



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

Obbligazioni della Grecia (offerta di scambio)

- Collegio del 26 febbraio 2014, ricorso n. 855/2013 – Acquisto obbligazioni estere – Successiva variazione di rating – Mancata comunicazione – Violazione obblighi informativi – Comportamento causativo di danno *pag. 5*

- Collegio del 12 febbraio 2014, ricorso n. 822/2013 - Swap su obbligazioni estere – Informativa alla clientela – Comunicazione con invio della documentazione necessaria – Ulteriore informativa via e-mail – Congruità del comportamento *pag. 10*

- Collegio del 12 febbraio 2014, ricorso n. 822/2013 - Acquisto obbligazioni della Grecia – Mancata informativa del downgrading – Variazione di circa nove livelli – Risarcimento della perdita subita *pag. 11*

- Collegio del 12 febbraio 2014, ricorso n. 822/2013 - Swap su obbligazioni della Repubblica Ellenica – Raggiungimento quorum minimo di adesioni – Attivazione delle CAC – Estensione obbligatoria dello swap nei confronti di tutti gli obbligazionisti – Contestazione – Estraneità della banca – Mera funzione di depositaria *pag. 12*

Strumenti finanziari derivati

- Collegio del 19 febbraio 2014, ricorso n. 907/2013 - Sottoscrizione di certificates su azioni – Prestazione del servizio di consulenza – Questionario Mifid – Risposte contraddittorie – Inesattezza del quadro informativo – Inattendibilità della valutazione di adeguatezza - Invalidità dell'acquisto – Risarcimento del danno *pag. 17*

- Collegio del 26 febbraio 2014, ricorso n. 757/2013 - Acquisto certificato su azioni – Mancanza di chiarezza e trasparenza del prospetto informativo – Inadeguata informativa circa il pagamento del premio – Risarcimento del danno *pag. 21*

- Collegio dell'11 giugno 2014, ricorso n. 127/2014 - Contestazione sottoscrizione di certificati – Disconoscimento della firma – Assenza di denuncia penale – Necessità di verifica della scrittura disconosciuta – Incompetenza dell'Ombudsman Giurì Bancario – Rigetto della domanda *pag. 26*

- Collegio del 9 luglio 2014, ricorso n. 964/2013 - Trading on-line – Operatività su derivati – Funzionamento dello stop loss – Modifica delle condizioni - Non applicabilità dell’art. 118 del TUB – Applicabilità del Codice al consumo – Mancato rispetto della normativa – Vessatorietà delle clausole – Inefficacia pag. 29

- Promotore finanziario**

- Collegio del 23 aprile 2014, ricorso n. 1073/2013 - Fatto illecito del promotore – Nesso di occasionalità necessaria con l’incarico svolto – Promotore strumento nell’organizzazione dell’impresa - Conseguente responsabilità della banca pag. 36

- Collegio del 23 aprile 2014, ricorso n. 1073/2013 - Acquisto fondo comune di investimento – Pagamento con modalità difformi da quanto previsto – Esclusione del concorso colposo del cliente – Sussistenza del nesso di causalità tra incarico svolto e fatto illecito del promotore – Responsabilità solidale della banca pag. 37

- Collegio del 23 aprile 2014, ricorso n. 1073/2013 - Acquisto fondo comune di investimento – Prodotto non collocato dalla banca – Appropriazione indebita della somma pagata – Sussistenza del nesso di occasionalità necessaria – Tutela dell’investitore – Responsabilità oggettiva della banca pag. 38

- Collegio del 9 luglio 2014, ricorso n. 130/2014 - Operazioni di investimento – Vendita di azioni e warrant – Asserite rassicurazioni da parte della banca – Assenza di prove documentali - Smentita da parte della banca - Inattendibilità delle affermazioni dei clienti pag. 43

- Collegio del 9 luglio 2014, ricorso n. 130/2014 - Vendita di azioni e warrant – Previa consegna di documentazione informativa da parte della banca – Documentazione adatta ad investitori esperti – Colpa lieve della banca – Responsabilità per i danni causati al cliente pag. 44

PARTE II SEGNALAZIONI DI DOTTRINA

Strumenti finanziari derivati

A CURA DELLA REDAZIONE DI *EX PARTE CREDITORIS*, **“Strumenti derivati: obblighi informativi – Qualifica dell’investitore – Irresponsabilità dell’intermediario – Rassegna giurisprudenziale”**, in Rivista di informazione giuridica, “segnalato da www.expartecreditoris.it”, 30 giugno 2014 pag. 48

Clausole di azione collettiva

CARLANDO LUCA, *“Alcune considerazioni in merito all’introduzione delle clausole di azione collettiva (CACs) nei titoli di Stato ad opera del Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze n. 96717 del 7 dicembre 2012”*, in Rivista di Diritto Bancario, maggio 2013.

pag. 48

Albi professionali del settore bancario/finanziario

LENER RAFFAELE, *“La disciplina degli organismi per la tenuta degli albi dei professionisti operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo: un’ipotesi di riorganizzazione normativa”*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, fasc.1, 2014, pag. 27

pag. 49

PARTE III PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

Obblighi informativi (prestiti obbligazionari)

PRESTITO OBBLIGAZIONARIO – ASSERTITA MANCATA ADEGUATEZZA – PRESUNTA VIOLAZIONE DEI DOVERI DI INFORMAZIONE – CONSEGUENZE – NULLITA’ – ESCLUSIONE – ASSENZA DI CONTRARIETA’ A NORME IMPERATIVE

CASSAZIONE CIVILE, Sezione I, 10 aprile 2014, sentenza n. 8462

pag. 50

Contratto accessorio (mutuo)

EROGAZIONE DI UN MUTUO – FINALITA’ DI ACQUISTO DI TITOLI EMESSI DALLA BANCA – COSTITUZIONE IN PEGNO DEI TITOLI – CONTRATTO ATIPICO UNITARIO – SCOPO DI LUCRO FINANZIARIO – APPARTENENZA AI “SERVIZI DI INVESTIMENTO”

CASSAZIONE CIVILE, Sezione III, 3 aprile 2014, sentenza n. 7776

pag. 56

Promotore finanziario

ASSERTITI FATTI ILLECITI DEL PROMOTORE – ONERE DELLA PROVA A CARICO DEL CLIENTE – CHIAMATA IN CAUSA DELLA BANCA – NECESSITA’ DI DIMOSTRARE IL NESSO DI CAUSALITA’ – ASSENZA DI PROVE – RESPONSABILITA’ SOLIDALE DELL’INTERMEDIARIO - ESCLUSIONE

CASSAZIONE CIVILE, Sezione III, 23 maggio 2014, sentenza n. 11524

pag. 68

PARTE I

Massime delle decisioni dell'Ombudsman-Giurì Bancario

Obbligazioni della Grecia (offerta di scambio)

ACQUISTO OBBLIGAZIONI ESTERE – SUCCESSIVA VARIAZIONE DI RATING – MANCATA COMUNICAZIONE – VIOLAZIONE OBBLIGHI INFORMATIVI – COMPORTAMENTO CAUSATIVO DI DANNO

Deve ritenersi causativa di danno la mancata comunicazione della variazione significativa di rating sui titoli obbligazionari esteri giacenti sul dossier del cliente, stante quanto stabilito dalla normativa Consob in materia di doveri informativi a carico dell'intermediario circa "qualsiasi modifica rilevante" subita dai titoli acquistati dall'investitore; non può, quindi, accogliersi la tesi della banca in merito all'assenza di un obbligo di comunicazione collegato al servizio di "custodia e amministrazione titoli" (ricorso n. 855/2013, decisione del 26 febbraio 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

**Acquisto obbligazioni estere – Successiva variazione di rating – Mancata comunicazione –
Violazione obblighi informativi – Comportamento causativo di danno**

(Collegio del 26 febbraio 2014, ricorso n. 855/2013)

Espone il ricorrente di aver acquistato nominali € 32.000,00 obbligazioni emesse dallo Stato Greco, scadenti il 20 agosto 2012; precisa che l'emittente aveva lanciato un'OPS nel marzo 2012 e che lui aveva scelto di non aderire a tale iniziativa.

Chiede il ricorrente il rimborso nominale del *bond* in questione, maggiorato degli interessi relativi alla cedola scaduta, considerando che non aveva accettato lo scambio proposto.

Sottolinea, infatti, il ricorrente che la banca aveva aderito per la quota di sua spettanza alla predetta OPS, contribuendo a far raggiungere la percentuale minima di adesioni necessaria per far scattare lo scambio forzato anche per i non aderenti (comportamento che evidenziava un palese conflitto di interessi); lamenta, infine, che nel periodo compreso tra l'acquisto dei titoli e il lancio dello *swap*, la banca non l'aveva mai informato dei numerosi *downgrades* intervenuti sui titoli in esame tra il momento dell'acquisto e l'avvio dell'operazione di *swap*.

Replica innanzi tutto la banca che le tempistiche previste per la gestione dell'offerta non rientravano nella disponibilità degli intermediari; comunque, l'OPS promossa dal Governo Greco aveva avuto formalmente inizio il 24 febbraio 2012 e prevedeva come data ultima di adesione l'8 marzo 2012. Aveva, in merito, diramato presso la sua clientela un'informativa *ad hoc*.

Sottolinea, poi, la banca di non essersi trovata in una situazione di conflitto di interessi rispetto alla predetta iniziativa lanciata dalla Repubblica Ellenica. Precisa infine, in relazione alla lamentela circa le CAC (clausole di azione collettiva), che tali clausole erano state introdotte dalla Repubblica Ellenica per riservarsi la possibilità di estendere le conseguenze dell'OPS anche agli obbligazionisti di minoranza contrari alla ristrutturazione, in caso di raggiungimento di una percentuale minima di adesione allo *swap*.

Il Collegio, dall'esame della documentazione inviata in copia dalle parti in corso di istruttoria, rileva che il ricorrente, tra l'8 febbraio 2010 ed il 2 marzo 2012, ha acquistato in tre *tranches*, avvalendosi del servizio di mera esecuzione fornito dalla banca, nominali € 32.000,00 obbligazioni "Greece 12 4,1%", tramite *home banking*, per un controvalore di € 16.269,00.

Rileva il Collegio che il 2 marzo 2012, la banca ha inviato, via *e-mail*, una comunicazione al ricorrente in merito allo *swap* sui titoli ellenici, mettendogli a disposizione la documentazione utile per conoscere i dettagli dell'iniziativa promossa a valere sui predetti titoli. Come concordemente dichiarato dalle parti, il ricorrente non ha fornito alcuna istruzione alla banca in merito alla volontà di aderire o meno alla predetta offerta di scambio. Il 23 marzo 2012, sempre con apposita

comunicazione via *e-mail*, la banca ha informato il ricorrente che, essendo stato raggiunto il *quorum* del 91% del valore nominale dei titoli in circolazione, il Governo Greco aveva attivato le CAC; di conseguenza, lo *swap* era stato reso obbligatorio nei confronti di tutti i possessori di titoli emessi dalla Grecia; la data regolamento veniva fissata per il 12 marzo 2012.

Rileva, poi, il Collegio che, dalla documentazione agli atti, non risulta che la banca versasse in una situazione di conflitto di interessi in relazione alla predetta operazione di offerta di scambio; la banca ha, inoltre, dichiarato che non era presente alcuna situazione di conflitto di interessi, mentre il ricorrente non ha fornito alcuna prova documentale che avvalorasse la sua affermazione circa la presenza di un conflitto di interessi della banca nell'operazione di *swap*.

Premesso quanto sopra, il Collegio, non rilevando irregolarità nel comportamento della banca in relazione alle iniziative assunte dall'emittente circa l'offerta pubblica di scambio, conclude per l'inaccogliabilità delle censure relative a tale capo del ricorso.

Per quanto attiene, poi, al contributo fornito dalla banca per il raggiungimento dei *quorum* previsti per l'estensione automatica dell'accordo alla minoranza, rileva, in merito, il Collegio che il ricorrente non ha fornito alcuna prova documentale a sostegno di quanto sostenuto; del resto, dalla documentazione agli atti, non risulta che la banca abbia potuto, in qualche modo, partecipare al processo decisionale che ha condotto il Governo Greco a delineare le caratteristiche dell'OPS in discorso.

Riscontra, infine, il Collegio – in merito alla censura sollevata dal ricorrente sull'applicazione delle clausole CAC - che l'offerta in discorso ha raggiunto la percentuale di adesione del 95,70%, per cui la Grecia ha approvato l'attivazione delle clausole di azione collettiva (CAC) e, come previsto dal documento sull'offerta predisposto dall'emittente, si è effettuato, anche nei confronti degli obbligazionisti non aderenti all'offerta, il concambio delle obbligazioni in loro possesso.

Riscontra, quindi, il Collegio che le obbligazioni intestate al ricorrente sono state sottoposte al concambio obbligatorio. Infatti, il 9 marzo 2012 la Repubblica Greca ha comunicato che era stato raggiunto il *quorum* minimo di adesioni per poter esercitare le CAC (clausole di azione collettiva), avvisando che sarebbero state attivate tali clausole, con la conseguenza che l'OPS in discorso si sarebbe estesa anche agli obbligazionisti di minoranza contrari alla ristrutturazione.

Di conseguenza, il Collegio osserva che l'applicazione delle CAC (clausole di azione collettiva) – introdotte tramite provvedimenti di rango legislativo assunti dalla Repubblica Ellenica (cd. *Greek Bondholder Act*) – deve essere ricondotta alla sovranità della Repubblica stessa; rileva, in merito, il Collegio che l'accertamento circa la legittimità della previsione e dell'applicazione delle CAC nell'ambito della legislazione italiana esula dalla competenza dell'Ombudsman Giurì Bancario.

Considerato, inoltre, che la banca è rimasta estranea all'introduzione ed all'attivazione delle CAC - limitandosi a mettere a disposizione della clientela gli strumenti finanziari di diritto estero assegnati e resi disponibili dalla banca depositaria incaricata, in adempimento del servizio di custodia ed amministrazione titoli - il Collegio, visto che l'attività di depositaria svolta dalla banca rientra nella competenza di altra giurisdizione alternativa, conclude per l'inammissibilità di tale capo del ricorso.

Per quanto riguarda, infine, la lagnanza circa la mancata informativa sui "numerosi *downgrades*" intervenuti sui titoli in questione tra la data di acquisto e quella dello *swap*, il Collegio riscontra che, al momento del primo acquisto (8 febbraio 2010) del valore nominale di € 10.000,00, il *rating* dei titoli era pari a "BBB+" per le agenzie *S&P* e *Fitch* e pari ad "A3" per *Moody's*; all'epoca del secondo acquisto (4 aprile 2011, per un valore nominale di € 6.000,00), il *rating* era "BB+" per *Fitch*, "BB-" per *S&P* e "B1" per *Moody's*; infine, al momento del terzo ed ultimo acquisto (2 marzo 2012, ore 16,46, per nominali € 16.000,00), era "C" per *Fitch*, "D" per *S&P* e "C" per *Moody's*. Tale ultima transazione è avvenuta successivamente all'invio dell'*e-mail* (del 2 marzo 2012, ore 16,24) con la quale il ricorrente era stato informato del lancio dell'OPS da parte del Governo Greco; pertanto, per tale ultima operazione di acquisto il ricorrente non può lamentare di non essere stato correttamente informato dalla banca circa il *downgrade* del titolo tra la data dell'acquisto e quella del lancio dell'offerta di scambio.

