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO


Anna Maria Petrone

AH

Esposita in esecutoria il 1.8.11.2010

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Anna Maria Petrone



Strumenti finanziari derivati – Lite temeraria

STRUMENTI FINANZIARI DERIVATI – RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO – RIGETTO DELLA DOMANDA – CONDANNA DEL CLIENTE ALLA RIFUSIONE DELLE SPESE – ULTERIORE CONDANNA AL PAGAMENTO DI UNA SOMMA EQUITATIVAMENTE DETERMINATA – ART. 96, TERZO COMMA, C.P.C. – AZIONE INGIUSTIFICATA DELL'ATTORE – COLPA GRAVE

TRIBUNALE DI MANTOVA, Sezione II Civile, 2 marzo 2015, sentenza n. 251

Tale sentenza ha stabilito il principio della sanzionabilità – con lo strumento della condanna per responsabilità aggravata ex art. 96 cpc - dell'azione proditoria dell'investitore nei confronti della banca. La suddetta condanna al risarcimento del danno è ammessa anche nel caso di mancanza di prova dei presupposti oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 96 cpc; si rammenta che l'art. 96 comma 3 cpc, così come introdotto dall'art. 45, comma 12, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, prevede che, in ogni caso, il giudice, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91 cpc, anche d'ufficio può condannare la parte soccombente al pagamento a favore della controparte di una somma equitativamente determinata.

Sono questi i principi sanciti nella sentenza n. 251 del 2 marzo 2015 del Tribunale di Mantova che ha rigettato la richiesta di risarcimento del danno derivante dalla perdita dei propri investimenti proposta dai clienti di una banca per asserita responsabilità dell'intermediario finanziario.

Gli investitori avevano chiamato in causa la banca al fine di ottenere la dichiarazione di nullità, annullamento e risoluzione per inadempimento dei contratti conclusi con l'istituto di credito.

Il Tribunale di Mantova ha innanzitutto respinto le censure formulate dagli attori in ordine all'eccepita mancanza di forma scritta ex art. 23 TUF del contratto per la negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini su strumenti finanziari (c.d. "contratto quadro"). Il Giudice adito ha infatti accertato che il documento *de quo* era stato compilato in ogni sua parte ed era stato sottoscritto sia dagli attori sia dal funzionario della banca, pertanto appariva destituita di ogni fondamento la censura di nullità del contratto invocata dagli istanti per mancato deposito di una accettazione dell'intermediario.

È stata ritenuta infondata anche la censura riguardante l'omessa indicazione della data del documento tenuto conto del fatto che lo stesso proveniva direttamente dalla parte e non era stato disconosciuto neppure sotto il profilo della presunta difformità all'originale, donde mancava la prova della circostanza per cui lo scritto sarebbe stato formato in un momento successivo.

Il Tribunale ha altresì ritenuto priva di fondamento non solo la richiesta di prova certa della data del documento e di un timbro postale finalizzato ad accertarlo visto che tale requisito non appare previsto da alcuna norma, ma anche la pretesa di dichiarare nulla la firma della banca in quanto illeggibile, essendo stata posta su di un timbro dell'intermediario.

Il Giudice adito è giunto alle medesime conclusioni anche con riferimento alle censure sollevate dagli attori in merito all'asserita mancanza di forma del contratto di conto corrente in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale maturato in ordine alla sufficienza della firma del cliente/correntista. A tal proposito, la giurisprudenza ha costantemente affermato che l'obbligo di forma scritta deve ritenersi rispettato allorquando, alla sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore, abbia fatto seguito la produzione in giudizio di copia del contratto da parte della banca ovvero vi sia stata la manifestazione di volontà della medesima di avvalersi del contratto stesso, così come risultante da plurimi atti posti in essere in costanza del rapporto (cfr. Cass. Civ. Sez. I, 22/03/2012, n. 4564).

Il Tribunale di Mantova ha inoltre ritenuto infondate nel merito le doglianze formulate dagli attori relative alla presunta ed insussistente violazione degli obblighi informativi ex art. 28 del Regolamento Consob n. 11522/1998 da parte della banca. In ogni caso, quantunque fosse stata accertata l'omissione da parte della banca dell'adempimento degli obblighi informativi, le censure sollevate dagli attori non avrebbero potuto essere accolte per intervenuta prescrizione. Secondo quanto affermato dalla prevalente giurisprudenza e dottrina, la responsabilità dell'intermediario per violazione degli obblighi informativi va difatti ricondotta nell'ambito della responsabilità aquiliana e, nel caso di specie, erano trascorsi più di cinque anni tra la sottoscrizione del contratto quadro ed il primo atto interruttivo.

Infine, il Giudice ha escluso che la banca abbia l'obbligo di produrre tutti i documenti atti a provare fatti contro se stessa alla luce di quanto disposto dall'art. 119 TUB, il cui richiamo non può costituire il presupposto per ottenere copia di contratti che i clienti hanno dichiarato di aver ricevuto in copia ed hanno dunque il dovere di conservare. Né il complesso delle norme in materia di investimenti contempla un obbligo per l'intermediario di fornire tutta la documentazione richiesta dal cliente (*"Per quanto riguarda la presunta "reticenza" della banca a fornire le informazioni richieste non possono condividersi le tesi attoree volte a stabilire una specie di obbligo generale della banca a produrre tutti i documenti atti a provare i fatti contro se stessa. L'art. 119 del tub ha precisi limiti e non può costituire il presupposto per ottenere copia di contratti che i clienti hanno dichiarato per iscritto di avere ricevuto in copia e avevano l'onere di conservare. Analogamente non può ricavarsi dal complesso delle norme sugli investimenti finanziari un generale obbligo dell'intermediario di fornire tutta la documentazione richiesta"*).

Per i suddetti motivi, il Giudice adito non si è limitato a respingere le domande formulate dagli attori, ritenendole manifestamente infondate con conseguente condanna alla rifusione delle spese di lite ai sensi dell'art. 91 cpc, ma ha altresì ritenuto sussistenti i presupposti ex art. 96 cpc in materia di responsabilità aggravata.

Il Giudice adito ha ritenuto, nel caso di specie, che la parte attrice aveva sostenuto una posizione palesemente infondata sia per genericità ed evidente inconsistenza delle censure formulate, sia per mancanza di prova. La condotta processuale tenuta dagli attori appariva integrare, da un punto di vista soggettivo, la fattispecie ex art. 96, comma 1, cpc, sussistendo quantomeno il requisito della colpa grave, ma mancava l'ulteriore presupposto della prova dell'elemento oggettivo. È difatti onere della parte che richiede il risarcimento ex art. 96 cpc dedurre e dimostrare la concreta ed effettiva esistenza di un danno in conseguenza del comportamento processuale della controparte. Il Giudice

non può infatti liquidare il danno neppure in via equitativa nel caso in cui dagli atti non risultino elementi idonei ad identificarne concretamente l'esistenza, nonostante sia possibile desumere detto danno da nozioni di comune esperienza e fare riferimento anche al pregiudizio che la parte convenuta ha subito per essere stata costretta a contrastare una azione processuale totalmente ingiustificata. Nel caso in cui il Giudice pronuncia sulle spese legali ai sensi dell'art. 91 cpc, la condanna per lite temeraria è tuttavia da ritenersi giustificata a prescindere dal fatto che la parte fornisca la prova degli elementi oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 96 cpc.

Sulla base di tali presupposti, il Tribunale di Mantova ha ritenuto che, nel caso di specie, la banca era stata chiamata a contrastare un'azione totalmente ingiustificata, per cui ricorrevano i presupposti per l'applicazione dell'art. 96, comma 3, cpc in considerazione anche del fatto che la condanna poteva essere irrogata d'ufficio attraverso la previsione di una somma da liquidare in via equitativa.

(cfr. sentenza di seguito riportata)



N. R.G.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Mantova
Seconda CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Marco Benatti
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g.

promossa da:

contro

ATTORI

patrocinio dell'avv. PESENTI MARCO e dell'avv. FAGGELLA PELLEGRINO ANTONIO
CHRISTIAN (FGGNNC72M16A669I), entrambi del Foro di Milano,

CONVENUTI

pagina 1 di 17

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

CONCLUSIONI

Conclusioni per l'attrice:

"Voglia l'Ill. mo Giudice adito, accertati i fatti di causa, ogni contraria istanza respinta, in accoglimento dei motivi suesposti, che devono intendersi tutti qui richiamati, accogliere, alternativamente e/o cumulativamente, e comunque senza duplicazione degli importi, le seguenti domande:

IN VIA PRINCIPALE ACCERTARE E DICHIARARE QUANTO SEGUE

A) la NULLITA' o l'ANNULLAMENTO o l'INEFFICACIA o l'INOPPONIBILITA' o comunque l'INVALIDITA' di: c.d. contratto quadro, tutti i negozi / contratti / operazioni in derivati, linee di credito concesse nel tempo, gestioni di portafogli di investimento, conti correnti, tutti i rimanenti contratti, così come specificati in atti, compresi i contratti eventualmente ancora in essere.

A titolo esemplificativo e non esaustivo: rapporti relativi ai documenti contrattuali sub. doc. 59, A1, A2, A3, A4, A5, A6, B1, B2, B3, B4, C1, C2, C3, C4; linee di credito risultanti dalla Centrale Rischì (cfr. docc. 49 e 51) ; nonché i seguenti:

<i>Identificazione rapporto</i>	<i>Tipologia rapporto</i>	<i>Collegamento al conto di regolamento</i>	<i>Intestazione</i>	<i>Data Apertura</i>	<i>Data Chiusura</i>
00140.00000119920.00900	Deposito Titoli	00140.001.000		Prima del 05/2001	Prima del 21/11/02
00153.00000150577.00900 Dal 2004 viene ricodificato 2153-00150577-900	Deposito Titoli	00153.001.000		Prima del 25/11/02	Prima del 08/06/09
00153.00000150577.00001 Dal 2004 viene ricodificato 2153-00150577-001	Deposito Titoli	00153.001.000		Prima del 23/06/03	04/2010

Dal 2005 diventa:

Dip. 2153

pagina 2 di 17

00153.00000150578.00000 Deposito 00153.003.0040
Titoli

Prima del 2005
31/12/02

00153.00000150578.00001 Deposito 00153.003.0040
Titoli

Prima del 2005
12/02/03

Quanto precede per effetto della violazione delle norme di seguito specificate:

1. Articoli: 2043 e 2059 C. C. ; 640 , 485 , 61 (n. 2, n. 8 e n. 11), 43, 644 C.P. ; 18, 20, 166, 167, 168 TUF; art. 1418 c.c. (responsabilità extracontrattuale, truffa semplice o aggravata, esercizio abusivo di intermediazione finanziaria/ gestione surrettizia e abusiva, gestione infedele, confusione di patrimoni, conseguenze in sede civilistica);
2. Articoli: 1325, 1418, 2043, 1343, 1344, 1322 C.C.; 21 TUF ; 56 e 57 Del. Consob 11522/98 (carenze organizzative della banca/ carenze procedurali/ carenze nei controlli interni, mancanza di causa, illiceità della causa, negozio in frode alla legge, violazione del sinallagma contrattuale, mancanza di meritevolezza in termini di tutela giuridica dei contratti) ;
3. Articoli: 1321 , 1325, 1346 C.C. (mancanza della volontà, indeterminatezza dell'oggetto del contratto);
4. Articoli: 1439, 1440 C.C. (dolo contrattuale); 1428, 1429 (n. 1 e n. 2), 1431 C.C. (errore essenziale – in via subordinata);
5. Vendita di " *aliud pro alio* ";
6. Articoli: 1375 C.C. (inesigibilità della prestazione);
7. Articoli: 1710, 1176 C.C. (normativa in materia di mandato);
8. Articoli: 21, 23 TUF; 1175, 1176, 1337, 1338, 1375, 1218 C.C. (principi di correttezza, buona fede, trasparenza e diligenza professionale, gravissimo inadempimento, responsabilità precontrattuale / contrattuale, mancata informativa su cause di invalidità)
9. Articoli: 26, 29, 31, 32 (Del. Consob 11522/98); 21 TUF ; 1375 C.C. (best execution, c.d. churning / churring , normativa in materia di operatori qualificati);
10. Articoli: 21 TUF ; 27, 28, 29, 32, 60, 61, 62, 63 (Del. Consob 11522/98) (conflitti di interesse, obblighi informativi, inadeguatezza delle operazioni) ;
11. Articoli: 1418 C.C. (violazione di norme imperative, violazione TUF, violazione Del Consob 11522/98, Direttiva 2004/39/CE – c.d. MIFID, Del. Consob 16190/07, violazione della normativa in materia di tutela dell'interesse dei clienti e della integrità dei mercati);
12. Articoli: 23, 24 TUF; 30, 37 , 47 Del Consob 11522/98; 119 TUB (D. Lgs. 385/1993); 1325, 1326, 1346, 1352, 2702, 2704 C.C. (obblighi di forma);

pagina 3 di 17

13. Articoli: 23 TUF; 117 TUB (obblighi di consegna documentazione ai clienti);
14. Articoli: 2050 c.c. (attività pericolose).

E conseguentemente condannare la banca (anche ex artt. 2049 e 1228 c.c.) e/o il dipendente, in via solidale e/o concorrente e/o alternativa fra loro a:
restituire agli attori ex artt. 2033 e 1815 C.C., tutte le prestazioni dai medesimi effettuate in favore della banca, intendendosi per tali : tutte le somme versate nel tempo alla banca a qualsivoglia titolo a fronte delle operazioni e/o contratti oggetto della presente controversia, ivi compresi interessi, commissioni, spese e quant'altro, senza eccezione alcuna, nonché risarcire agli attori tutti i danni, sia di natura contrattuale che extracontrattuale, patrimoniali e non patrimoniali, prevedibili e non prevedibili, spettanti ai medesimi a fronte delle violazioni come sopra specificate, oltre al maggior danno di cui all'art. 1224 c.c. .