Per quanto concerne, invece, gli altri due acquisti, il Collegio nota che la prima variazione significativa di *rating* sui titoli è avvenuta nel mese di giugno 2011 ("CCC" per *S&P* e *Fitch* e "Caa1" per "*Moody's*"). In merito, la banca ha dichiarato che "nessuna comunicazione relativa al *downgrade* del *rating* del titolo è stata trasmessa al ricorrente, in quanto il servizio accessorio 'custodia e amministrazione' non prevede alcun obbligo di informativa in tal senso".

Rammenta, in merito, il Collegio che l'art. 34 del Regolamento Intermediari, adottato con Delibera Consob n. 16190 del 27 ottobre 2007, prevede, al comma 6, che "gli intermediari notificano al cliente in tempo utile qualsiasi modifica rilevante delle informazioni fornite ai sensi degli articoli da 29 a 32; la notifica viene fatta su supporto duraturo, se le informazioni alle quali si riferisce erano state fornite su supporto duraturo".

Di conseguenza, il Collegio, ritiene il comportamento della banca causativo di danno per il ricorrente.

Considerato, peraltro, che il danno non risulta determinabile nel suo preciso ammontare, perché molteplici sarebbero potuti essere i comportamenti a disposizione del cliente in caso di corretta informativa da parte della banca (liquidare in tutto o in parte il compendio, in uno o più

tempi, con esito economico di incerta valutazione *a posteriori*) il Collegio ritiene di poter procedere, ai sensi dell'articolo 1226 c.c., ad una valutazione equitativa del danno.

In conclusione, premesso che il ricorrente ha già venduto parte dei titoli rivenienti dall'operazione di *swap* riferibile ai due acquisti (con un ricavo di € 2.388,57) ed ha incassato - per rimborsi alla scadenza sempre riferibili ai due acquisti in questione - € 336,92, il Collegio dichiara la banca tenuta - entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione della decisione da parte della Segreteria tecnica e con invio all'Ombudsman bancario di idonea documentazione a comprova - a riconoscere al ricorrente l'importo, equitativamente determinato, di € 10.000,00, contro retrocessione alla banca del quantitativo residuo dei nuovi titoli ricevuti in cambio delle vecchie obbligazioni di cui ai richiamati primo e secondo acquisto.



**SWAP SU OBBLIGAZIONI ESTERE – INFORMATIVA ALLA
CLIENTELA – COMUNICAZIONE CON INVIO DELLA
DOCUMENTAZIONE NECESSARIA – ULTERIORE INFORMATIVA
VIA E-MAIL – CONGRUITÀ DEL COMPORTAMENTO**

Deve reputarsi correttamente effettuata l' informativa della banca circa l'esistenza e le caratteristiche di un'operazione di swap su obbligazioni estere, qualora l'intermediario abbia inviato, tramite comunicazione scritta, un'idonea documentazione illustrativa della predetta offerta di scambio ed abbia provveduto a comunicare successivamente per e-mail la sopravvenuta obbligatorietà di adesione allo swap in discorso (ricorso n. 822/2013, decisione del 12 febbraio 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



ACQUISTO OBBLIGAZIONI DELLA GRECIA – MANCATA INFORMATIVA DEL DOWNGRADING – VARIAZIONE DI CIRCA NOVE LIVELLI – RISARCIMENTO DELLA PERDITA SUBITA

Stante quanto disposto dall'art. 34 del Regolamento Intermediari – ai sensi del quale “gli intermediari notificano in tempo utile qualsiasi modifica rilevante delle informazioni fornite” all'investitore al momento della sottoscrizione di un investimento – la banca risponde della perdita subita dal cliente per non essere stato quest'ultimo messo al corrente del fatto che i titoli in suo possesso avevano subito un downgrading di nove livelli; tale mancata informativa non ha, infatti, permesso al ricorrente di adottare delle scelte di investimento/disinvestimento consapevoli e informate conseguenti alla predetta variazione di rating (ricorso n. 822/2013, decisione del 12 febbraio 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



**SWAP SU OBBLIGAZIONI DELLA REPUBBLICA ELLENICA –
RAGGIUNGIMENTO QUORUM MINIMO DI ADESIONI –
ATTIVAZIONE DELLE CAC – ESTENSIONE OBBLIGATORIA DELLO
SWAP NEI CONFRONTI DI TUTTI GLI OBBLIGAZIONISTI –
CONTESTAZIONE – ESTRANEITÀ DELLA BANCA – MERA
FUNZIONE DI DEPOSITARIA**

E' da ritenersi inammissibile l'istanza volta a contestare, all'interno di un'operazione di swap, l'applicazione delle clausole di azione collettiva, atteso che l'intermediario è rimasto estraneo all'introduzione ed all'attivazione di tali clausole, limitandosi a mettere a disposizione della clientela gli strumenti finanziari di diritto estero assegnati e resi disponibili dalla banca depositaria incaricata, senza partecipare in alcun modo alla decisione di estendere l'offerta pubblica di scambio anche agli obbligazionisti di minoranza contrari alla ristrutturazione (ricorso n. 822/2013, decisione del 12 febbraio 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



Swap su obbligazioni estere – Informativa alla clientela – Comunicazione con invio della documentazione necessaria – Ulteriore informativa via e-mail – Congruità del comportamento

(Collegio del 12 febbraio 2014, ricorso n. 822/2013)

Acquisto obbligazioni della Grecia – Mancata informativa del downgrading – Variazione di circa nove livelli – Risarcimento della perdita subita

(Collegio del 12 febbraio 2014, ricorso n. 822/2013)

Swap su obbligazioni della Repubblica Ellenica – Raggiungimento quorum minimo di adesioni – Attivazione delle CAC – Estensione obbligatoria dello swap nei confronti di tutti gli obbligazionisti – Contestazione – Estraneità della banca – Mera funzione di depositaria

(Collegio del 12 febbraio 2014, ricorso n. 822/2013)

Espone la ricorrente di aver acquistato nominali € 5.000,00 obbligazioni emesse dallo Stato Greco, scadenti il 20 agosto 2012; precisa che l'emittente aveva lanciato un'OPS nel marzo 2012 e che lei aveva scelto di non aderire a tale iniziativa.

Chiede la ricorrente il rimborso nominale del *bond* in questione, maggiorato degli interessi relativi alla cedola scaduta, considerando che non aveva accettato lo scambio proposto.

Sottolinea, infatti, la ricorrente che la banca aveva aderito per la quota di sua spettanza alla predetta OPS, contribuendo a far raggiungere la percentuale minima di adesioni necessaria per far scattare lo scambio forzato anche per i non aderenti (comportamento che evidenziava un palese conflitto di interessi); lamenta, infine, che nel periodo compreso tra l'acquisto dei titoli e il lancio dello *swap*, la banca non l'aveva mai informata dei numerosi *downgrades* intervenuti sui titoli in esame.

Replica innanzi tutto la banca che le tempistiche previste per la gestione dell'offerta non rientravano nella disponibilità degli intermediari; comunque, l'OPS promossa dal Governo Greco aveva avuto formalmente inizio il 24 febbraio 2012 e prevedeva come data ultima di adesione l'8 marzo 2012. Aveva, in merito, diramato presso la sua clientela un'informativa *ad hoc*.

Sottolinea, poi, la banca di non essersi trovata in una situazione di conflitto di interessi rispetto alla predetta iniziativa lanciata dalla Repubblica Ellenica. Precisa infine, in relazione alla lamentela circa le CAC (clausole di azione collettiva), che tali clausole erano state introdotte dalla Repubblica Ellenica per riservarsi la possibilità di estendere le conseguenze dell'OPS anche agli obbligazionisti di minoranza contrari alla ristrutturazione, in caso di raggiungimento di una percentuale minima di adesione allo *swap*.

Il Collegio, dall'esame della documentazione inviata in copia dalle parti in corso di istruttoria, rileva che la ricorrente, in data 8 aprile 2010, ha acquistato, avvalendosi del servizio di mera esecuzione fornito dalla banca, nominali € 5.000,00 obbligazioni "Greece 12 4,1%", tramite *home banking*, per un controvalore di € 4.792,69.

Rileva il Collegio che il 2 marzo 2012, la banca ha inviato, via *e-mail*, una comunicazione alla ricorrente in merito allo *swap* sui titoli ellenici, mettendole a disposizione la documentazione utile per conoscere i dettagli dell'iniziativa promossa a valere sui predetti titoli. Come concordemente dichiarato dalle parti, la ricorrente non ha fornito alcuna istruzione alla banca in merito alla volontà di aderire o meno alla predetta offerta di scambio. Il 23 marzo 2012, sempre con apposita comunicazione via *e-mail*, la banca ha informato la ricorrente che, essendo stato raggiunto il *quorum* del 91% del valore nominale dei titoli in circolazione, il Governo Greco aveva attivato le CAC; di conseguenza, lo *swap* era stato reso obbligatorio nei confronti di tutti i possessori di titoli emessi dalla Grecia; la data regolamento veniva fissata per il 12 marzo 2012.

Rileva, poi, il Collegio che, dalla documentazione agli atti, non risulta che la banca versasse in una situazione di conflitto di interessi in relazione alla predetta operazione di offerta di scambio; la banca ha, inoltre, dichiarato che non era presente alcuna situazione di conflitto di interessi, mentre la ricorrente non ha fornito alcuna prova documentale che avvalorasse la sua affermazione circa la presenza di un conflitto di interessi della banca nell'operazione di *swap*.

Premesso quanto sopra, il Collegio, non rilevando irregolarità nel comportamento della banca in occasione dell'informativa resa alla ricorrente, conclude per l'inaccoglibilità di tale capo del ricorso.

Per quanto attiene, poi, al contributo fornito dalla banca per il raggiungimento dei *quorum* previsti per l'estensione automatica dell'accordo alla minoranza, rileva, in merito, il Collegio che la ricorrente non ha fornito alcuna prova documentale a sostegno di quanto sostenuto; del resto, dalla documentazione agli atti, non risulta che la banca abbia potuto, in qualche modo, partecipare al processo decisionale che ha condotto il Governo Greco a delineare le caratteristiche dell'OPS in discorso.

Pertanto, il Collegio dichiara inaccoglibile anche tale capo del ricorso.

Riscontra, infine, il Collegio – in merito alla censura sollevata dalla ricorrente sull'applicazione delle clausole CAC - che l'offerta in discorso ha raggiunto la percentuale di adesione del 95,70%, per cui la Grecia ha approvato l'attivazione delle clausole di azione collettiva (CAC) e, come previsto dal documento sull'offerta predisposto dall'emittente, si è effettuato, anche nei confronti degli obbligazionisti non aderenti all'offerta, il concambio delle obbligazioni in loro possesso.

Riscontra, quindi, il Collegio che le obbligazioni intestate alla ricorrente sono state sottoposte al concambio obbligatorio. Infatti, il 9 marzo 2012 la Repubblica Greca ha comunicato che era stato raggiunto il *quorum* minimo di adesioni per poter esercitare le CAC (clausole di azione collettiva), avvisando che sarebbero state attivate tali clausole, con la conseguenza che l'OPS in discorso si sarebbe estesa anche agli obbligazionisti di minoranza contrari alla ristrutturazione.

Di conseguenza, il Collegio osserva che l'applicazione delle CAC (clausole di azione collettiva) – introdotte tramite provvedimenti di rango legislativo assunti dalla Repubblica Ellenica (cd. *Greek Bondholder Act*) – deve essere ricondotta alla sovranità della Repubblica stessa; rileva, in merito, il Collegio che l'accertamento circa la legittimità della previsione e dell'applicazione delle CAC nell'ambito della legislazione italiana esula dalla competenza dell'Ombudsman Giurì Bancario.

Considerato, inoltre, che la banca è rimasta estranea all'introduzione ed all'attivazione delle CAC - limitandosi a mettere a disposizione della clientela gli strumenti finanziari di diritto estero assegnati e resi disponibili dalla banca depositaria incaricata, in adempimento del servizio di custodia ed amministrazione titoli - il Collegio, visto che l'attività di depositaria svolta dalla banca rientra nella competenza di altra giurisdizione alternativa, conclude per l'inammissibilità di tale capo del ricorso.

Per quanto riguarda, infine, la lagnanza circa la mancata informativa sui “numerosi *downgrades*” intervenuti sui titoli in questione tra la data di acquisto e quella dello *swap*, il Collegio riscontra che, al momento dell'acquisto, il *rating* dei titoli era pari a “BBB+” per le agenzie S&P e Fitch e pari ad “A3” per Moody's; la prima variazione significativa di *rating* sui titoli è avvenuta nel mese di giugno 2011 (“CCC” per S&P e Fitch e “Caa1” per “Moody's”). In merito, la banca ha dichiarato che “nessuna comunicazione relativa al *downgrade* del *rating* del titolo è stata trasmessa alla ricorrente, in quanto il servizio accessorio ‘custodia e amministrazione’ non prevede alcun obbligo di informativa in tal senso”.

Rammenta, in merito, il Collegio che l'art. 34 del Regolamento Intermediari, adottato con Delibera Consob n. 16190 del 27 ottobre 2007, prevede, al comma 6, che “gli intermediari notificano al cliente in tempo utile qualsiasi modifica rilevante delle informazioni fornite ai sensi degli articoli da 29 a 32; la notifica viene fatta su supporto duraturo, se le informazioni alle quali si riferisce erano state fornite su supporto duraturo”.

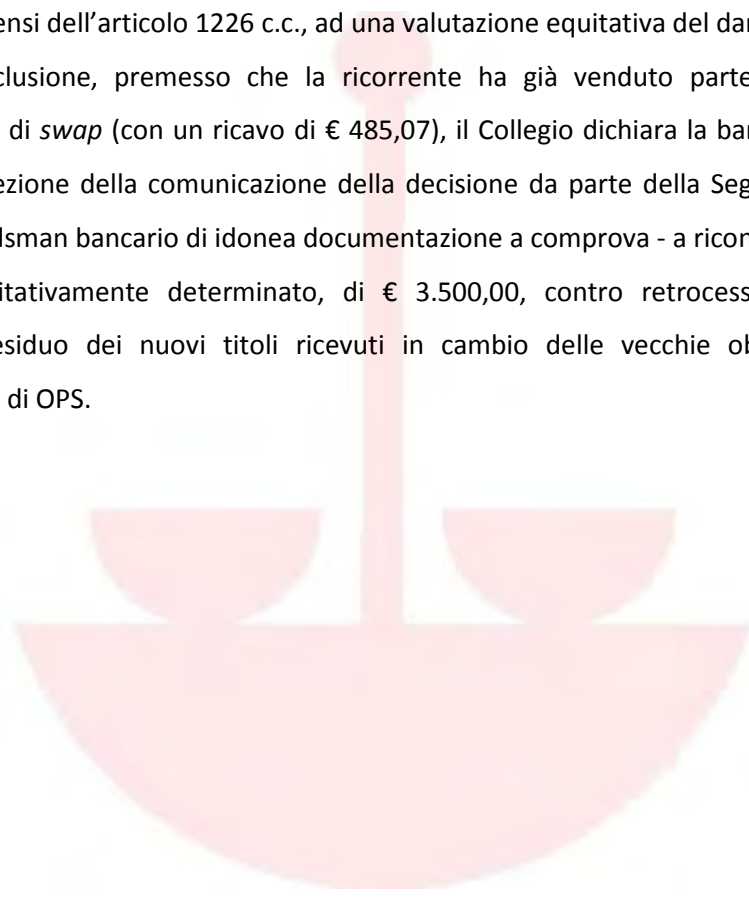
Pertanto, premesso quanto sopra, il Collegio ritiene che la banca era tenuta a comunicare alla ricorrente la predetta variazione di *rating*, onde poter permettere a quest'ultima di adottare delle scelte di investimento/disinvestimento consapevoli e informate; del resto, il Collegio nota che, secondo le maggiori agenzie di *rating*, i titoli in questione avevano subito un *downgrading* di nove

livelli, finendo in una classificazione di investimenti “estremamente speculativi” con “rischio considerevole”.