Allo stato, ed in via del tutto prudenziale si quantificano detti importi in un importo non inferiore ad euro 612.320,50, salva miglior determinazione in corso di causa.

Si quantifica il danno di natura non patrimoniale, salva miglior determinazione del Giudice (anche in via equitativa), in 1/3 (un terzo) del danno patrimoniale.

B) IN VIA SUBORDINATA ACCERTARE E DICHIARARE QUANTO SEGUE, per effetto della violazione delle norme come sopra specificate per la domanda in via principale, che devono intendersi tutte qui richiamate e trascritte:

- 1) **La risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. dei negozi, contratti, operazioni predetti;**
- 2) **l'inadempimento della banca e/o del dipendente e la responsabilità della banca stessa e/o del dipendente, di natura precontrattuale e/o contrattuale e/o extracontrattuale ;**
- 3) **l'obbligo della banca e/o del dipendente di risarcire i danni subiti dagli attori;**

e conseguentemente condannare la banca (anche ex artt. 2049 e 1228 c.c.) e/o il dipendente, in via solidale e/o concorrente e/o alternativa fra loro, in tutti i casi di accoglimento (anche di una sola) delle domande come sopra formulate in via subordinata , a:

restituire agli attori ex artt. 2033 e 1815 C.C., tutte le prestazioni dai medesimi effettuate in favore della banca, intendendosi per tali : tutte le somme versate nel tempo alla banca a qualsivoglia titolo a fronte delle operazioni e/o contratti oggetto della presente controversia, ivi compresi interessi, commissioni, spese e quant'altro, senza eccezione alcuna, nonché risarcire agli attori tutti i danni, sia di natura contrattuale che extracontrattuale, patrimoniali e non patrimoniali, prevedibili e non prevedibili, spettanti ai medesimi a fronte delle violazioni come sopra specificate, oltre al maggior danno di cui all'art. 1224 c.c..

Allo stato, ed in via del tutto prudenziale si quantificano detti importi in un importo non inferiore ad euro 612.320,50, salva miglior determinazione in corso di

causa. Si quantifica il danno di natura non patrimoniale, salva miglior determinazione del Giudice (anche in via equitativa), in 1/3 (un terzo) del danno patrimoniale.

Per tutte le conclusioni come sopra formulate, con maggiorazione di interessi e rivalutazione monetaria e con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa, IVA e CPA come stabiliti per legge.

IN VIA ISTRUTTORIA

SI CHIEDE CHE VENGA DISPOSTA CTU

TECNICO/CONTABILE/ECNONOMETRICA FINALIZZATA A QUANTO SEGUE:

1) accertare se nel corso dei rapporti intercorsi fra le parti, specificati ai punti A) e B) delle predette conclusioni, la banca abbia richiesto ed addebitato o comunque percepito somme superiori a quanto dovuto, calcolandone l'importo complessivo, da maggiorarsi dell'interesse legale sino alla data della perizia; quantificare l'entità delle somme da restituire agli attori in caso di accoglimento delle domande indicate ai punti A) e B) delle predette conclusioni; quantificare l'esatto dare/avere fra le parti, applicando su tutti i rapporti bancari intercorsi l'interesse legale tempo per tempo vigente (oltre ad un ulteriore conteggio, applicando però il tasso sostitutivo di cui al precedente punto 12, ai sensi dell'art. 117 TUB) senza alcuna capitalizzazione, eliminando dai movimenti di conto corrente gli addebiti a titolo di spese, commissioni di massimo scoperto, commissioni di altra natura, nonché l'effetto valuta; verificare altresì se è stato superato il c.d. "tasso soglia" di cui alla legge n. 108/96 quantificando le somme da restituire alla società ai sensi degli artt. 1815 e 2033 C.C.; verificare se la banca abbia rispettato le disposizioni di legge e del CICR in materia di capitalizzazione trimestrale degli interessi; operare la compensazione giudiziale fra le somme dovute dalla banca e le somme che risultassero eventualmente dovute dalla società, a titolo di restituzione del capitale e di eventuali interessi semplici al tasso legale tempo per tempo vigente;

2) ricostruire le operazioni in strumenti finanziari derivati oggetto del presente giudizio (di seguito "derivati"), partendo da quella iniziale e nella loro successione temporale, analizzandoli e descrivendoli, precisando i meccanismi di funzionamento ed i parametri di calcolo delle somme "differenziali" da liquidarsi periodicamente; accertare: se i derivati avevano natura e funzione speculativa ed in quale misura, indicando la leva finanziaria, il grado di asimmetria e l'indice di rischiosità degli stessi; accertare: se il derivato iniziale aveva valore nullo, qual'era il suo reale valore di mercato; accertare: se gli addebiti/accrediti periodici dei "differenziali" effettuati nel tempo sono stati correttamente calcolati in relazione alle clausole contrattuali; se sono state percepite "commissioni occulte" e/o contrattualmente non previste e/o aggravii economici privi di causa dalla banca ed in quale misura, con la quantificazione quindi delle predette somme e di quelle comunque percepite in più dalla banca stessa rispetto ai valori correnti; tutti i costi posti a carico degli attori a fronte delle operazioni in derivati; accertare: se le operazioni in derivati erano adeguate e rispondenti alle reali esigenze degli attori, in relazione alla loro situazione economica /patrimoniale /finanziaria, come risultante dagli atti di causa; accertare: chi fosse la controparte formale e quella sostanziale degli attori nelle operazioni in derivati; se esistevano operazioni di copertura effettuate dalla banca più o meno speculari, a fronte delle singole operazioni in derivati oggetto della presente causa e se tali eventuali operazioni fossero precedenti o successive; **ACCERTARE SE LE OPERAZIONI IN DERIVATI SONO STATE REALMENTE**

ESEGUITE DALLA BANCA; accertare: se i valori dei "MARK TO MARKET" e degli "UP-FRONT" calcolati ed attribuiti nel tempo dalla banca a tutti i derivati di causa, alla loro apertura ed alla chiusura, nonché ai contratti ancora in essere siano congrui/corretti, determinando, in caso negativo i valori corretti; accertare: a quale logica erano improntati i derivati, sul piano tecnico, di mercato, soggettivo, oggettivo; se le rinegoziazioni/rimodulazioni effettuate nel tempo corrispondessero alla situazione di mercato ed alle previsioni dell'epoca; ogni ulteriore elemento utile al Tribunale per valutare il rispetto da parte della banca dei requisiti/criteri di cui all'art. 21 TUF e normativa di attuazione emanata dalla CONSOB; accertare: se gli eventuali costi occulti applicati dalla banca abbiano determinato il superamento del c.d. "tasso soglia" di cui all'art. 644 c.p. e l. 108/96 effettuando il calcolo con le seguenti modalità e criteri:

- a) rapportandoli ai valori dei singoli up-front e tenendo conto anche dell'estinzione anticipata dei derivati;
- b) sommandoli agli interessi/oneri/costi addebitati all'opponente a fronte delle linee di credito collegate ai derivati;
- c) determinando il "tasso di remunerazione" del rischio di credito/controparte applicato dalla banca, verificando anche la sua coerenza rispetto al rating assegnato dalla banca all'opponente; accertare:
 - a) le perdite complessivamente subite dagli attori a fronte dei derivati;
 - b) il danno subito dagli attori a fronte delle operazioni in derivati;
 - c) gli obblighi restitutori a carico della banca e/ del dipendente nel caso in cui la restituzione riguardasse quanto indicato al precedente punto a) e/o al precedente punto b), maggiorati degli interessi nella misura di legge e/o della rivalutazione monetaria; d) gli obblighi restitutori in caso di superamento del "tasso soglia" (art. 644 c.p. e legge 108/96), con l'applicazione dei criteri di cui agli artt. 2033 e 1815 c.c..

Tutto quanto precede, con facoltà per il CTU nominato di: sentire le parti ed i loro consulenti tecnici di parte; esaminare ed acquisire: tutti gli atti e i documenti di causa; i documenti che verranno prodotti dai consulenti tecnici di parte nel corso delle operazioni di C.T.U.; tutta la documentazione e/o informazioni che riterrà utile e/o opportune e/o necessarie, sia presso le parti, che presso la Banca d'Italia, la Consob od ogni altro ente pubblico o privato, terzi in genere; espletare ogni ulteriore accertamento e/o indagine che riterrà utili e/o opportuni e/o necessari; avvalersi di collaboratori specialisti di sua fiducia, dandone notizia ai consulenti tecnici di parte; riferire ogni altro elemento utile ai fini della causa; esperire il tentativo di conciliazione fra le parti e, in caso di esito positivo, redigere verbale di conciliazione.

SI CHIEDE ALL'ILL.MO GIUDICE ADITO CHE VOGLIA ORDINARE ALLA BANCA L'ESIBIZIONE, ai sensi degli artt. 119 TUB, 21 TUF (e normativa di attuazione della Banca d'Italia e della Consob), 7 D.Lgs. 196/2003, nonché dell'art. 210 c.p.c. :

- 1) **in originale**, di tutti i contratti e documenti indicati al punto A) delle predette conclusioni, ivi compresi gli "ordini" relativi a tutte le operazioni in derivati effettuate a nome degli attori;

2) **in copia:** degli estratti conto e dei rendiconti relativi ai rapporti indicati al punto A) delle predette conclusioni, dalla loro apertura alla loro estinzione.

3) **di copia delle scritture contabili** nonché l'ispezione contabile delle stesse, relativamente al periodo oggetto del presente contenzioso (2000 -2011) , anche al fine di determinare l'ammontare delle somme percepite dalla banca nel tempo a fronte delle operazioni in derivati in contestazione”.

Conclusioni per la convenuta

“in via preliminare: disporre, ai sensi dell'art. 89 cod. proc. civ., la cancellazione delle espressioni sconvenienti od offensive così come indicate nel corso del presente giudizio ed assegnare - a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale - un equo indennizzo ritenuto di giustizia in favore della Banca

- sempre in via preliminare: accertare l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno azionato dal _____ nei confronti della Banca _____, nonché dell'azione di annullamento dei contratti *ex adverso* proposta e, per l'effetto, respingere la domanda attorea;

- in via principale: respingere le domande formulate dal _____ e _____, in quanto infondate in fatto e in diritto per le ragioni esposte in narrativa, assolvendo la Banca _____ da ogni avversaria pretesa;

- in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle avverse pretese, rideterminare e quantificare il danno risarcibile alla luce delle considerazioni svolte in atti dalla scrivente difesa, escludendo il risarcimento dei danni o limitarlo, in applicazione dell'art. 1227, primo e secondo comma, cod. civ., determinando altresì, anche ai sensi degli artt. 1292 e ss cod. civ. ed art. 2055 cod. civ., la diversa misura di responsabilità tra le parti convenute;

- sempre in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento, in tutto o in parte, delle avverse pretese, condannare il _____ a manlevare la Banca _____ di tutte le somme che quest'ultima eventualmente sarà condannata a pagare in favore del _____ e della _____

- in via istruttoria: si chiede di rigettare, siccome inammissibili ed irrilevanti, tutte le istanze istruttorie articolate da parte attrice e convenuta, per i motivi e le ragioni esposte in atti, nonché disporre per l'ammissione della prova per testi sui seguenti capitoli:

1. “vero che il _____ e la _____ sono stati titolari, presso la filiale di Parma della Banca _____ di rapporti contrattuali prodromici alla negoziazione di strumenti finanziari derivati, come si evince dai contratti prodotti quali docc. nn. 3, 4, 8, 12, 13, 13a, 16, 16a, 16b, 18, 19, 20, 21, 21a, 21c, 21d, 22, 22b e 23”;

2. "vero che la corrispondenza relativa ai rapporti in essere tra il _____ e la _____ con la Banca _____, era domiciliata presso la filiale della Banca ed i suoi clienti avevano accesso alla corrispondenza ivi domiciliata, come si evince dal doc. n. 7 che si rammostra al teste?";

3. "vero che il _____ hanno posto in essere dal 2000 in avanti una importante operatività su strumenti finanziari derivati, negoziando principalmente opzioni su azioni, come si evince dagli ordini di investimento prodotti quali docc. nn. 25?";

4. "vero che il _____ e la _____ sono persone consapevoli dei rischi derivanti dalla negoziazione di strumenti finanziari derivati, avendo una consolidata esperienza in materia di investimenti su strumenti finanziari, nonché un elevato standing culturale?";

5. "vero che il _____ e la _____ erano quotidianamente presso la filiale di Parma della Banca _____, presso la quale disponevano l'operatività inerente la gestione della società agli stessi facenti capo, nonché la negoziazione di strumenti finanziari, provvedendo altresì al ritiro della corrispondenza domiciliata presso la Banca?";

6. "vero che il _____ e la _____ erano titolari di un comodo di cassa di circa 2 miliardi di lire, accordato anche per l'operatività in strumenti finanziari derivati dagli stessi disposti nel corso degli anni per il tramite della Banca _____ come si evince dai docc. nn. 9, 10 e 34 che si rammostrano al teste?";

7. "vero che il _____ e la _____ nell'ambito dei rapporti negoziali intrattenuti con la Banca _____, erano titolari di affidamenti concessi da parte della Banca per la ristrutturazione di un importante immobile di proprietà degli stessi di Euro 600.000,00, come si evince dal doc. n. 35 che si rammostra al teste?";

Si indicano quali testimoni, sui precedenti capitoli di prova, i Sigg.ri _____ (presso Banca _____) e _____ (presso _____)

- in ogni caso: previa condanna anche ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. degli attori, si chiede la liquidazione delle competenze di causa, rimborso forfetario ed oneri di legge".