Di conseguenza, il Collegio, ritiene il comportamento della banca causativo di danno per la ricorrente.

Considerato, peraltro, che il danno non risulta determinabile nel suo preciso ammontare, perché molteplici sarebbero potuti essere i comportamenti a disposizione della cliente in caso di corretta informativa da parte della banca (liquidare in tutto o in parte il compendio, in uno o più tempi, con esito economico di impossibile valutazione *a posteriori*), il Collegio ritiene di poter procedere, ai sensi dell'articolo 1226 c.c., ad una valutazione equitativa del danno.

In conclusione, premesso che la ricorrente ha già venduto parte dei titoli rivenienti dall'operazione di *swap* (con un ricavo di € 485,07), il Collegio dichiara la banca tenuta - entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione della decisione da parte della Segreteria tecnica e con invio all'Ombudsman bancario di idonea documentazione a comprova - a riconoscere alla ricorrente l'importo, equitativamente determinato, di € 3.500,00, contro retrocessione alla banca del quantitativo residuo dei nuovi titoli ricevuti in cambio delle vecchie obbligazioni a seguito dell'operazione di OPS.



Strumenti finanziari derivati

SOTTOSCRIZIONE DI CERTIFICATES SU AZIONI – PRESTAZIONE DEL SERVIZIO DI CONSULENZA – QUESTIONARIO MIFID – RISPOSTE CONTRADDITTORIE – INESATTEZZA DEL QUADRO INFORMATIVO – INATTENDIBILITÀ DELLA VALUTAZIONE DI ADEGUATEZZA - INVALIDITÀ DELL'ACQUISTO – RISARCIMENTO DEL DANNO

Qualora la banca abbia ingiustificatamente espresso un giudizio di adeguatezza, inducendo il cliente ad acquistare un titolo appartenente alla categoria degli strumenti finanziari derivati – considerato anche che il ricorrente, nel questionario MIFID, aveva dichiarato di non conoscere né di aver mai acquistato strumenti derivati – l'operazione di acquisto deve ritenersi invalida, risultando la stessa effettuata sulla base di una valutazione di adeguatezza inattendibile, poiché eseguita sulla base di un quadro informativo inesatto e contraddittorio (ricorso n. 907/2013, decisione del 19 febbraio 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

Sottoscrizione di certificates su azioni – Prestazione del servizio di consulenza – Questionario Mifid – Risposte contraddittorie – Inesattezza del quadro informativo – Inattendibilità della valutazione di adeguatezza - Invalidità dell'acquisto – Risarcimento del danno

(Collegio del 19 febbraio 2014, ricorso n. 907/2013)

Esponde il ricorrente di aver acquistato, dietro consulenza della banca, in data 12 aprile 2012, n. 100 certificati "BNPP Athena Fast Plus General 3Y", al prezzo di € 100,00 ciascuno e di aver venduto i medesimi titoli, in data 15 giugno 2012, realizzando una perdita rispetto al capitale investito pari ad € 850,54; lamentando l'inadeguatezza del titolo in questione rispetto al proprio profilo di investitore e la carenza di informazioni circa l'investimento in generale ed, in particolare, la natura di strumento finanziario derivato del titolo, fornite dalla banca nella fase pre-contrattuale, chiede il risarcimento delle perdite subite.

Replica la banca affermando:

1. che il personale della banca che si è interessato dell'investimento di cui è caso ha operato "diligentemente illustrando in modo esaustivo, nella fase pre-contrattuale, le caratteristiche del prodotto e fornendo contestualmente anche il previsto materiale informativo utile ad una migliore comprensione del prodotto ed ai rischi ad esso connessi anche in un momento successivo, come peraltro risulta nel modulo di conferimento dell'ordine e nel documento di descrizione della natura dei rischi consegnato";
2. che, "ai sensi della normativa vigente al momento dell'investimento [il ricorrente] era stato compiutamente informato che la disposizione di acquisto veniva impartita a seguito della consulenza prestata dalla [banca] [...] con la quale era confermata l'adeguatezza e la coerenza dell'investimento con gli obiettivi dichiarati";
3. che [il ricorrente], prima di acquistare i suddetti certificati già "possedeva titoli azionari il cui indicatore di rischio medio ISR (indicatore sintetico di rischio) era intorno al 16%, mentre l'ISR del Certificate viaggiava intorno al 5% ed era un investimento coerente con il suo profilo finanziario".

Il Collegio, esaminata la documentazione agli atti, rileva che:

- il ricorrente, in data 16 novembre 2011, ha compilato e sottoscritto il questionario MIFID relativo al contratto per la prestazione di servizi di investimento stipulato con la banca che ha modificato, aggiornandolo, il precedente questionario compilato in data 15 aprile 2010;
- in tale questionario, alla domanda "Ha mai investito in derivati regolamentati o strumenti di investimento innovativi (certificates, covered, warrant ...)?", ha risposto di non aver mai investito e di non conoscere detti prodotti;

- alla domanda, relativa agli obiettivi di investimento, “In quali delle seguenti strategie di investimento intende allocare il suo capitale?”, il ricorrente ha fornito le seguenti risposte: 1) “ho bisogno di preservare il mio capitale per far fronte a delle spese nel breve termine (fino a 2 anni)”, 2) “ricerco una elevata protezione del capitale investito senza precludermi l’opportunità di ottenere una rivalutazione per quanto modesta nel medio periodo (tra 3 e 5 anni)”, 3) “voglio ottenere una crescita del capitale nel medio-lungo periodo potendo disporre eventualmente di un flusso finanziario periodico (es. cedole) (oltre 5 anni)”, 4) “desidero conseguire una crescita significativa del mio capitale, accettando anche il rischio di una consistente volatilità nel breve termine”;
- il ricorrente - in data 12 aprile 2012, su raccomandazione personalizzata della banca fornita nell’ambito del servizio di consulenza prestato al cliente – ha acquistato n. 100 certificati “BNPP Athena Fast Plus General 3Y”;
- il titolo “BNPP Athena Fast Plus General 3Y”, sottoscritto dal ricorrente dietro consulenza della banca, è uno strumento finanziario derivato (*certificate* su azioni), il cui sottostante è rappresentato dalle azioni “Generali”; tale prodotto ha un orizzonte temporale di 3 anni e, alla scadenza, se il valore di Generali è superiore o pari al 55% del valore iniziale, l’investitore riceve il capitale investito più un premio pari al 15%, mentre se il valore del sottostante è inferiore a detta soglia, “l’investitore riceve un importo commisurato alla performance di “Generali” (con conseguente perdita sul capitale investito)”. Tuttavia il titolo in questione può scadere anche anticipatamente: 1) alla fine del primo anno, “se il valore di Generali è superiore o pari al valore iniziale” (in tal caso l’investitore riceve il capitale versato più il 5%, mentre, se il valore del sottostante è inferiore a quello iniziale, l’investitore riceve solo il premio del 5%); 2) alla fine del secondo anno, “se il valore di Generali è superiore o pari al 90% del valore iniziale” (in tal caso l’investitore riceve il capitale versato più il 7,5%, mentre, se il valore del sottostante è inferiore a detta soglia, l’investitore non riceve alcun premio);
- il ricorrente ha venduto in perdita i suddetti titoli in data 15 giugno 2012.

Premesso quanto sopra, il Collegio rileva che il ricorrente, compilando il questionario MIFID, alla domanda relativa agli obiettivi ed alle strategie di investimento, ha indicato più risposte tra quelle fornito dal questionario, di cui almeno una in palese contraddizione rispetto alle altre.

Posto che la valutazione di adeguatezza effettuata dagli intermediari sulle scelte di investimento della clientela si basa sulle informazioni fornite in occasione della compilazione del questionario MIFID e che l’art. 39, comma 5 del “Regolamento Intermediari” prescrive che “Gli intermediari possono fare affidamento sulle informazioni fornite dai clienti o potenziali clienti a

meno che esse non siano manifestamente superate, inesatte o incomplete”, il Collegio ritiene che l’inesattezza del quadro informativo ricavabile dal questionario MIFID renda impossibile formulare un attendibile giudizio sull’adeguatezza di una operazione finanziaria e, pertanto, avrebbe dovuto indurre la banca convenuta ad astenersi dal prestare al ricorrente il servizio di consulenza.

Considerato quanto sopra, il Collegio ritiene che la banca abbia ingiustificatamente espresso il giudizio di adeguatezza dell’investimento che ha indotto il cliente ad acquistare i certificati “BNPP Athena Fast Plus General 3Y” (titolo appartenente alla categoria degli strumenti finanziari derivati i quali, peraltro, il ricorrente, nel questionario MIFID, aveva dichiarato di non conoscere né di aver mai acquistato) e, di conseguenza, che l’operazione di investimento in questione sia da considerarsi, a tutti gli effetti, invalida, con l’obbligo della banca di risarcire il ricorrente del capitale impiegato nell’operazione.

In conclusione, il Collegio - preso atto che il ricorrente, in data 15 giugno 2012, ha venduto i titoli in questione - dichiara la banca tenuta, entro trenta giorni dalla comunicazione della decisione da parte della Segreteria e con invio all’Ombudsman Giurì Bancario di idonea documentazione a comprova, a versare al ricorrente un importo corrispondente alla differenza tra la somma investita nell’acquisto dei certificati e quella ricavata dal disinvestimento dei detti titoli, a cui va aggiunta: 1) una somma corrispondente agli interessi legali maturati su tale importo a partire dal 15 giugno 2012 fino alla data del pagamento; 2) una somma corrispondente agli interessi legali maturati sull’intero capitale investito, a partire dal 12 aprile 2012 fino al 15 giugno 2012.

**ACQUISTO CERTIFICATO SU AZIONI – MANCANZA DI CHIAREZZA
E TRASPARENZA DEL PROSPETTO INFORMATIVO – INADEGUATA
INFORMATIVA CIRCA IL PAGAMENTO DEL PREMIO –
RISARCIMENTO DEL DANNO**

Se la documentazione contrattuale non è stata sufficientemente chiara e trasparente nel descrivere le modalità e le condizioni per aver diritto a percepire il premio corrisposto in relazione ad un investimento in strumenti finanziari derivati, la banca, non avendo adempiuto agli obblighi informativi stabiliti dalla normativa Consob in materia, è tenuta al risarcimento del danno subito dall'investitore, non essendo stato chiaramente esplicitato che tale premio sarebbe stato pagato solo nel caso in cui il titolare del derivato avesse mantenuto lo stesso in portafoglio fino ad una determinata data non distintamente indicata (ricorso n. 757/2013, decisione del 26 febbraio 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



Acquisto certificato su azioni – Mancanza di chiarezza e trasparenza del prospetto informativo – Inadeguata informativa circa il pagamento del premio – Risarcimento del danno

(Collegio del 26 febbraio 2014, ricorso n. 757/2013)

Chiede il ricorrente che siano corretti i documenti pubblicitari informativi, nonché le Condizioni Definitive, in quanto oggetto di pubblicità ingannevole; precisa, infatti, di aver acquistato tramite il servizio di trading on-line il certificato “Athena Plus Relax” e di averlo venduto anticipatamente alla sua scadenza naturale, senza essere stato, tuttavia, informato sulle regole vincolanti per ottenere il pagamento del premio.

Precisa, infatti, il ricorrente che la “Brochure prodotto” e i “Final Terms” non prevedevano alcuna clausola relativa alle condizioni per poter beneficiare del suddetto premio. Chiede, quindi, il pagamento del premio spettantegli in quanto aveva effettuato una vendita prematura del titolo senza conoscere la regola per ottenerlo.

Replica la banca che, dalla documentazione sul sito, il ricorrente aveva avuto la possibilità di comprendere perfettamente le modalità e le condizioni per la corresponsione del premio previsto per il 7 agosto 2013, anche in considerazione della sua approfondita competenza in materia finanziaria.

Rileva il Collegio, dall’esame della documentazione inviata in copia dalle parti in corso di istruttoria, che il 4 gennaio 2008 il ricorrente ha sottoscritto il contratto per la prestazione dei servizi di investimento ed il 13 maggio 2011 ha compilato il questionario Mifid, risultando un investitore con esperienza/conoscenza “approfondita” e con profilo di investimento “moderato”; ha poi dichiarato di avere il seguente obiettivo di investimento “ricercare un’elevata protezione del capitale investito, senza precludersi l’opportunità di ottenere una rivalutazione per quanto modesta nel medio periodo (tra i 3 e i 5 anni).

Rileva il Collegio che l’11 luglio 2013 il ricorrente, tramite servizio di *home banking*, ha acquistato il titolo “BNPP Athena PL.RLX E.ON” (con scadenza 27 luglio 2015) per un controvalore di € 4.520,00; il 17 luglio 2013 ha acquistato, sempre tramite canale telematico, un’altra *tranche* del titolo “BNPP Athena PL.RLX E.ON”, per un controvalore di € 4.550,00; il 29 luglio 2013 ha venduto l’intero pacchetto detenuto riguardante il citato titolo, con un ricavo, al netto di spese e commissioni, di € 9.400,00. Tali operazioni sono avvenute in regime di “ricezione ed esecuzione ordini”.

Premesso quanto sopra, il Collegio riscontra che, nell’e-mail inviata alla banca il 13 agosto 2013, il ricorrente ha affermato quanto segue: “io acquisto e vendo certificati da ormai più di due anni e sono molto soddisfatto di questo strumento finanziario: leggo con attenzione i documenti

proprio per non commettere errori e anche in questo caso ho operato secondo le vostre regole”; rileva, poi, che il ricorrente, come risulta dalla documentazione inviata dalla banca, nel corso degli ultimi due anni, ha operato sui seguenti certificati “BNP Athena”: “BNP Athena Relax Eni”; “BNPP Ath.D.F.P.Gener”; “BNPP Ath.Doub.Saipem”; “BNPP Ath.Rel.Intesa”; “BNPP Athena Doub.Ch.”; “BNPPAthena Rel. Enel”; “BNP Athen. DC Bancari”; “Athena D.C. France T.”; “BNP Ath.Rel.Generali”. Tutti i predetti certificati, unitamente a quelli acquistati dal ricorrente, sono disciplinati dal medesimo “Prospetto di Base” – pubblicato sulla pagina *web* della banca relativa alla descrizione dei certificati di cui è ricorso – e si caratterizzano per avere la stessa società di emissione (.....), società di diritto olandese), nonché per il fatto di prevedere il pagamento di un “Importo Premio”.

Nel caso in esame, il Collegio osserva che, nella Nota di Sintesi (che lo stesso ricorrente afferma di aver visionato), è previsto che il certificato in questione paghi un “premio certo del 7,10% alla fine del 1° e del 2° anno”; sempre nello stesso documento, è indicato che la “data di pagamento” del predetto premio è il 7 agosto 2013 ed il 7 agosto 2014. Inoltre, in calce alla Nota è riportata la seguente avvertenza: “Messaggio pubblicitario con finalità promozionali, prima dell’adesione leggere attentamente il Prospetto (approvato dall’Afm in data 01/06/2012 con relativi supplementi), la relativa Nota di Sintesi e le Condizioni Definitive (Final Terms) e, in particolare, le sezioni dedicate ai fattori di rischio connessi all’investimento, ai costi e al trattamento fiscale. Tale documentazione è disponibile presso le filiali BNL nonché nell’area trading-on line del sito www.bnl.it e sul sito www.prodottidiborsa.com. Il presente documento e le informazioni in esso contenute non costituiscono una consulenza, né un’offerta al pubblico di Certificates. Gli importi e scenari riportati sono meramente indicativi ed a scopo esclusivamente esemplificativo e non esaustivo. L’investimento nell’Athena Plus Relax Certificate su azioni E.On comporta il rischio di perdita totale o parziale del capitale inizialmente investito. Ove il Certificate venga negoziato prima della scadenza l’investitore può incorrere anche in perdite in conto capitale e il rendimento potrà essere diverso da quello sopra descritto”.

Nota, poi, il Collegio che le “Condizioni Definitive” – di cui il ricorrente afferma di aver preso visione – indicano quale “giorno di pagamento” il 7 agosto 2013 ed il 7 agosto 2014; indicano, poi, quale “giorno di registrazione dell’importo premio” il 1° agosto 2013 ed il 1° agosto 2014; infine, all’interno del documento “Domande frequenti” – pubblicato sulla sopra citata pagina *web* relativa alla descrizione dei titoli in questione – è presente la seguente domanda e risposta: “quando posso vendere o comprare un certificato per aver diritto ad un eventuale premio fisso o condizionato? Successivamente alla Data di Valutazione in cui è verificata la condizione per il pagamento del premio, il cliente per avere diritto a ricevere tale premio non

deve vendere (se possessore) / deve acquistare (se non possessore) il certificate in questione entro 3 giorni lavorativi antecedenti la Data di Registrazione (indicata nelle Condizioni Definitive). Inoltre il prezzo del certificate viene decurtato dell'ammontare del premio 2 giorni lavorativi antecedenti la Data di Registrazione".

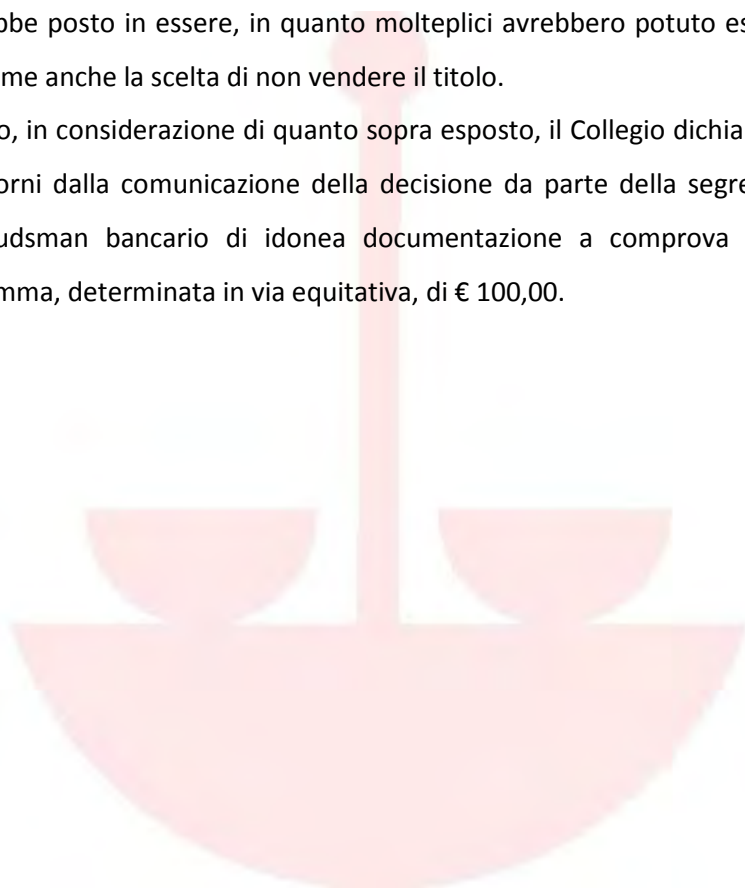
Come emerge, infine, dal grafico sull'andamento del titolo sul mercato, il Collegio osserva che, in prossimità della data di pagamento del premio, la quotazione del titolo tende ad alzarsi per poi subire una flessione successivamente alla predetta data; nota, il Collegio che il ricorrente ha venduto il titolo in suo possesso il 29 luglio 2013 al prezzo di 94,00, con un ricavo lordo di € 9.400,00. Alla data del 2 agosto 2013, ovvero dopo la "data di registrazione", il titolo aveva registrato un prezzo medio di 86,45.

Premesso tutto quanto sopra, il Collegio ritiene che il prospetto informativo redatto dall'emittente (".....", società di diritto olandese) non sia sufficientemente chiaro e trasparente nel descrivere le modalità e le condizioni per aver diritto a percepire l' "Importo Premio"; in particolare, non risulta chiaramente esplicitato che il premio viene pagato solo nel caso in cui il titolare del titolo in oggetto abbia mantenuto lo stesso in portafoglio fino alla cosiddetta "data di registrazione", ovvero il 1° agosto 2013 e 1° agosto 2014.

Del resto, il Collegio riscontra che anche la documentazione messa a disposizione dalla banca (messaggio pubblicitario, nota di sintesi e informazioni sul sito *web*) non stabilisce in modo esplicito, se non all'interno delle "domande frequenti", che la detenzione del titolo al 1° agosto 2013 e 2014 rappresenta la *conditio sine qua non* per il pagamento del premio in contestazione; sembra inoltre, ad avviso del Collegio, che l'indicazione di tale presupposto per aver diritto al premio non possa considerarsi sufficiente al fine di soddisfare quanto previsto dall' art. 31 del Regolamento Intermediario, ai sensi del quale: "gli intermediari forniscono ai clienti o potenziali clienti una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari trattati, tenendo conto in particolare della classificazione del cliente come cliente al dettaglio o cliente professionale; la descrizione illustra le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato, nonché i rischi propri di tale tipo di strumento, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate". Tantomeno, sembra soddisfatto il disposto dell'art. 21, comma 1, del TUF, che prevede che "nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati"; b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti".

Di conseguenza, il Collegio ritiene che il ricorrente non sia stato adeguatamente informato sulle condizioni alle quali era sottoposta la corresponsione del premio; considerato che tale premio sarebbe ammontato ad € 710,00, il Collegio considera, comunque, che l'aver venduto il titolo proprio pochi giorni prima della "data di registrazione" abbia comportato un vantaggio economico per il ricorrente. Infatti, già il 2 agosto 2013 il titolo aveva registrato un prezzo medio di 86,45; quindi, se la vendita fosse avvenuta a tale data, il ricavo lordo sarebbe stato di € 8.645,00, ovvero di € 755,00 inferiore a quanto ricavato con la vendita del 29 luglio. Tuttavia, osserva il Collegio che non risulta possibile conoscere quale sarebbe stato il comportamento che il ricorrente avrebbe posto in essere, in quanto molteplici avrebbero potuto essere le scelte a sua disposizione, come anche la scelta di non vendere il titolo.

Pertanto, in considerazione di quanto sopra esposto, il Collegio dichiara la banca tenuta – entro trenta giorni dalla comunicazione della decisione da parte della segreteria tecnica e con l'invio all'Ombudsman bancario di idonea documentazione a comprova – a riconoscere al ricorrente la somma, determinata in via equitativa, di € 100,00.



**CONTESTAZIONE SOTTOSCRIZIONE DI CERTIFICATI –
DISCONOSCIMENTO DELLA FIRMA – ASSENZA DI DENUNCIA
PENALE – NECESSITÀ DI VERIFICAZIONE DELLA SCRITTURA
DISCONOSCIUTA – INCOMPETENZA DELL’OMBUDSMAN GIURÌ
BANCARIO – RIGETTO DELLA DOMANDA**

Stante il disposto dell’art. 2702 c.c., per cui la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni ivi contenute da chi l’ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione e, considerato che, in caso di disconoscimento, la legge prevede modalità e termini per la verifica della scrittura disconosciuta - da chiedersi con istanza della parte che intende valersi di detta scrittura, nell’ambito di un procedimento giudiziario ordinario - deve reputarsi infondato il ricorso volto a contestare l’autenticità della firma apposta su un contratto di acquisto di certificates, visto che, dalla documentazione agli atti, non risulta che il cliente abbia presentato alcuna denuncia circa la falsa sottoscrizione e posto che il risultato della predetta verifica si prospetta essenziale e pregiudiziale, ai fini della deliberazione della vertenza (questione che, ovviamente, esula dalla competenza dell’Ombudsman, che può giudicare esclusivamente sulla base delle prove documentali fornite dalle parti) (decisione dell’11 giugno 2014, ricorso n. 127/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

Contestazione sottoscrizione di certificati – Disconoscimento della firma – Assenza di denuncia penale – Necessità di verifica della scrittura disconosciuta – Incompetenza dell’Ombudsman Giurì Bancario – Rigetto della domanda

(Collegio dell’11 giugno 2014, ricorso n. 127/2014).

Esponde il ricorrente che la banca gli aveva addebitato in conto € 5.000,00 per l’acquisto del titolo “Barclays Bank SH 2/16 ZT” ed € 3.400,00 per il titolo “BNP BSK IND ME 16 ZT”, ma che non aveva mai effettuato alcun ordine relativo ai predetti investimenti; precisa che tali titoli non erano nemmeno in linea con il suo profilo di rischio e che non aveva mai ricevuto alcuna informativa in merito agli investimenti sopra menzionati.

Atteso che disconosceva le firme apposte in calce ai contratti d’acquisto in contestazione, il ricorrente chiede la restituzione delle somme addebitategli, oltre agli interessi legali maturati su tali importi ed € 2.000,00 per il risarcimento dei danni contrattuali ed extracontrattuali subiti. Chiede, inoltre, che venga accertata la mala fede della banca nell’esecuzione di tali operazioni finanziarie.

Replica la banca che il ricorrente aveva correttamente sottoscritto tutti e due i contratti d’acquisto relativi ai sopra richiamati investimenti; inoltre, aveva compilato il questionario Mifid, risultando un investitore con profilo di rischio “alto”.

Precisa, poi, la banca che il titolo “Barclays Bank SH 2/16 ZT” era stato rimborsato per un controvalore di € 5.400,00, mentre l’altro era tuttora nel portafoglio del cliente; infine, sottolinea che per poter giungere ad una decisione in merito all’autenticità di una sottoscrizione sarebbe stato necessario fornire una perizia redatta da un esperto della cui affidabilità non si possa dubitare. Il ricorrente, invece, non aveva fornito la prova della non autenticità di una sottoscrizione, non producendo alcun documento atto a corroborare il proprio assunto.

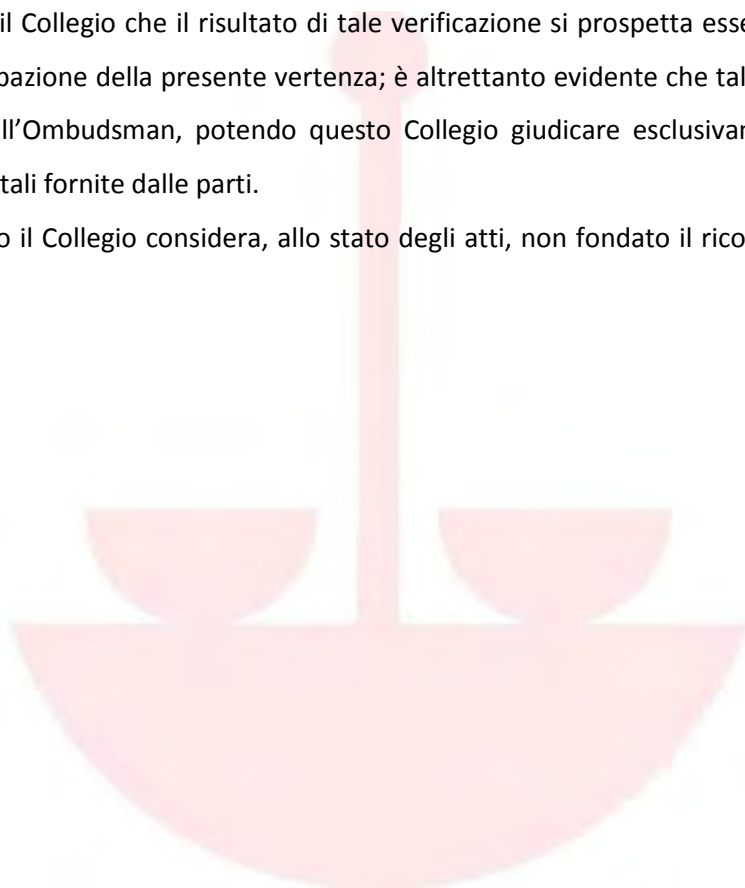
Rileva il Collegio, dall’esame della documentazione inviata in copia dalle parti in corso di istruttoria, che il ricorrente, in data 17 ottobre 2011, ha compilato il questionario Mifid, dichiarando di avere una propensione al “rischio molto elevato” ed un obiettivo di investimento di “massimizzazione della redditività”.

Rileva, poi, il Collegio che il 31 gennaio 2012 è stato sottoscritto, a nome del ricorrente, il titolo “Eur 4 Year Best of Fast Bonus Certificates” per un valore di € 5.000,00; tale investimento è stato rimborsato il 4 marzo 2014, con un controvalore di € 5.400,00. Il 10 settembre 2012 è stato sottoscritto, sempre a nome del ricorrente, il titolo “4 Year Phoenix Worst-of su paniere di indici on CAC 40, DAX Price Index and FTSE MIB Index”; tale titolo è ancora depositato sul dossier intestato al ricorrente.

Il Collegio - premesso che, dalla documentazione agli atti, non risulta che il ricorrente abbia presentato alcuna denuncia circa la falsa sottoscrizione - osserva in merito che ai sensi dell'articolo 2702 c.c., la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni ivi contenute da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione. In caso di disconoscimento, come avvenuto nel caso di specie, la legge prevede modalità e termini per la verifica della scrittura disconosciuta, da chiedersi con istanza della parte che intende valersi di detta scrittura, nell'ambito di un procedimento giudiziario ordinario.

Ritiene il Collegio che il risultato di tale verifica si prospetta essenziale, e pregiudiziale, ai fini della delibazione della presente vertenza; è altrettanto evidente che tale questione esula dalla competenza dell'Ombudsman, potendo questo Collegio giudicare esclusivamente sulla base delle prove documentali fornite dalle parti.

Pertanto il Collegio considera, allo stato degli atti, non fondato il ricorso e decide per la sua inaccogliabilità.



**TRADING ON-LINE – OPERATIVITÀ SU DERIVATI –
FUNZIONAMENTO DELLO STOP LOSS – MODIFICA DELLE
CONDIZIONI - NON APPLICABILITÀ DELL'ART. 118 DEL TUB –
APPLICABILITÀ DEL CODICE AL CONSUMO – MANCATO RISPETTO
DELLA NORMATIVA – VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE –
INEFFICACIA**

La banca, all'interno della prestazione del servizio di trading on-line, non può procedere alla modifica delle condizioni contrattuali avvalendosi del disposto dell'art. 118 del TUB, non potendo tale speciale normativa - che consente integrazioni, emendamenti e abrogazione di clausole contrattuali attraverso il meccanismo delle "modifiche unilaterali" - trovare applicazione nel campo della contrattualistica riguardante la prestazione dei servizi di investimento; l'intermediario deve, piuttosto, avvalersi del disposto dell'art. 33 del Codice del consumo, ai sensi del quale nei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto. Non risultando che tali prescrizioni siano state rispettate dalla banca nel comunicare al cliente la variazione di condizioni contrattuali, le nuove clausole introdotte sono da considerarsi vessatorie, e quindi inefficaci (decisione del 9 luglio 2014, ricorso n. 964/2013).