Conclusioni per il convenuto

"Voglia il Tribunale Ill.mo, *contrariis reiectis* previe le declaratorie tutte del caso e di legge, respingere le domande così e come formulate da parte attrice e, per quanto di ragione, dalla Banca _____ nei confronti dell'esponente perché inammissibili, irricevibili, improponibili, improcedibili, infondate, prescritte o comunque

come meglio ritenuto ed in ogni miglior modo, dando ogni conseguente provvedimento del caso e di legge.

Con vittoria di spese, Iva, CpA e rimborso forfettario come per legge e con condanna altresì della parte attrice del pagamento di un'ulteriore somma equitativamente determinata ai sensi dell'art.96 cpc c.III.

In via istruttoria subordinata, sospesa ogni decisione nel merito, si insiste, per quanto occorrer possa, per l'ammissione della prova per testi già formulata nella seconda memoria ex art.183 cpc e qui di seguito riprodotta:

1) Vero che poco dopo l'assunzione la banca aveva richiesto l'iscrizione al _____, così come a tutti i funzionari legati alla operatività finanziaria, all'albo dei promotori finanziari accollandosene il relativo costo per consentire la operatività fuori sede": si indica a teste il Responsabile pro tempore dell'Ufficio personale della Banca

Si chiede altresì che l'Ill.mo Giudice ordini ex art. 210 cpc alla predetta banca l'esibizione del contratto di lavoro sottoscritto dal _____ con la banca non essendone più in possesso, oltre alla copia delle ultime buste paga".

Concisa esposizione delle ragioni della decisione

a) Riepilogo delle questioni

Gli attori, tra loro coniugi, hanno intrattenuto per diversi anni rapporti di tipo economico finanziario con la convenuta mediante l'intervento del convenuto _____, prima dipendente e poi collaboratore della seconda nel collocamento di prodotti finanziari. La _____ e il _____, che sin dal 2010 hanno interrotto i rapporti con la banca revocando ogni incarico, hanno rilevato di avere maturato perdite sui propri investimenti ammontanti, in via del tutto prudenziale¹, a € 612.320,50 e ravvisando numerosissime violazioni nella condotta dell'Istituto di Credito e del _____, li hanno chiamati in causa per ottenere la dichiarazione di nullità di tutti i contratti e il risarcimento del danno, in subordine chiedendo l'annullamento degli stessi e la risoluzione per inadempimento rilevando altresì a carico degli stessi numerosi reati contro il patrimonio (truffa, usura, ecc..) e di natura finanziaria.

Si sono costituiti i convenuti respingendo le tesi attoree e, quanto alla banca, depositando ulteriore documentazione contabile a sostegno delle proprie tesi.

L'istruttoria dibattimentale si è svolta mediante l'escussione dei testi di parte convenuta mentre è stata respinta l'istanza di consulenza tecnica e di esibizione formulata da parte attrice che non ha altresì formulato richiesta di prove orali². All'esito le parti hanno precisato le loro conclusioni come sopra indicato.

1 vv. pagg. 54 citazione

2 Salvo una richiesta di prova contraria (pag. 15 memoria n. 3) che è stata respinta poiché la capitolazione era generica e comunque volta a provare fatti diversi da quelli dedotti da cpt a prova diretta.

Va incidentalmente confermato che la testimonianza dei dipendenti bancari appare del tutto ammissibile, contrariamente a quanto sostenuto dagli attori, come è affermato da costante giurisprudenza³ che nega al dipendente l'incapacità ex art. 246 cpc in assenza di un interesse attuale e concreto a partecipare al giudizio.

b) le singole questioni

Va evidenziato come gli attori non abbiano provato né chiesto di provare la pressoché totalità delle censure formulate nell'atto introduttivo e poi ribadite nelle fasi successive, né hanno formulato contestazioni sulla sottoscrizione di tutti i documenti in atti atteso che, dopo i disconoscimenti operati in citazione e nella fase iniziale, hanno ritirato il loro disconoscimento. Solo con le conclusioni istruttorie dell'atto introduttivo hanno formulato censure in ordine alla legittima operatività del conto corrente su quale erano appoggiate le somme coinvolte nella movimentazione dei titoli, sotto il profilo della pattuizione d'interesse ultralegale, dell'anatocismo vietato, della commissione di massimo scoperto e dell'usura, e senza che nella parte motiva se ne faccia alcun cenno.

Deve ribadirsi come tutti i fatti affermati dagli attori e contestati da controparte, riguardanti condotte abusive della banca e del [redacted], falsità, truffe, ecc., rendiconti falsi, mancata informazione sull'acquisto dei derivati, sono rimaste del tutto prive di prova posto che, come si è detto, gli attori non hanno provato né chiesto di provare alcunché in tal senso e non potendosi in ogni caso affidare a una CTU del tutto esplorativa la ricerca di qualche ragione per addebitare a terzi l'esito negativo del proprio investimento.

Il deposito, in sede di comparsa conclusionale, di atti del procedimento penale instaurato parallelamente a mezzo di querela da parte degli attori deve:

- da una parte, ritenersi tardivo atteso che, come risulta dalla richiesta di archiviazione e dall'opposizione ex art. 410 cpp presentata dagli attori⁴, le indagini erano disponibili agli stessi, in qualità di presunte parti offese, sin dal maggio 2013;

- dall'altra, irrilevante atteso che si limita a richiamare una serie di sommarie informazioni tra cui quella che⁵, a loro detta, sarebbe significativa.

Quest'ultima non fa però che confermare come gli attori abbiano sempre sottoscritto gli ordini loro proposti dal [redacted], con il che non è provato in alcun modo, né è stato chiesto di provare, come questi avrebbe potuto indurli in errore sul contenuto dell'atto che andavano a firmare. Il fatto che il GIP di Parma, con decreto 11/10/2013, abbia archiviato la posizione del [redacted] esattamente per gli stessi reati che oggi vengono contestati ai convenuti (truffa e appropriazione indebita) è del resto indicativo. Va aggiunto che, come emerge dagli atti, entrambi gli attori risultano essere laureati, ciò che rende ancor più inverosimile che abbiano sottoscritto ordini di prodotti finanziari per importi di centinaia di migliaia di euro senza comprendere il significato e il rischio che con essi si assumevano.

³ Appello Brescia 10 gennaio 2007 in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fin.php?id_cont=534.php

Tribunale Mantova 18 marzo 2004 in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/dpc.php?id_cont=686.php

⁴ Allegata alla memoria di replica del convenuto

⁵ [redacted], consulente di fiducia degli attori, il quale ha peraltro premesso di svolgere valutazioni personali

Occorre ora affrontare le questioni principali riguardanti la forma dei contratti e la condotta delle parti come risultante dai documenti e dalle testimonianze, riservando all'esito la valutazione delle residue censure traendone le relative conseguenze.

c) la forma dei contratti

Le censure d'assenza di forma scritta ex art. 23 tuf (d. lgs. 24/2/98 n. 58) sono del tutto infondate.