(cfr. decisione di seguito riportata)

Trading on-line – Operatività su derivati – Funzionamento dello stop loss – Modifica delle condizioni - Non applicabilità dell'art. 118 del TUB – Applicabilità del Codice al consumo – mancato rispetto della normativa – Vessatorietà delle clausole – Inefficacia

(Collegio del 9 luglio 2014, ricorso n. 964/2013)

Espongono i ricorrenti:

1. che - in data 24 giugno 2013, all'apertura delle contrattazioni sui mercati – erano caricati sul proprio dossier titoli n. 7 lotti del “future FIB3I SEP13 quotati all'IDEM in posizione long al prezzo medio di € 15.873,00”;
2. che, collegato a detta posizione, era pendente un ordine automatico di chiusura (ordine di *stop loss*), che sarebbe stato automaticamente eseguito “al raggiungimento di un prezzo inferiore/uguale al 6% (€ 14.920,00)”;
3. di aver immesso, nella medesima giornata, un ordine di acquisto di un ulteriore lotto “a protezione della posizione per abbassare il livello di intervento dello stop”;
4. che detto ordine era stato eseguito alle ore 10:33:13 al prezzo di € 14.950,00 e “contestualmente veniva ricalcolato in € 15.755,62 il nuovo prezzo medio di carico, cui avrebbe dovuto associarsi il contestuale ed immediato ricalcolo del nuovo livello di *stop loss* collegato al raggiungimento di un prezzo inferiore/uguale al 6% (€ 14.810,28)”;
5. che “inopinatamente alle ore 10:33:23 veniva eseguito dalla [banca] l'ordine automatico di vendita degli originari 7 lotti con condizione last (minore/uguale) di € 14.920,00 (riferita alla situazione precedente il nuovo ordine di acquisto eseguito dell'ulteriore lotto che aveva incrementato la posizione abbassando il conseguente livello di stop)”.

Lamentano i ricorrenti che “il sistema, che ha ricalcolato in tempo reale il nuovo prezzo medio di € 15.755,62, parimenti avrebbe dovuto aggiornare in tempo reale il corrispondente stop loss ad € 14.810,28; viceversa dopo 10 secondi lo stop loss era rimasto fermo al precedente livello di € 14.920,00, donde l'errato ordine automatico di vendita”; sostenendo di aver subito un danno a causa di detto errore, “imputabile ad esclusiva responsabilità [della banca]”, chiedono la somma di € 29.421,90, corrispondente alla perdita subita, nonché la somma di € 39.375,00 a titolo di mancato guadagno.

Espongono ancora i ricorrenti:

- a) che - in data 24 giugno 2013, all'apertura delle contrattazioni sui mercati – erano caricati sul proprio dossier titoli n. 13 lotti del “future MINI3I SEP13 quotati all'IDEM in posizione long al prezzo medio di € 15.867,00”;

- b) che, collegato a detta posizione, era pendente un ordine automatico di chiusura (ordine di stop loss), che sarebbe stato automaticamente eseguito “al raggiungimento di un prezzo inferiore/uguale al 6% (€ 14.920,00)”;
- c) di aver immesso, nella medesima giornata, un ordine di acquisto di 3 ulteriori lotti “a protezione della posizione per abbassare il livello di intervento dello stop”;
- d) che detto ordine era eseguito alle ore 10:33:13 al prezzo di € 14.950,00 e “contestualmente veniva ricalcolato in € 15.697,50 il nuovo prezzo medio di carico, cui avrebbe dovuto associarsi il contestuale ed immediato ricalcolo del nuovo livello di stop loss collegato al raggiungimento di un prezzo inferiore/uguale al 6% (€ 14.755,55)”;
- e) che “inopinatamente alle ore 10:33:22 veniva eseguito dalla [banca] l’ordine automatico di vendita degli originari 7 lotti con condizione last (minore/uguale) di € 14.920,00 (riferita alla situazione precedente il nuovo ordine di acquisto eseguito dell’ulteriore lotto che aveva incrementato la posizione abbassando il conseguente livello di stop)”;

Lamentano i ricorrenti che “il sistema, che ha ricalcolato in tempo reale il nuovo prezzo medio di € 15.697,50, parimenti avrebbe dovuto aggiornare in tempo reale il corrispondente stop loss ad € 14.755,55; viceversa dopo 9 secondi lo stop loss era rimasto fermo al precedente livello di € 14.920,00, donde l’errato ordine automatico di vendita”; sostenendo di aver subito un danno a causa di detto errore, “imputabile ad esclusiva responsabilità [della banca]”, chiedono la somma di € 10.107,50, corrispondente alla perdita subita, nonché la somma di € 15.340,00 a titolo di mancato guadagno.

Replica la banca, sottolineando:

- a. “che i controlli disposti dalla scrivente non hanno evidenziato ritardi nell’esecuzione delle disposizione sopra menzionate; sia gli ordini di acquisto disposti dai ricorrenti ad incremento delle posizioni che gli stop loss automatici sono stati, infatti, tempestivamente eseguiti al raggiungimento dei corrispondenti prezzi sul mercato di riferimento”;
- b. che, “con riferimento alle tempistiche di ricalcolo del nuovo prezzo di stop loss, [...] nell’area *Help* (di seguito anche *Area Riservata*) del sito della banca, alla sezione derivati, è riportato quanto segue: *il ricalcolo del valore di stop avviene normalmente in modo immediato e automatico entro 30 secondi circa dalla formazione del nuovo prezzo medio. Questo non esclude che, in particolari condizioni di mercato, possano verificarsi dei ritardi di diversi secondi nella tempistica del ricalcolo*”;
- c. che “nella medesima sezione del sito i clienti vengono, inoltre, avvisati dell’eventualità che l’esecuzione di ordini con prezzi prossimi a quello della chiusura automatica di stop loss

- possa, in condizioni di volatilità del mercato, comportare un ricalcolo non immediato del nuovo valore di stop loss: *è possibile inserire ordini ad un prezzo prossimo allo stop loss automatico, ma nel caso si verificasse un movimento repentino di mercato, eventuali ordini eseguiti in prossimità dello stop loss automatico potrebbero non comportare l'immediato ricalcolo del nuovo livello di stop loss automatico, producendo come effetto l'apertura di una nuova posizione di segno contrario*";
- d. che "tali previsioni sono espressamente richiamate dall' «Integrazione contrattuale avente ad oggetto i servizi di ricezione e trasmissione ordini, esecuzione ordini per conto di clienti anche mediante negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari derivati» in essere con i clienti, nella versione in vigore dal 22 gennaio 2013 [...] che, all'art. 3 "Oggetto dell'accordo", testualmente prevede: 1. *L'Accordo disciplina i servizi di ricezione e trasmissione ordini, esecuzione ordini per conto di clienti anche mediante negoziazione per conto proprio prestati dalla banca a favore del cliente e aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati, nei limiti previsti dal presente accordo e dall'attuale offerta della banca [...]; 2. Le modalità, i termini e i limiti nella prestazione dei servizi di cui al comma 1 che precede, nonché gli strumenti finanziari derivati e i mercati di riferimento per l'operatività di cui all'accordo, sono indicati nell'Area Riservata e, ove previste, nelle Norme Operative*»;
- e. che, inoltre, "in tale integrazione contrattuale [...] *Il Cliente attesta di aver preso esatta e completa cognizione delle condizioni contrattuali ed economiche di seguito riportate relative alla prestazione dei servizi di investimento aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati di cui all'accordo che dichiara di accettare integralmente, nonché delle condizioni operative (ivi incluse le eventuali norme operative) rese disponibili nell'Area Riservata del sito*";
- f. che "i clienti sono stati resi edotti delle modifiche unilaterali apportate alla precedente versione dell'Integrazione contrattuale, mediante apposita comunicazione inviata in data 11 gennaio 2013 all'indirizzo di posta elettronica certificato dai clienti; in tale comunicazione, tra l'altro, i clienti visualizzavano (tramite apposito link) l'Integrazione Contrattuale con chiara evidenza delle modifiche introdotte rispetto al contratto originario [...]"
- g. che, premesso quanto sopra, "l'intervallo temporale intercorso tra l'esecuzione degli ordini di acquisto disposti dal cliente (con la formazione del nuovo prezzo medio della posizione) e l'attivazione degli stop loss automatici al prezzo originario (ancora in essere per il vecchio quantitativo) era pari a 11 secondi per la posizione sul FIB3I (10:33:13 – 10:33:24) e 9

- secondi per la posizione sul MINI3I (10:33:14 – 10:33:23) e, quindi, inferiore ai 30 secondi necessari per l’aggiornamento del prezzo di stop loss”;
- h. che “i prezzi riferiti ai futures in esame rilevati dalla piattaforma Bloomberg, mostrano che, alle ore 10:33 del 24 giugno 2013, presentavano una forte volatilità. Dall’analisi degli scambi effettuati sul mercato di riferimento, infatti, appare evidente come la quotazione di entrambi i futures in esame, nell’intervallo temporale compreso tra le 10:33:00 e le 10:33:25 (25 secondi) sia scesa da 14.975 a 14.905 (14 tick [ndr. 1 tick = 5 punti] di scostamento, corrispondenti a una variazione negativa di circa lo 0,47% sul prezzo del future)”;
 - i. che “il prezzo limite inserito dal cliente (14.950) si discostava dal prezzo di attivazione dello stop loss automatico (14.920) di soli 6 tick. In accordo con la sopra richiamata indicazione operativa presente nell’Area Riservata, tale limitato scostamento può non comportare, nella citata condizione di forte volatilità rilevata sul mercato di riferimento alle ore 10:33 del 24 giugno 2013, un tempestivo ricalcolo del valore di stop (che, comunque, nel caso di specie, è avvenuto entro le tempistiche normalmente previste ed indicate nell’Area Riservata)”;
 - j. che, “alla luce di quanto finora esposto, la banca non rileva anomalie o ritardi nell’esecuzione delle operazioni oggetto di contestazione, né nelle tempistiche di ricalcolo degli stop loss automatici (che risultano, nel caso di specie, del tutto coerenti con l’informativa contrattuale e operativa fornita ai clienti)”.
 - k. che, “con specifico riferimento ai mancati guadagni lamentati dai ricorrenti, [...] gli stessi sono stati quantificati, a posteriori, sulla base del prezzo medio rilevato dal 5 al 9 agosto 2013 sui future in esame, secondo criteri del tutto arbitrari e non riscontrabili oggettivamente dall’esame delle evidenze in possesso della banca”;
 - l. che “il giorno successivo ai fatti oggetto del ricorso (25 giugno 2013), il saldo disponibile presente sul conto intestato ai clienti era pari a € 194.682,01; tale importo avrebbe consentito agli stessi la ricostituzione delle posizioni oggetto di contestazione e, pertanto, il perseguimento delle asserite strategie di vendita”.

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

In primo luogo, con riferimento all’argomentazione della banca secondo la quale il ricorrente era consapevole che l’aggiornamento dei prezzi di *stop loss* può, “in particolari condizioni mercato”, subire dei ritardi, osserva il Collegio che la banca, a sostegno di tale affermazione, fa riferimento alla “Integrazione contrattuale avente ad oggetto i servizi di ricezione e trasmissione di ordini, esecuzione ordini per conto di clienti anche mediante negoziazione per conto proprio di

strumenti finanziari derivati” (versione del 22.01.2013), in particolare alla clausola di cui all’articolo 3, comma 2, che recita: “Le modalità, i termini e i limiti nella prestazione dei servizi di cui al comma 1 che precede, ... sono indicati nell’AREA RISERVATA e, ove previste, nelle NORME OPERATIVE”.

Sul punto, il Collegio rileva che nelle “Condizioni generali che regolano i rapporti e i servizi con Banca (...) spa”, che la banca ha prodotto (pur se in copia non datata né sottoscritta) quali “condizioni approvate dai ricorrenti in sede di apertura del rapporto di conto corrente”, l’articolo 28 prevede la facoltà della banca di modificare le condizioni economiche e non economiche, con espresso riferimento a quanto prescritto dall’art. 118 D.Lgs 385/93”. Osserva in merito il Collegio che la speciale normativa che consente integrazioni, emendamenti e abrogazione di clausole contrattuali attraverso il meccanismo delle “modifiche unilaterali” di cui all’articolo 118 del Testo unico bancario non trova applicazione nel campo della contrattualistica riguardante la prestazione dei servizi di investimento (si veda la specifica esclusione di cui all’articolo 23, comma 4, del Testo unico della finanza).

E’ pur vero che l’articolo 33 del Codice del consumo prevede che nei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto; tali prescrizioni non risultano rispettate nella comunicazione inviata al cliente il 10.01.13, infatti, il motivo è genericamente indicato nella introduzione dei CFD (“*Contract For Difference*”: tipologia di contratti nella quale, tra l’altro, non sembrano rientrare quelli di cui alla presente vertenza) e, soprattutto la data entro la quale il cliente è tenuto a fornire la sua risposta viene indicato nel 22.01.13 (solo 7 giorni lavorativi, termine che non può certamente essere ritenuto congruo).

A seguito di tale irregolare prospettazione, deve ritenersi che le nuove clausole introdotte dalla banca siano da considerarsi vessatorie, e quindi inefficaci.

Ma, a prescindere da ciò, anche a voler considerare valida la pattuizione unilateralmente proposta dalla banca, va rilevato che nella “Integrazione contrattuale” di cui sopra, non vi è alcuna specifica indicazione circa i tempi di aggiornamento dello *stop loss* (v. articolo 8, comma 13); non vi è, in sostanza, alcun patto sottoscritto tra le parti che dia conto di una possibile dilazione dell’aggiornamento del valore dello *stop loss*; oltre al fatto che le previsioni citate dalla banca, per il loro tenore, appaiono contrarie al principio di ragionevolezza, per evidente contraddittorietà (per l’adeguamento, prima prospettato come “immediato e automatico”, viene poi indicato un tempo massimo di 30 secondi e addirittura, nell’area riservata “Help” del sito della banca, alla sezione “derivati”, viene indicata anche la possibilità che, in particolari condizioni di mercato, si creino “ritardi di diversi secondi”).

Va anche rilevato che non è stata fornita dalla banca alcuna spiegazione circa il fatto che, mentre il valore medio di acquisto si aggiorna immediatamente, ciò non possa avvenire anche per i valori di *stop loss*, che si creano automaticamente proprio sulla base dei suddetti prezzi medi; in mercati caratterizzati da una operatività stringente (come è noto, nello spazio di un secondo arrivano sul mercato decine di offerte), la banca deve garantire la tempestività di esecuzione delle operazioni (sia che si tratti del computo dei valori di mercato e dei nuovi livelli di *stop loss*, sia che si tratti della pedissequa trasmissione al mercato degli ordini debitamente aggiornati).

Il Collegio ritiene quindi che il disservizio lamentato dai clienti sia imputabile a responsabilità della banca.

Non può peraltro essere accettata la prospettazione dell'entità del danno come ricostruita dai ricorrenti; il Collegio ritiene infatti che, nella specifica fattispecie, avendo la banca operato in violazione degli obblighi contrattuali, le operazioni di vendita del 24 giugno 2013 siano da considerarsi inefficaci e quindi come non avvenute: il danno va quindi computato sulla base di una valutazione di ciò che sarebbe potuto ragionevolmente accadere nella ipotesi di una continuazione del possesso dei titoli da parte dei ricorrenti dopo la data citata.

Premesso che non è possibile ipotizzare retrospettivamente i plausibili scenari del successivo esito dell'investimento, perché molteplici sarebbero potuti essere i comportamenti a disposizione dei ricorrenti (in particolare, la scelta dei tempi e delle modalità di chiusura delle posizioni), e considerato che non è quindi possibile determinare l'entità del danno sulla base di elementi certi, il Collegio ritiene che il danno lamentato dai ricorrenti possa essere liquidato, con valutazione di tipo equitativo (avendo comunque, quale parametro di riferimento, la media dei prezzi giornalieri di chiusura dei suddetti derivati nel periodo dal 24 giugno al 9 agosto 2013, data entro la quale i ricorrenti avevano intenzione di chiudere le posizioni) in € 15.000,00 per i *future* FIB31 Sept 13 e in € 6.000,00 per i MINI31 Sept13; dichiara pertanto la banca tenuta – entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione della decisione da parte della Segreteria e con invio all'Ombudsman Giurì Bancario di idonea documentazione a comprova – a versare ai ricorrenti il complessivo importo di € 21.000,00, come sopra determinato.

Promotore finanziario

FATTO ILLECITO DEL PROMOTORE – NESSO DI OCCASIONALITÀ NECESSARIA CON L'INCARICO SVOLTO – PROMOTORE STRUMENTO NELL'ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA - CONSEQUENTE RESPONSABILITÀ DELLA BANCA

Stante quanto disposto dall'art. 31 del Testo Unico della Finanza - in base al quale "il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale" - la responsabilità dell'intermediario trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'agire del promotore è uno degli strumenti dei quali l'intermediario si avvale nell'organizzazione della propria impresa, traendone benefici cui è ragionevole far corrispondere i rischi; in particolare, deve trattarsi di un collegamento che, pur non risolvendosi in un vero e proprio nesso di causalità, si giustifichi in un rapporto di "occasionalità necessaria", nel senso cioè che l'incarico svolto debba aver determinato una situazione tale da rendere possibile ed agevole il fatto illecito (ricorso n. 1073/2013, decisione del 23 aprile 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

ACQUISTO FONDO COMUNE DI INVESTIMENTO – PAGAMENTO CON MODALITÀ DIFFORMI DA QUANTO PREVISTO – ESCLUSIONE DEL CONCORSO COLPOSO DEL CLIENTE – SUSSISTENZA DEL NESSO DI CAUSALITÀ TRA INCARICO SVOLTO E FATTO ILLECITO DEL PROMOTORE – RESPONSABILITÀ SOLIDALE DELLA BANCA

Poiché le disposizioni in ordine alle regole che i promotori devono osservare nel ricevere somme di denaro dai loro clienti sono dirette a porre obblighi di comportamento in capo al promotore e traggono la propria fonte da prescrizioni di legge espressamente volte a tutelare gli interessi del risparmiatore, non è logicamente postulabile che esse si traducano in un onere di diligenza in capo a quest'ultimo, tale per cui l'eventuale violazione di detta prescrizione ad opera del promotore si risolva in un addebito di colpa concorrente o esclusiva a carico del cliente danneggiato dall'altrui illecito; di conseguenza, la circostanza che il cliente abbia consegnato al promotore somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe legittimato a riceverle non vale - neppure in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore - ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività dello stesso e la consumazione dell'illecito, non precludendo, quindi, la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario preponente (ricorso n. 1073/2013, decisione del 23 aprile 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

**ACQUISTO FONDO COMUNE DI INVESTIMENTO – PRODOTTO
NON COLLOCATO DALLA BANCA – APPROPRIAZIONE INDEBITA
DELLA SOMMA PAGATA – SUSSISTENZA DEL NESSO DI
OCCASIONALITÀ NECESSARIA – TUTELA DELL’INVESTITORE –
RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DELLA BANCA**

Considerato che la responsabilità dell’intermediario preponente presuppone unicamente che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria all’esercizio delle incombenze - trattandosi, quindi, di responsabilità oggettiva, che presuppone esclusivamente che i rapporti tra promotore e cliente siano riconducibili ad attività espletata e rappresentata come attività del promotore per conto del soggetto abilitato e rientrante nella sua sfera di azione - la responsabilità solidale della banca non può escludersi neppure nel caso in cui il risparmiatore abbia consegnato al promotore denaro per effettuare operazioni di investimento in prodotti diversi rispetto a quelli normalmente proposti sul mercato dalla banca; infatti, il TUF tende a responsabilizzare l’intermediario nei riguardi dei soggetti - quali sono i promotori - che egli medesimo sceglie, della cui opera si avvale per il perseguimento dei suoi interessi imprenditoriali e sui quali, conseguentemente, nessuno meglio dell’intermediario è concretamente in grado di esercitare efficaci forme di controllo, e per ciò nulla consente di limitare la tutela dell’investitore alle sole operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari dell’intermediario preponente (ricorso n. 1073/2013, decisione del 23 aprile 2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)

Fatto illecito del promotore – Nesso di occasionalità necessaria con l’incarico svolto – Promotore strumento nell’organizzazione dell’impresa - Conseguente responsabilità della banca

(Collegio del 23 aprile 2014, ricorso n. 1073/2013)

Acquisto fondo comune di investimento – Pagamento con modalità difformi da quanto previsto – Esclusione del concorso colposo del cliente – Sussistenza del nesso di causalità tra incarico svolto e fatto illecito del promotore – Responsabilità solidale della banca

(Collegio del 23 aprile 2014, ricorso n. 1073/2013)

Acquisto fondo comune di investimento – Prodotto non collocato dalla banca – Appropriazione indebita della somma pagata – Sussistenza del nesso di occasionalità necessaria – Tutela dell’investitore – Responsabilità oggettiva della banca

(Collegio del 23 aprile 2014, ricorso n. 1073/2013)

Espone la ricorrente che il 6 febbraio 2013 aveva sottoscritto una polizza assicurativa tramite il promotore della banca (Sig. A. M...), consegnandogli un assegno bancario di € 10.000,00 tratto dalla Banca di Credito Cooperativo di San Marco dei Cavoti e del Sannio a favore del promotore stesso; precisa che, non ricevendo contezza del perfezionamento del predetto investimento, si era recata in filiale nel mese di giugno 2013 ed aveva appreso che il promotore non aveva effettuato alcuna operazione di investimento a suo nome.

Precisa la ricorrente che il promotore le aveva successivamente rilasciato una cambiale di € 10.000,00, ma che, recatasi in banca per l’incasso, aveva appreso che l’indirizzo del promotore indicato sul titolo era errato; effettuata una visura, aveva scoperto che il Sig. M... aveva diversi protesti. Infine, era venuta a conoscenza del fatto che il citato promotore era stato cancellato dall’Albo il 22 ottobre 2013 per “omesso pagamento dei contributi” e che, nel 1999, era stato radiato dall’albo stesso per fatti identici a quelli oggetto di ricorso. Dal 1° aprile 2013, il Sig. M... aveva cessato di essere un promotore della banca, ma, all’epoca dei fatti, era ancora ufficialmente un promotore della banca con regolare contratto di mandato.

Ciò premesso, la ricorrente chiede che la banca, in virtù della responsabilità in solido con il promotore, le restituisca la somma di € 10.000,00, oltre agli interessi legali ed alle spese legali.

Replica la banca che non aveva mai collocato prodotti assicurativi; inoltre, la ricorrente non aveva provato che l’assegno di € 10.000,00 fosse stato rilasciato al promotore allo scopo di sottoscrivere una polizza assicurativa. Disconosce, poi, la banca la stampa (fornita dalla ricorrente) della schermata del sito della banca stessa, fornendo quella realmente esistente.

Il Collegio, dall'esame della documentazione inviata dalle parti in corso di istruttoria, rileva che, in data 6 febbraio 2012, la ricorrente ha sottoscritto la polizza assicurativa che investiva nel fondo "Jesolo 3000", conferendo € 10.000,00; sul modulo di sottoscrizione è indicato che il pagamento del premio sarebbe avvenuto tramite assegno bancario n. 000106650700, tratto, all'ordine della ricorrente, sulla Banca di Credito Cooperativo di San Marco dei Cavoti e del Sannio. La ricorrente ha esibito in copia detto assegno, che risulta essere dell'importo di € 10.000,00, con beneficiario il Sig. A. M...; tale assegno è stato incassato dal beneficiario il 12 febbraio 2013. Sulla copia della ricevuta dell'assegno da parte del Sig. M..., quest'ultimo ha sottoscritto la seguente dichiarazione: "ricevo per sottoscrizione Jesolo 3000, Molinara 6 febbraio 2012". La ricorrente ha, infine, esibito copia della cambiale emessa il 4 giugno 2013 dal Sig. M... per l'importo di € 10.200,00 a favore della ricorrente; sulla copia del predetto titolo di credito, il Sig. M... ha sottoscritto la seguente dichiarazione: "a fronte reso importo assegno di € 10.000,00 n. 0001066507, per mancato investimento fondo Jesolo 3000, € 200,00 spese cartacee + bollo". Tale effetto cambiario (con indirizzo dell'emittente diverso da quello reale) non è stato pagato ed il Sig. M... risulta iscritto nel "Registro Informatico dei Protesti" per mancato pagamenti di diversi assegni bancari dovuto a "difetto di provvista nel momento in cui il titolo viene presentato per il pagamento".

Rileva, poi, il Collegio che il Sig. M... aveva consegnato alla ricorrente copia del mandato rilasciatogli dalla banca; in tale documento è indicato che il Sig. M... "svolge l'attività di promozione e collocamento presso il pubblico di prodotti e servizi bancari e finanziari, nonché di strumenti finanziari e servizi di investimento per conto della (...), in forza del contratto di mandato senza rappresentanza stipulato in data 12 marzo 2008; alla ricorrente è stata anche esibita copia dell'iscrizione del Sig. M... all'Albo Nazionale ed all'Elenco regionale Promotori Finanziari, nonché copia della lettera di presentazione, stampata sulla carta intestata della banca, nella quale si dichiara che il Sig. M... svolge "l'attività di promotore finanziario con rapporti di agente per conto di (...)". Tale promotore ha rilasciato alla ricorrente documentazione, che egli asseriva di aver stampato dal sito *internet* della banca, dalla quale si evinceva che la banca collocava prodotti assicurativi e previdenziali della "(S...)".

Rileva, infine, il Collegio che il Sig. M... era stato radiato dall'Albo dei promotori finanziari con delibera Consob n. 11778 del 7 gennaio 1999 ed ha cessato di svolgere l'attività di promotore della banca il 1° aprile 2013; la ricorrente, in data 26 luglio 2013, ha presentato atto di denuncia-querela presso la Procura della Repubblica di Benevento per i fatti esposti nel ricorso.

Premesso quanto sopra, il Collegio rammenta che l'art. 31 del Testo Unico della Finanza (D.Lgs. n. 58/1998) prevede che "il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a

responsabilità accertata in sede penale”; come più volte sottolineato dalla Corte di cassazione, la responsabilità dell’intermediario, la quale pur sempre presuppone che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria all’esercizio delle incombenze a lui facenti capo, trova la sua ragion d’essere nel fatto che l’agire del promotore è uno degli strumenti dei quali l’intermediario si avvale nell’organizzazione della propria impresa, traendone benefici cui è ragionevole far corrispondere i rischi. Si deve trattare di un collegamento che, pur non risolvendosi in un vero e proprio nesso di causalità, si giustifica in un rapporto di “occasionalità necessaria”, nel senso cioè che l’incarico svolto deve aver determinato una situazione tale da rendere possibile ed agevole il fatto illecito (Cass. Civ., sez. III, sent. n. 24004 del 16 novembre 2011).

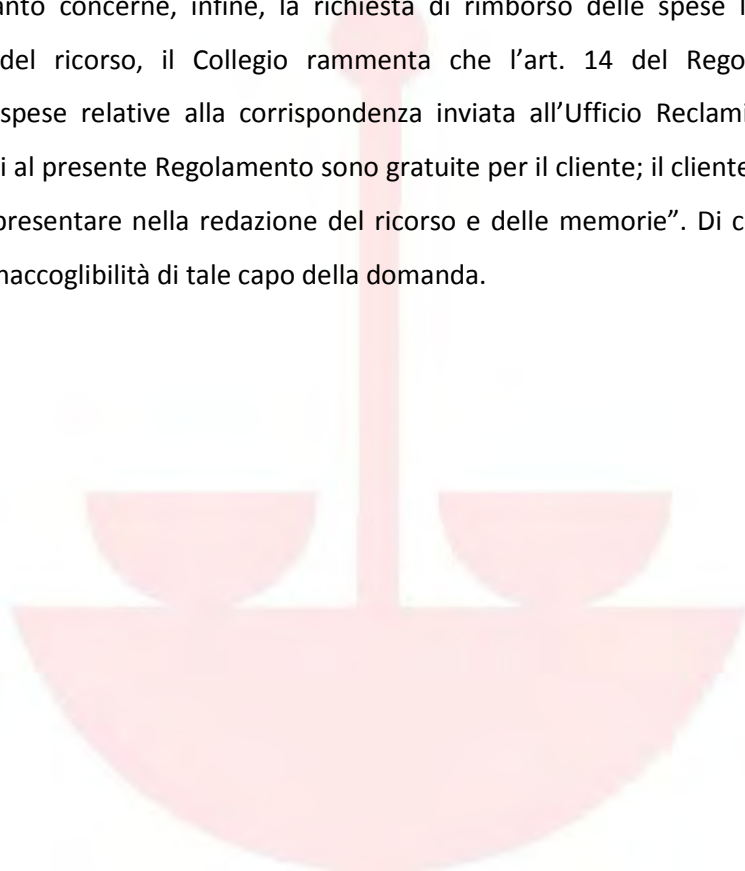
Sempre la Corte di Cassazione ha affermato che le disposizioni regolamentari in ordine alle regole che i promotori devono osservare nel ricevere somme di denaro dai loro clienti sono dirette a porre obblighi di comportamento in capo al promotore e traggono la propria fonte da prescrizioni di legge espressamente volte a tutelare gli interessi del risparmiatore, di talché non è logicamente postulabile che esse si traducano in un onere di diligenza in capo a quest’ultimo, tale per cui l’eventuale violazione di detta prescrizione ad opera del promotore si risolva in un addebito di colpa concorrente o esclusiva a carico del cliente danneggiato dall’altrui illecito. Resta, quindi, esclusa la possibilità di poter configurare un concorso colposo del danneggiato per il fatto illecito del promotore. Di conseguenza, la circostanza che il cliente abbia consegnato al promotore somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest’ultimo sarebbe legittimato a riceverle non vale - neppure in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore - ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell’attività dello stesso e la consumazione dell’illecito, non precludendo, pertanto, la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell’intermediario preponente (Cass. Civ., sez I, sent. n. 6829 del 24 marzo 2011).

La stessa Cassazione ha altresì affermato il principio che la responsabilità dell’intermediario preponente presuppone unicamente che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria all’esercizio delle incombenze, trattandosi, quindi, di responsabilità oggettiva, che presuppone esclusivamente che i rapporti tra promotore e cliente siano riconducibili ad attività espletata e rappresentata come attività del promotore per conto del soggetto abilitato e rientrante nella sua sfera di azione. Di conseguenza, tale responsabilità non può escludersi neppure nel caso in cui il risparmiatore abbia consegnato al promotore denaro per effettuare operazioni di investimento in prodotti diversi rispetto a quelli normalmente proposti sul mercato dalla banca; le norme de Testo Unico della Finanza sono strutturate in modo da responsabilizzare l’intermediario nei riguardi dei soggetti - quali sono i promotori - che egli medesimo sceglie, della cui opera si avvale per il perseguimento dei suoi interessi imprenditoriali e sui quali, conseguentemente, nessuno

meglio dell'intermediario è concretamente in grado di esercitare efficaci forme di controllo, e per ciò nulla consente di limitare la tutela dell'investitore alle sole operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari dell'intermediario preponente.