È incontestato che gli attori fossero clienti del Banco sin dal 2000 e avessero con esso stipulato un contratto di conto corrente ordinario (doc. 2) e un contratto per la negoziazione, al ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari (c.d. contratto quadro doc. 3 - 59a1 attoreo).

Il documento 3 appare compilato in ogni sua parte e sottoscritto sia dagli attori che da un funzionario bancario nella penultima e ultima pagina. Sono quindi del tutto infondate le censure che vorrebbero rilevare nullità nel mancato deposito di una accettazione della banca. Infondate le censure sulla data, atteso che il documento proviene dalla parte e non è stato disconosciuto, neppure sotto il profilo della presunta difformità dall'originale, con il che è del tutto sfornita di prova la circostanza secondo cui sarebbe stato formato successivamente. Del tutto infondata è quindi ogni richiesta di una prova certa della data del documento e ancor più di un timbro postale ad accertarlo⁶, requisito non previsto da alcuna norma, così come la pretesa di nullificare la firma della banca perché illeggibile ancorché posta su un timbro dell'Istituto di credito.

Quanto al contratto deposito titoli in pari data, oltre a ritenersi del tutto infondate le analoghe censure per le stesse ragioni, va ricordato che mentre è pacifica la nullità degli investimenti in assenza di contratto quadro, non altrettanto può dirsi per i singoli investimenti con la conseguenza che, anche ove per assurdo fosse nullo il contratto deposito titoli citato, ciò non nuocerebbe in nulla alla validità degli investimenti ordinati dagli attori ed eseguiti dall'istituto di credito.

Quanto infine al contratto di conto corrente, oltre a valere quanto già detto sopra, è sufficiente richiamare la giurisprudenza sempre più diffusa in ordine alla sufficienza della firma del cliente⁷ nonché il riferimento operato da parte convenuta a Cass. Civ sez. I n. 4564/12.

d) gli obblighi informativi

Sono altresì totalmente infondate, quanto alle informazioni richieste ex art. 28 Reg. Consob, le questioni inerenti la presunta non compatibilità con il regolamento Consob allora in vigore (11522/98) con quello richiamato nel modulo (10943/97) da cui gli attori pretenderebbero di far derivare la nullità dello stesso e l'inadempimento di tutti gli obblighi informativi, conseguenza che non risulta prevista da alcuna norma. È peraltro noto come la violazione degli obblighi informativi, anche ove sussistente, non produrrebbe la nullità dei

6 Pag. 14 citazione

7 Corte d'Appello di Torino 16 marzo- 3 aprile 2012 n 595 rg 287/10 in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7580.php>

contratti ma tutt'al più profili di inadempimento⁸ sotto il profilo della responsabilità precontrattuale.

È pacifico come gli attori, richiesti di fornire informazioni ex art. 28 reg. Consob citato, abbiano legittimamente opposto un rifiuto (vv. doc. 59A3 e 59B3 attorei in date 2/11/2000 e 28/6/2001) a comunicare la propria situazione finanziaria ma abbiano dichiarato contestualmente un'esperienza in materia d'investimenti "alta" (la massima possibile), una propensione al rischio "alta" (V livello, sotto al VI livello che è il massimo), obiettivi di rendimento in termini di "rivalutabilità" (il massimo possibile). Non si è quindi verificata quella situazione che, in assenza d'informazioni conseguenti al rifiuto⁹, costringerebbe la banca ad assumere ulteriori informazioni prima di consentire gli investimenti richiesti. È quindi del tutto infondata la pretesa di costringere la banca a rifiutare richieste d'investimento che andassero oltre il rischio minimo, a fronte di clienti investitori che dichiaravano e dimostravano, come si evince dalle centinaia di ordini¹⁰ da loro sottoscritti e dagli importi interessati¹¹ (oltre 2 milioni d'euro), un'alta esperienza, propensione al rischio e ambiziosi obiettivi d'investimento. Ciò appare sufficiente per ritenere che l'intermediario abbia adempiuto ai suoi obblighi in materia e rende ancor più inverosimile l'affermazione più volte ripetuta secondo cui gli attori non avevano né le conoscenze né l'esperienza per gestire attivamente il rapporto derivante dai contratti derivati tenuto conto che, per applicare la norma, l'intermediario deve fare riferimento ad "ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati".

Quand'anche poi – contrariamente alle motivazioni suindicate – si ipotizzasse l'omissione, da parte dell'intermediario, dell'adempimento agli obblighi informativi, deve confermarsi come il tipo di responsabilità, secondo prevalente giurisprudenza e dottrina, abbia natura aquiliana¹², rendendosi così rilevante l'eccezione di prescrizione tempestivamente formulata dai convenuti e tenuto conto che sono trascorsi più di cinque anni (art. 2947 cc) tra la sottoscrizione del contratto quadro e la raccomandata interruttiva della prescrizione 30/6/2009¹³. Altrettanto prescritta sarebbe poi la prospettata azione d'annullamento.

Tutte le censure in ordine al fatto di non avere ricevuto copia dei contratti e dei documenti informativi risultano peraltro infondate alla luce del riconoscimento dei documenti che ne attestano la ricezione e, in particolare, alle dichiarazioni in essi contenute di averne ricevuta copia.

L'infondatezza di tutte le censure relative ai contratti precedenti si estende a tutti quelli elencati alle pagine 15-17 della citazione le cui censure sono dagli attori riferite ai precedenti documenti.

Nessuna violazione emerge, di conseguenza e con riferimento all'art. 29 reg. Consob 11522/98, in termini di adeguatezza. Va ribadito come nel caso specifico denna avverso

8 Cassazione civile, SS.UU., sentenza 19.12.2007 n° 26724

9 Sez. I, *Sentenza n. 18039 del 19/10/2012* (Rv. 624751)

10 vv. doc. 25 e ss conv

11 Il rapporto iniziò con il versamento di Lit. 1.950.000.000 il 3/11/2000 (vv. doc. 1 attoreo)

12 Vv tra le ultime Sez. 3, *Sentenza n. 21255 del 17/09/2013* (Rv. 628701)

13 Doc. 54 attoreo

roggiardp alle dichiarazioni degli attori nei documenti 2 novembre 2000 e 28 giugno 2001 sopra richiamati. Non si ritiene, a tale stregua, che gli investimenti ordinati dagli attori dovessero ritenersi inadeguati ai sensi della norma suindicata che, in merito alla valutazione, fa espresso riferimento all'art. 28 stesso reg. e quindi alla profilatura e alle circostanze già richiamate. Non pare di soverchia rilevanza che, nella successiva fase e nel 2008, l'istituto abbia inquadrato gli attori come clienti "al dettaglio" atteso che tale inquadramento serve solo a distinguere gli attori dagli investitori "professionali" nei confronti dei quali gli intermediari non hanno obblighi informativi. Nel caso specifico risulta invece che gli obblighi sussistessero, ma anche che gli stessi siano stati adempiuti.

Del pari priva di prova è l'eccezione riguardante il diritto di recesso ex art. 30 tuf. Gli attori non hanno provato né chiesto di provare che i contratti venissero sottoscritti fuori dai locali della filiale e le testimonianze dedotte da controparte hanno confermato la circostanza relativa all'avvenuta "offerta in sede". Del tutto infondata è quindi anche tale eccezione ripetutamente formulata dagli attori.

Quanto alla casella postale definita in citazione "fantomatica", le testimonianze hanno confermato che gli attori frequentavano la filiale quasi giornalmente, passavano a ritirare la posta relativa ai loro investimenti ed erano unici titolari delle chiavi di tale casella. È quindi del tutto falso che gli stessi non fossero a conoscenza della casella e che ricevessero informazioni sui propri investimenti solamente dal

e) le altre censure

Le altre censure sono formulate genericamente postulando fatti non provati o sono del tutto estranee alla fattispecie.

Non vi è alcuna prova che l'Istituto di Credito o il suo collaboratore abbiano agito in conflitto d'interessi. È del resto pacifico come tale censura oneri il cliente investitore che intenda farlo valere¹⁴ della prova specifica ed è del tutto inconsistente la pretesa di ravvisare un "evidente" conflitto d'interessi nel fatto che la banca abbia gestito gli ordini vendendo i derivati e finanziando gli attori per il loro acquisto. A ciò si aggiunga che tale prova non potrebbe essere limitata a una mera affermazione di cointeressenza tra l'istituto di credito e la pretesa (ma neppure dedotta) necessità di "liberarsi" di titoli asseritamente scomodi, bensì dovrebbe estendersi¹⁵ alla prova:

a) che la corretta spiegazione circa il conflitto di interesse avrebbe distolto dall'operazione *de qua* ;

b) che tale operazione, effettuata in conflitto di interesse, ha procurato agli attori un danno collegato, appunto, alla specifica condizione della banca.

Anche in questo caso manca del tutto tale prova.

14 Vv il già citato Appello Brescia 10 gennaio 2007 in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fin.php?id_cont=534.php

15 vv. ad es. Tribunale di Milano, sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 542 in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/459.htm>

Le censure relative a una presunta "gestione surrettizia" ad opera del con il concorso dell'Istituto di Credito sono come le altre prive di prova e smentite dalle stesse testimonianze assunte in questo procedimento. L'affermazione, anche questa più volte ripetuta, secondo cui la banca non si sarebbe limitata a eseguire le disposizioni dei clienti è rimasta del tutto sfornita di prova, e men che meno che tale gestione fosse finalizzata a procurare alla banca un ingiusto profitto ex art. 640 cp.

Le stesse ragioni si attagliano alle censure formulate nei confronti del con riferimento ai reati di cui agli artt. 166 e 167 tuf. Pur non conoscendosi l'esito delle ulteriori indagini in merito ordinate dal GIP con la predetta ordinanza, con cui ha accolto l'archiviazione sulle rimanenti imputazioni, la mancata produzione di un qualsivoglia atto d'esercizio dell'azione penale impedisce, alla luce delle considerazioni già svolte sulla tardività e irrilevanza degli atti dell'indagine, di valutare le risultanze investigative quali rilevanti anche in questo procedimento.

Quanto alle censure di assenza di forma scritta per la mancanza di un contratto di consulenza, la pretesa¹⁶ di applicarvi il dettato dell'art. 23 tuf è del tutto fantasiosa atteso che tale norma si riferisce ai contratti d'investimento e al contratto quadro e non certo a contratti di consulenza. La conseguenza sarebbe poi irrilevante quanto alla validità dei rapporti oggi impugnati.

L'infondatezza di tutte le censure assorbe anche la censura di nullità derivata di tutti gli ordini d'investimento.

Quanto alle ulteriori censure sulla causa del contratto, sulla sua presunta illiceità, sul fatto che si tratterebbe di contratti atipici in violazione di legge, le stesse sono formulate in modo del tutto generico nel tentativo di dimostrare che la scelta di investire in contratti derivati sarebbe illogica e in violazione del sinallagma. Perché mai ciò dovrebbe essere non è però sufficientemente chiarito. La causa concreta degli investimenti ordinati e sottoscritti dagli attori è stata espressamente indicata dagli stessi nei documenti sopraccitati¹⁷, e il tentativo di attribuire ad altri le perdite riportate in investimenti rivelatisi sbagliati non risulta fondato.

Per quanto riguarda la presunta "reticenza" della banca a fornire le informazioni richieste non possono condividersi le tesi attoree volte a stabilire una specie di obbligo generale della banca a produrre tutti i documenti atti a provare i fatti contro se stessa. L'art. 119 del tub ha precisi limiti e non può costituire il presupposto per ottenere copia di contratti che i clienti hanno dichiarato per iscritto di avere ricevuto in copia e avevano l'onere di conservare. Analogamente non può ricavarsi dal complesso delle norme sugli investimenti finanziari¹⁸ un generale obbligo dell'intermediario di fornire tutta la documentazione richiesta. Nel caso specifico poi, come si è detto, la documentazione è stata fornita ma gli attori non hanno desistito formulando una ridda di eccezioni del tutto fantasiose e infondate.

16 Pag. 30 citazione

17 "rivalutabilità" del proprio capitale; che potrebbe tradursi con "speculazione", e quindi attività perfettamente legittima ma rischiosa per il proprio capitale.

18 Anche nelle conclusioni sono richiamati l'art. 21 TUF e l'art. 7 d. lgs. 196/2003 (codice protezione dati personali) che nulla dicono in merito al presunto obbligo della convenuta di produrre i documenti richiesti.