In considerazione di tutto quanto sopra detto, il Collegio dichiara la banca tenuta – entro trenta giorni dalla comunicazione della decisione da parte della segreteria tecnica e con l'invio all'Ombudsman bancario di idonea documentazione a comprova – a riconoscere alla ricorrente la somma di € 10.000,00, oltre agli interessi legali maturati su tale importo dal 6 febbraio 2012 fino alla data dell'effettivo pagamento.

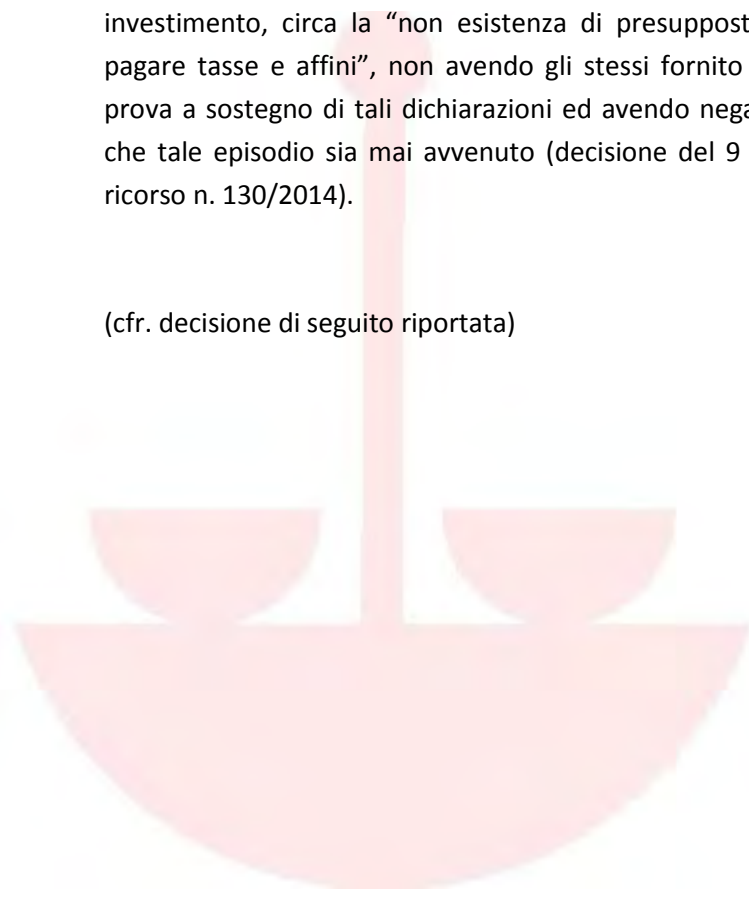
Per quanto concerne, infine, la richiesta di rimborso delle spese legali sostenute per la presentazione del ricorso, il Collegio rammenta che l'art. 14 del Regolamento prevede che "eccettuate le spese relative alla corrispondenza inviata all'Ufficio Reclami o all'Ombudsman, le procedure di cui al presente Regolamento sono gratuite per il cliente; il cliente può, a sue spese, farsi assistere o rappresentare nella redazione del ricorso e delle memorie". Di conseguenza, il Collegio conclude per l'inaccogliabilità di tale capo della domanda.



**OPERAZIONI DI INVESTIMENTO – VENDITA DI AZIONI E
WARRANT – ASSERITE RASSICURAZIONI DA PARTE DELLA BANCA
– ASSENZA DI PROVE DOCUMENTALI - SMENTITA DA PARTE
DELLA BANCA - INATTENDIBILITÀ DELLE AFFERMAZIONI DEI
CLIENTI**

Non possono assumere alcun valore probatorio le affermazioni dei clienti circa il fatto di essere stati assicurati dal promotore finanziario, al momento di dover effettuare un investimento, circa la “non esistenza di presupposti per dover pagare tasse e affini”, non avendo gli stessi fornito elementi di prova a sostegno di tali dichiarazioni ed avendo negato la banca che tale episodio sia mai avvenuto (decisione del 9 luglio 2014, ricorso n. 130/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



VENDITA DI AZIONI E WARRANT – PREVIA CONSEGNA DI DOCUMENTAZIONE INFORMATIVA DA PARTE DELLA BANCA – DOCUMENTAZIONE ADATTA AD INVESTITORI ESPERTI – COLPA LIEVE DELLA BANCA – RESPONSABILITÀ PER I DANNI CAUSATI AL CLIENTE

Qualora i clienti si siano determinati ad eseguire una determinata operazione di investimento (vendita di azioni e warrant) basandosi sulla documentazione fornita loro dalla banca in sede precontrattuale, deve ritenersi che quest'ultima - stante che tale documento, se letto da soggetti non esperti in materia, potrebbe indurre in errore la clientela falsando i loro convincimenti – si sia comportata con colpevole leggerezza nel momento in cui ha consegnato il suddetto documento ai ricorrenti; pertanto, deve reputarsi responsabile degli eventuali danni subiti dagli investitori (decisione del 9 luglio 2014, ricorso n. 130/2014).

(cfr. decisione di seguito riportata)



Operazioni di investimento – Vendita di azioni e warrant – Asserite assicurazioni da parte della banca – Assenza di prove documentali - Smentita da parte della banca - Inattendibilità delle affermazioni dei clienti

(Collegio del 9 luglio 2014, ricorso n. 130/2014)

Vendita di azioni e warrant – Previa consegna di documentazione informativa da parte della banca – Documentazione adatta ad investitori esperti – Colpa lieve della banca – Responsabilità per i danni causati al cliente

(Collegio del 9 luglio 2014, ricorso n. 130/2014)

Espongono i ricorrenti di aver venduto, in data 19 settembre 2013, n. 4.980 azioni “Parmalat” e n. 650 “warrant Parmalat 05/15”; aggiungono che tale operazione era stata disposta dopo aver analizzato il documento “sintesi di portafoglio” (dal quale “risulta[va] un carico di azioni che, al prezzo desumibile dal documento, [determinava] un capital gain negativo”) e dopo essere stati assicurati dal promotore finanziario di riferimento della banca il quale garantiva che la compravendita non avrebbe comportato alcun addebito di natura fiscale.

Lamentano i ricorrenti che l’operazione in questione ha, invece, prodotto una plusvalenza che è stata oggetto di tassazione (*capital gain*); sostenendo che, se avessero appreso precedentemente che la compravendita avrebbe comportato un prelievo fiscale, non avrebbero deciso di vendere i titoli, chiedono la restituzione della somma (€ 1.285,82) addebitata a titolo di trattamento fiscale.

Replica la banca, affermando:

- a) che “la pretesa di risarcimento nasce da un dato riportato su un documento non ufficiale («la Sintesi Portafoglio» fornito come allegato dal ricorrente), che la banca fornisce ai suoi promotori tramite un’applicazione informatica predisposta per esaminare sotto vari aspetti la situazione patrimoniale della clientela. È fondamentale evidenziare che, proprio per evitare qualsiasi autonoma interpretazione fuorviante o incorretta, in calce ad ogni pagina di queste stampe è indicato chiaramente che essa è «destinata esclusivamente ad uso interno; non costituisce rendicontazione ufficiale della banca»”;
- b) che i ricorrenti “sembra abbiano utilizzato questa stampa in maniera impropria, ritenendo che nella colonna «versamenti» venga riportato il valore di carico da

- comparare al valore di cessione delle azioni e dei warrant Parmalat” e che “questo valore si sia rivelato non veritiero [...]”;
- c) che le rimostranze dei ricorrenti, come chiarito, si basano però “su presupposti errati” in quanto “la colonna «versamenti» non va utilizzata dal cliente come parametro di riferimento per calcolare il Capital Gain”, in essa, infatti, “viene indicato esclusivamente il totale versato su un prodotto e, se vi fosse una colonna di riferimento per il Capital Gain, essa avrebbe una titolazione ben diversa”;
 - d) che il promotore finanziario citato dai ricorrenti ha confermato di aver incontrato i clienti, in data 19 settembre 2013, “perché avevano necessità di liquidi per far fronte a necessità familiari, ma non ha confermato di aver fornito «assicurazioni» di alcun genere circa la generazione di plus o minusvalenze da questa vendita”;
 - e) che “per calcolare correttamente l’eventuale Capital Gain, come i clienti fanno, si deve utilizzare non la cifra spesa, ma il prezzo di acquisto da comparare al prezzo di vendita” e che “il prezzo di acquisto non è sul tabulato «Sintesi Portafoglio» del Private Banker, ma sulle lettere di conferma di acquisto titoli spedite dalla banca al cliente”;
 - f) che, “poiché le azioni e i warrant erano stati assegnati [ai ricorrenti] in conseguenza del concambio dei titoli della Parmalat, secondo un provvedimento del Tribunale di Parma relativamente al fallimento dell’emittente, la banca ha ufficialmente comunicato al cliente il «carico» dei nuovi titoli e con esso i prezzi di riferimento, che sono stati stabiliti in €1,00 per le azioni e € 0,000001 per i warrant” e, “tramite gli estratti conto, ha costantemente comunicato il valore dei titoli in relazione al periodo al quale gli estratti si riferiscono”;
 - g) che, in data 19 settembre 2013, [i ricorrenti hanno] dato disposizione di vendita di 4.980 azioni Parmalat S.p.A. ordinarie e dei 650 warrant Parmalat 05/15 in loro possesso; la vendita al prezzo di € 2,4633 per le azioni e di € 1,4550 per i warrant ha quindi determinato una plusvalenza e la relativa applicazione del Capital Gain, con conseguente pagamento allo Stato dell’imposta dovuta”;
 - h) che l’intermediario comprende “come tutto ciò possa apparire iniquo se la storia di questo investimento la si osserva dal punto di vista della clientela, che ha subito impotente le tremende conseguenze del default della Parmalat” ma ritiene che “il risarcimento chiesto alla banca in base ai motivi esposti nel reclamo e nel ricorso non abbia alcuna fondatezza”;
 - i) che la banca, “in base a tutto ciò e anche in virtù di questo ricorso, che conferma la comprensibile delusione dei clienti in merito alla vicenda Parmalat, ha eccezionalmente

proposto di erogare loro il 50% di quanto richiesto, senza però che ciò sia frainteso, come una ammissione di colpa”;

- j) che la banca, [ancora alla data del 13 giugno 2014], è in attesa di una risposta da parte dei clienti circa l’accettazione di questa iniziativa straordinaria”.

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

Rileva, innanzitutto, il Collegio che ricorrenti non hanno fornito elementi di prova a sostegno della loro affermazione circa il fatto che il promotore finanziario della banca avesse garantito loro la non esistenza di “presupposti per dover pagare tasse e affini”, con riferimento all’operazione di compravendita in esame; sempre sul punto in questione, riscontra, inoltre, che la banca ha negato che il suddetto episodio sia mai avvenuto, senza, tuttavia, allegare anch’essa alcuna prova a fondamento della contestazione.

Osserva, inoltre, il Collegio che sul documento “Sintesi Portafoglio” citato dai ricorrenti risulta effettivamente riportato l’avvertimento “destinata esclusivamente ad uso interno; non costituisce rendicontazione ufficiale della banca”, che ammonisce i possibili fruitori dal fare affidamento sulla correttezza dei dati ed delle informazioni in esso riportati.

D’altro canto rileva il Collegio che tale documento - che evidentemente è stato consegnato per errore ai ricorrenti – se letto da soggetti non esperti in materia, potrebbe indurre in errore la clientela, falsando i loro convincimenti.

A tal riguardo, il Collegio ritiene che la banca abbia dimostrato una colpevole leggerezza nel momento in cui ha consegnato il suddetto documento ai ricorrenti e, pertanto, ritiene la banca responsabile per gli eventuali danni subiti dai ricorrenti.

Sul punto, il Collegio, non potendo conoscere *ex post* quale sarebbe stata la decisione dei ricorrenti, circa l’esecuzione dell’operazione in questione, se non avessero ricevuto detto documento, ritiene di dover procedere alla quantificazione del danno secondo valutazione di tipo equitativo e, pertanto, dichiara la banca tenuta -entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione della decisione da parte della Segreteria e con invio all’Ombudsman-Giurì Bancario di idonea documentazione a comprova – a versare ai ricorrenti la somma di € 642,91, come sopra determinata, facendo presente come questo importo corrisponda alla somma offerta spontaneamente dalla banca ai ricorrenti, e da questi rifiutata, quale segno di attenzione per la situazione di disagio sofferta a causa della vicenda “Parmalat”.

PARTE II

Segnalazioni di dottrina

Strumenti finanziari derivati

A CURA DELLA REDAZIONE DI *EX PARTE CREDITORIS*, **“Strumenti derivati: obblighi informativi – Qualifica dell’investitore – Irresponsabilità dell’intermediario – Rassegna giurisprudenziale”**, in Rivista di informazione giuridica, “segnalato da www.expartecreditoris.it”, 30 giugno 2014

La Rassegna in questione esamina recentissime sentenze concernenti controversie relative agli strumenti derivati, selezionando, tuttavia, solo quelle in cui il comportamento della banca - che ha stipulato contratti di tale specie con la propria clientela - è stato ritenuto corretto e conforme alla normativa vigente in materia.

In particolare, alcune sentenze hanno affermato il principio per cui la pregressa operatività in derivati – mai contestata dal cliente, per un periodo di tempo ampio e duraturo – rappresenta un elemento dal quale desumere la correttezza della dichiarazione autoreferenziale di “operatore qualificato”; tale dichiarazione esime la banca dagli obblighi informativi stabiliti a suo carico dalla normativa Consob e la esonera dall’obbligo di ulteriori verifiche in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in suo possesso.

Clausole di azione collettiva

CARLANDO LUCA, **“Alcune considerazioni in merito all’introduzione delle clausole di azione collettiva (CACs) nei titoli di Stato ad opera del Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze n. 96717 del 7 dicembre 2012”**, in Rivista di Diritto Bancario, maggio 2013.

Con il Decreto in commento, il Ministero dell’Economia e delle Finanze ha stabilito che, a decorrere dal 1° gennaio 2013, tutte le nuove emissioni di Buoni del Tesoro Pluriennali e di Certificati di Credito del Tesoro di ogni specie sono soggette alle clausole di azione collettiva; queste ultime consentono a una maggioranza qualificata di investitori in obbligazioni di modificare i termini di pagamento di un titolo, rendendo la deliberata variazione giuridicamente vincolante per tutti i possessori del medesimo titolo, in modo da facilitare una ristrutturazione ordinaria del debito.

Ciò vuol dire che i termini e le condizioni dei titoli di Stato possono essere modificati mediante un accordo tra l’Emittente del titolo (Stato o Ente collegato) e una percentuale

predefinita di detentori del titolo stesso; tali clausole presentano, di solito, un modello standardizzato allo scopo di garantire gli stessi effetti giuridici nell'ambito delle diverse giurisdizioni dell'area.

Albi professionali nel settore bancario/finanziario

LENER RAFFAELE, ***“La disciplina degli organismi per la tenuta degli albi dei professionisti operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo: un’ipotesi di riorganizzazione normativa”***, in Banca Borsa e Titoli di Credito, fasc.1, 2014, pag. 27

L'ordinamento italiano prevede diversi organismi preposti alla tenuta degli albi ed elenchi di professionisti operanti in ambito bancario, finanziario e assicurativo, con compiti e natura giuridica molto differenti tra loro. E' chiara la necessità di riordinare questo complesso coacervo di autorità di vigilanza sui mercati finanziari, considerato che un efficace modello di vigilanza richiede un coerente sistema di controlli che eviti inutili duplicazioni o spazi vuoti.