Sono superate le questioni relative alla decadenza per mancata impugnazione degli estratti conto, essendo peraltro pacifico in giurisprudenza come la stessa incida solo sull'aspetto meramente contabile e non impedisca di formulare censure sulla legittimità degli addebiti: tali censure, come si è detto, sono comunque infondate nel caso specifico.

f) il conto corrente

Le censure sul conto corrente compaiono in sede di conclusioni istruttorie¹⁹ dell'atto di citazione ma si tratta comunque, anche in questo caso e a maggior ragione, di censure del tutto generiche che demandano ancora una volta a una CTU l'accertamento di violazioni che vengono prospettate senz'alcun riferimento alla realtà concreta di cui è causa. Non viene infatti indicata, né con riferimento al conto corrente né a qualsiasi altro rapporto tra le parti, alcuna ipotesi in cui risulti un tasso o una CMS²⁰ non pattuita per iscritto tra le parti o una capitalizzazione non consentita. Ciò vale anche per la censura di usura, ulteriormente infondata ove si tenga conto che parte attrice non ha depositato i DM di fissazione del c.d. "tasso soglia", pacificamente ritenuti da giurisprudenza, anche di quest'ufficio²¹, atti esclusivamente amministrativi e quindi non appartenenti alla scienza ufficiale del giudice ex art. 113 cpc. Anche questa censura, del tutto svincolata dalle motivazioni dell'atto, appare quindi meramente trattativa da altre cause e non ha alcun riferimento con la realtà documentale in atti.

g) la richiesta ex art. 89 cpc

Non può essere accolta l'istanza, formulata da parte convenuta sin dalla comparsa di risposta, di cancellazione di espressioni e risarcimento del danno. Pur dandosi atto che molte delle affermazioni attoree, peraltro risultate infondate, sulla presunta scorrettezza di controparte e tese a ridicolizzare le tesi difensive prospettate *ante causam*, sconfinano nel "non tecnico" e coinvolgono espressioni puramente emozionali - va evidenziato come non paia potersi escludere che si tratti di espressioni comunque riguardanti l'oggetto della causa, che è costruita come una censura totale della condotta delle controparti nei rapporti decennali con gli attori. Ne deriva che non può ritenersi integrata la fattispecie prevista dall'art. 89 cpc mentre dell'infondatezza e pretestuosità delle censure si terrà conto ai sensi dell'art. 96/3 cpc.

h) conclusioni e spese

L'azione attorea si è quindi rivelata totalmente infondata e pretestuosa, assolutamente sfornita di prova sia sotto il profilo civile che sotto quello penale per quanto è ravvisabile dagli atti depositati (tardivamente) in questo procedimento. Ogni ulteriore profilo, anche istruttorio, risulta pertanto assorbito.

¹⁹ vv. punto I delle "richieste istruttorie"

²⁰ Commissione di massimo scoperto: peraltro il conto risulta (doc. 31) per lo più avere avuto saldo positivo e, nei casi di saldo negativo, la commissione applicata è stata pari a 0

²¹ Tribunale Mantova 01 dicembre 2009 in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/ban.php?id_cont=2272.php

La stessa va quindi integralmente rigettata con condanna alla rifusione delle spese del procedimento nei confronti di entrambi i convenuti. La liquidazione delle spese va effettuata come segue in base al DM 10 marzo 2014 n. 55 applicabile (art. 28) a tutte le liquidazioni successive alla sua entrata in vigore²² nonostante le prestazioni siano avvenute in parte prima di essa²³. La media difficoltà della causa consente di liquidare in tale misura le competenze in relazione allo scaglione di valore.

Competenza: Giudizi di cognizione innanzi al tribunale

Valore della Causa: Da € 520.001 a € 1.000.000

Fase	Compenso
Fase di studio della controversia	€ 4.388,00
Fase introduttiva del giudizio	€ 2.895,00
Fase istruttoria e/o di trattazione	€ 12.890,00
Fase decisionale	€ 7.631,00
Compenso tabellare ex Art. 4, comma 5:	€ 27.804,00

Spese generali (15% sul compenso totale) € 4.170,60

IPOTESI DI COMPENSO LIQUIDABILE (s.e.o.) € 31.974,60

Le parti convenute hanno altresì chiesto la condanna di parte attrice al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 cpc, ravvisando dolo o, quantomeno, colpa grave nell'aver agito in giudizio a fronte di una controversia che appariva temeraria.

Va osservato, a tal fine, come non appaia dubbio che, agendo in giudizio, parte attrice abbia sostenuto una posizione già a prima vista del tutto infondata, per la genericità e palese infondatezza delle censure formulate e l'assenza di prove dedotte in merito. Ne deriva che, sotto il profilo soggettivo, appare integrata la fattispecie quantomeno della colpa grave prevista dal comma I della disposizione invocata.

Manca però la prova dell'elemento oggettivo atteso²⁴ che è onere della parte che richiede il risarcimento dedurre e dimostrare la concreta ed effettiva esistenza di un danno in conseguenza del comportamento processuale della controparte, sicché il giudice non può liquidare il danno, neppure equitativamente, se dagli atti non risultino elementi atti a identificarne concretamente l'esistenza. Se è vero che il giudice può desumere detto danno da nozioni di comune esperienza e fare riferimento anche al pregiudizio che la parte convenuta abbia subito per essere stata costretta a contrastare un'iniziativa del tutto ingiustificata

²² Il DM 55/2014 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2 aprile 2014 ed è entrato in vigore il giorno successivo, ex art. 29 comma I del decreto stesso.

²³ Sez. U, *Sentenza n. 17405 del 12/10/2012* (Rv. 623533) pronunciata sull'analoga successione di tariffe con il precedente DM 140/2012

²⁴ Sez. 3, sentenza n. 13355 del 19/07/2004 (Rv. 575648); Sez. 1, sentenza n. 16525 del 05/08/2005 (Rv. 585329)

dell'avversario, nel caso di specie non vi sono elementi certi per ritenere che vi sia stato, sotto il profilo oggettivo, un danno effettivo in conseguenza dell'ingiustificata azione, al di là delle spese sostenute che sono rifeuse ex art. 91 cpc.

Occorre però valutare il dettato del nuovo III comma dell'art. 96 cpc, introdotto dall'art. 45 comma XII della legge 18 giugno 2009 n. 69 e quindi applicabile alla presente procedura, ove si è previsto che: *"In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata"*. La norma appare finalizzata a svincolare la condanna ivi prevista dalla necessaria prova degli elementi oggettivi e soggettivi prevista dall'originario testo dell'art. 96 cpc²⁵.

Nel caso specifico risulta evidente che i convenuti sono stati costretti a contrastare un'iniziativa del tutto ingiustificata e che ricorrono quindi i presupposti per l'applicazione della nuova previsione, tenuto conto che la condanna può essere irrogata anche d'ufficio e la somma essere equitativamente determinata.

Tenuto conto dell'importo ingiunto e quindi delle spese processuali già liquidate, appare equo individuare tale somma in € 15.000,00 per ciascun convenuto.

P.Q.M.

Sulle domande proposte dagli attori BANCA _____ e _____ contro i convenuti _____, uditi i procuratori delle parti, ogni altra istanza ed eccezione respinta, così provvede:
respinge le domande attoree e, per l'effetto, condanna gli attori _____ e _____, in solido tra loro, alla rifusione, nei confronti dei convenuti BANCA _____, nella persona del rappresentante legale, e delle seguenti somme, per ciascuno dei due convenuti:

- € 27.804,00 per compensi;
 - € 4.170,60 per spese generali;
 - € 15.000,00 ex art. 96/3 cpc;
- oltre IVA e CPA, se dovute.

Mantova, 2 marzo 2015

Il Giudice
dott. Marco Benatti

²⁵ Non a caso è stata contestualmente eliminata la previsione di cui all'art. 385/4 cpc che prevedeva analogo meccanismo limitatamente ai giudizi di Cassazione.