L'esigenza di razionalizzare il predetto sistema nasce dal fatto che gli organismi incaricati di tenere albi ed elenchi sono, nel tempo, diventati sempre più simili a vere e proprie autorità di vigilanza; molti di tali organismi sono dotati di funzioni di vigilanza equivalenti a quelle delle autorità stesse. Di particolare interesse è la questione dell'organismo per la tenuta dell'albo dei consulenti finanziari (ACF), che non ha ancora avviato la propria attività per cause legate sia ad una normativa complicata riguardante i soggetti che devono essere iscritti all'albo (e della cui tenuta esso è incaricato), sia ai costi di avviamento e funzionamento dell'organismo.

PARTE III

Pronunce giurisprudenziali

Obblighi informativi (prestiti obbligazionari)

PRESTITO OBBLIGAZIONARIO – ASSERTITA MANCATA ADEGUATEZZA – PRESUNTA VIOLAZIONE DEI DOVERI DI INFORMAZIONE – CONSEGUENZE – NULLITA’ – ESCLUSIONE – ASSENZA DI CONTRARIETA’ A NORME IMPERATIVE

CASSAZIONE CIVILE, Sezione I, 10 aprile 2014, sentenza n. 8462

In tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione dell’investitore e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione di servizi di investimento finanziario non sono causa né di annullamento né di nullità, potendo dare luogo solo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni (qualora le violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del “contratto quadro”), ovvero a responsabilità contrattuale, conducendo, quindi, alla risoluzione del contratto (qualora si tratti di violazioni riguardanti le operazioni attuative ed esecutive del “contratto quadro”).

Resta, in ogni caso, escluso - in assenza di una esplicita previsione normativa – che la violazione dei predetti obblighi comportamentali possa determinare, ai sensi dell’art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del “contratto quadro” (o dei singoli atti negoziali posti in essere in esecuzione dello stesso), la quale è suscettibile di scaturire unicamente dalla violazione di norme inderogabili o imperative concernenti appunto la validità del contratto.

(cfr. sentenza di seguito riportata)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALME' Giuseppe	- Presidente -
Dott. CECCHERINI Aldo	- Consigliere -
Dott. DOGLIOTTI Massimo	- Consigliere -
Dott. DIDONE Antonio	- rel. Consigliere -
Dott. BISOGNI Giacinto	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 32055-2007 proposto da:

S.B. (C.F. (OMISSIS)), elettivamente
domiciliato in ROMA, CORSO TRIESTE 87, presso l'avvocato ANTONUCCI
ARTURO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato VASSALLE
ROBERTO, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

INTESA SANPAOLO S.P.A. (C.F. (OMISSIS)), derivante dalla fusione
per incorporazione di Sanpaolo Imi spa in Banca Intesa spa, in
persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA L. BISSOLATI, 76, presso l'avvocato TOMMASO
SPINELLI GIORDANO, che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato RUSSO GIUSEPPE, giusta procura speciale per Notaio CARLO
BOGGIO di TORINO - Rep.n. 114.328 del 21.1.2008;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 604/2007 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA,
depositata il 03/08/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
10/02/2014 dal Consigliere Dott. ANTONIO DIDONE;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato VASSALLE ROBERTO che si riporta;
udito, per la controricorrente, l'Avvocato FASOLA ENRICA, con delega,
che si riporta;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
FIMIANI Pasquale che ha concluso per l'accoglimento del ricorso
(motivo 4).

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Con la sentenza impugnata la Corte di appello di Brescia ha rigettato l'appello proposto da S.B. contro la sentenza del Tribunale di Brescia che aveva respinto la sua domanda formulata nei confronti della s.p.a. San Paolo IMI avente ad oggetto la richiesta di dichiarazione di nullità con restituzione della somma investita e il risarcimento del danno patrimoniale e non derivatogli dagli illeciti commessi dai funzionari della banca convenuta i quali con dolo - responsabili anche di truffa contrattuale - e, in ogni caso, ponendo in essere un'operazione in conflitto di interessi e con violazione dell'art. 21 T.U.F. e del relativo Regolamento CONSOB, gli avevano venduto obbligazioni BEI-99/29 step down. L'attore assumeva di essere stato indotto a stipulare un contratto in grave contrasto con il proprio interesse e del tutto inadatto alle proprie necessità in quanto, vendendo anticipatamente i titoli, egli si sarebbe

esposto al rischio di gravi perdite mentre non vendendoli sarebbe rimasto privo dal 2009 di ogni rendimento e il titolo sarebbe stato rimborsato dopo ben 29 anni, circostanza che da sola, data l'età avanzata di esso investitore, rendeva evidente l'inadeguatezza dell'investimento.

Per quanto ancora interessa, la corte di merito ha ritenuto fondata la doglianza relativa all'incapacità a testimoniare del funzionario che aveva sottoscritto il contratto ma ha rilevato che analoga incapacità non concerneva anche altro funzionario, la cui deposizione rendeva condivisibile la decisione del tribunale. Le caratteristiche del titolo, poi, erano perfettamente descritte nel regolamento di emissione e i titoli non erano ad altissimo rischio.

L'unico aspetto di inadeguatezza dell'operazione (lunga scadenza e età avanzata dell'investitore nonché mancata remunerazione dopo i primi anni) era compensata dalla garanzia del capitale investito e dalla discreta remuneratività dei titoli. Sebbene informato S. aveva voluto dar corso all'operazione. L'operazione non era in conflitto di interesse e, infine, era inammissibile, perchè tardivamente posta, la questione della nullità del contratto per difetto di forma.

1.1.- Contro la sentenza di appello S.B. ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi. Resiste con controricorso la s.p.a. Intesa San Paolo. Nel termine di cui all'art. 378 c.p.c. parte ricorrente ha depositato memoria.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

2.1.- Con il primo motivo di ricorso il ricorrente denuncia violazione degli artt. 1228 e 2049 c.c., art. 110 c.p., artt. 105 e 246 c.p.c. nonché vizio di motivazione. Lamenta che la corte di merito abbia ritenuto la responsabilità solidale con l'istituto convenuto del teste L.A., dipendente della banca responsabile dell'operazione di investimento per cui è causa dichiarandolo incapace di testimoniare - e non di A. S., anch'esso dipendente della banca coresponsabile con il L. dei medesimi illeciti contestati all'attore. Sulla testimonianza dello stesso A. ha poi fondato la propria decisione in relazione alla ritenuta insussistenza degli illeciti contestati dall'attore.

Deduce che anche in relazione ai dipendenti non indicati nominativamente nell'atto di citazione sussisteva la dedotta incapacità a testimoniare.

2.2.- Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. b in relazione all'art. 28, comma 2, Regolamento intermediari n. 11522/98 e formula, ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., il seguente quesito: se "In tema di investimenti finanziari, nel vigore dell'art. 28 del regolamento Consob n. 11522/98, l'obbligo informativo specifico gravante sull'intermediario che venda ad un risparmiatore in età avanzata (il quale abbia precedentemente investito solo in BTP), una obbligazione strutturata di durata trentennale a rendimento predeterminato per i primi dieci anni e che, per i successivi 20 anni, divenga uno zero coupon; obbligazione che, in caso di anticipato disinvestimento, sia idonea a comportare perdite superiori al 40% del capitale investito, può ritenersi adempiuto mediante la consegna all'investitore del documento sui rischi generali degli investimenti e informandolo che l'investimento è soggetto, in relazione alla variabile del rendimento, a sensibili oscillazione dei corsi senza che sia in alcun modo specificato in quale misura e per quali motivi tale oscillazione dei corsi può verificarsi".

2.3.- Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. "a" in relazione all'art. 29 Regolamento intermediari n. 11522/98 e formula, ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., il seguente quesito: se "in tema di investimenti finanziari e nel vigore dell'art. 29 del Regolamento Consob n. 11522/98, in presenza di risparmiatore alieno da propensione al rischio e privo di esperienza in materia di obbligazioni strutturate, l'intermediario deve o meno ritenere inadeguata al profilo dello stesso risparmiatore l'operazione con la quale il medesimo risparmiatore intenda acquistare, per importo pari a un terzo della propria liquidità, un'obbligazione strutturata con elevata prima cedola al fine di rivenderla dopo lo stacco di tale cedola, esponendosi con ciò alla possibilità di una perdita rilevante del capitale investito pur se il titolo è idoneo a recuperare successivamente anche più dell'originaria quotazione e, in ogni caso, l'obbligo posto dal predetto art. 29 può ritenersi assolto da parte dell'intermediario per effetto di una dichiarazione del cliente nella quale quest'ultimo dichiara, in relazione a standardizzati profili di rischio relativi a generiche tipologie di investimento, di ritenere l'investimento a sè adeguato in relazione ai suoi obiettivi di investimento e alle risorse finanziarie (senza alcuna menzione alla propensione al rischio e alla esperienza in materia finanziaria dell'investitore".

2.4.- Con il quarto motivo il ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. "c" in relazione all'art. 29 Regolamento Consob n. 11522/98 e formula, ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., il seguente quesito: se "in tema di investimenti finanziari e nel vigore dell'art. 27 Regolamento n. 11522/98 deve o meno ritenersi effettuata in conflitto di interessi l'operazione con la quale l'intermediario proponga e venda in contropartita diretta al cliente un titolo, non confacente al profilo del medesimo cliente, collocato da società del proprio gruppo, emesso lo stesso giorno della vendita al cliente, e la vendita allo stesso cliente sia effettuata a prezzo superiore a quello di collocamento".

3.- Il primo motivo è infondato.

Invero, da tempo questa Corte ha precisato che non importa incapacità a testimoniare (art. 246 cod. proc. civ.) per i dipendenti di una banca la circostanza che questa, evocata in giudizio da un cliente, potrebbe convenirli in garanzia nello stesso giudizio per essere responsabili dell'operazione che ha dato origine alla controversia. Infatti, le due cause, anche se proposte nello stesso giudizio, si fondano su rapporti diversi ed i dipendenti hanno un interesse solo riflesso ad una determinata soluzione della causa principale, che non li legittima a partecipare al giudizio promosso dal cliente, in quanto l'esito di questo, di per sè, non è idoneo ad arrecare ad essi pregiudizio (Sez. 1, Sentenza n. 2641 del 04/03/1993). Principio correttamente applicato dalla Corte di merito al teste A., non indicato, in citazione, come "coautore" dell'attività truffaldina imputata ai dipendenti della convenuta.

D'altra parte, questa Corte ha da tempo ritenuto sussistente la capacità a testimoniare - in giudizi concernenti il licenziamento di un lavoratore - gli altri dipendenti dello stesso datore di lavoro ancorchè a carico degli stessi possano profilarsi, in relazione al fatto contestato al dipendente licenziato, omissioni loro imputabili come illeciti penali, atteso che la Corte costituzionale, con sentenza n. 85 del 1983, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c., in relazione all'art. 384 c.p., comma 2, nella parte in cui non prevede l'incapacità a deporre nel giudizio civile di chi è imputato di un fatto-reato su circostanze relative o connesse al fatto medesimo (cfr. Sez. lav., n. 1341/1993. V., anche, Sez. lav., n. 20731/2007).

3.1.- Il secondo e il terzo motivo - là dove non sono inammissibili per le ragioni infra esposte - sono infondati.

Va premesso, invero, che la Corte di merito, nell'esaminare l'appello incidentale dell'odierno ricorrente, ha evidenziato l'inapplicabilità, nella concreta fattispecie, della norma di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, u.c., la quale dispone che "Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta". Ciò in quanto "com'è agevole rilevare, questa speciale inversione dell'onere della prova opera nelle cause in cui si agisce per il risarcimento del danno e dunque non nelle cause che hanno oggetto la validità dei contratti in tema di operazioni di investimento. In ogni caso, non si vede come la norma possa valere a superare la suddetta preclusione processuale operante per il solo fatto che, in primo grado, la nullità (o annullabilità o risoluzione) del contratto era stata denunciata siccome conseguente alla violazione di una serie di norme in tesi imperative tra le quali non era contemplata quella che impone, per il contratto di investimento, la forma scritta". Ciò premesso, la Corte di appello ha rigettato il motivo di gravame che tendeva "a una modificazione dell'originaria domanda", ritenuta inammissibile. Tale capo della sentenza non è stato specificamente (nè genericamente) impugnato.

Lo stesso ricorrente, nel ricorso (v. pag. 19-20), ha ribadito che la sua domanda tende alla declaratoria di nullità, all'annullamento o alla risoluzione del contratto di investimento.

Pertanto, va applicato il principio enunciato dalle Sezioni unite, secondo cui in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base alla L. n. 1 del 1991, art. 6) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase

antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d.

"contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418 c.c., comma 1, la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso (Sez. U, Sentenza n. 26724 del 19/12/2007).

Ciò comporta, da un lato, l'irrelevanza delle denunciate violazioni della normativa T.U.F. e del Regolamento Consob - in quanto invocate ai fini dell'accoglimento delle domande di nullità, annullamento e risoluzione - e, dall'altro, a cagione anche dell'omessa impugnazione del capo relativo all'onere della prova nonché dell'infondatezza del motivo relativo all'incapacità a testimoniare del teste A., l'inammissibilità del secondo e del terzo motivo nella parte in cui veicolano censure in fatto, dirette ad ottenere una diversa lettura del materiale probatorio. Nel mentre la Corte di merito ha fornito adeguata motivazione della decisione impugnata. In particolare ha escluso la natura rischiosa dell'investimento, stante la solidità dell'emittente, inoltre ha evidenziato la completezza delle informazioni fornite all'investitore, evidenziando la natura delle obbligazioni aventi le seguenti caratteristiche: 1) il prestito obbligazionario ha la durata di 30 anni e alla scadenza le obbligazioni saranno rimborsate alla pari; 2) l'interesse per il primo anno è pari al 10,50%; 3) l'interesse per gli anni dal secondo al nono è pari al 5%; 4) fino alla scadenza, poi, non più dovuta alcuna cedola "essendo gli interessi per il periodo rappresentati dal premio di rimborso": 5) il premio di rimborso è pari al 120%.

Caratteristiche che rendevano evidente che, qualora l'investitore intendesse anticipatamente recedere dall'investimento - come avvenuto nella concreta fattispecie - subito dopo avere incassato la prima e più pingue cedola, egli non potesse non scontare un'immediata diminuzione del prezzo non foss'altro perchè l'obbligazione posta in vendita veniva ad avere un tasso residuo notevolmente diminuito in ragione di una durata solo di poco ridotta. Peraltro, come era emerso dalle dichiarazioni testimoniali di A., in sede di colloqui tra il cliente e il personale della banca era stato affrontato espressamente il problema della pronta negoziabilità delle obbligazioni. Infatti, come aveva dichiarato il teste, " S. era intenzionato a sfruttare questo tipo di investimento, perchè gli offriva l'opportunità di riscuotere un interesse elevato per il primo anno e gli consentiva di cedere subito dopo il titolo"; il funzionario, però, lo aveva avvertito che "qualora avesse optato per la vendita dopo il primo anno - non c'era certezza in ordine alla parità di prezzo, nel senso che non era detto che si sarebbe potuto ottenere quello stesso prezzo che era stato pagato per l'acquisto".

Dalla testimonianza era altresì emerso che: A. aveva sconsigliato l'investimento; S. aveva insistito comunque per darvi corso; vi era stata una vera e propria trattativa che venne poi conclusa da L. con la sottoscrizione dell'ordine di acquisto;

a S. erano stati fatti visionare ed erano stati consegnati i documenti contenenti le caratteristiche dell'emissione obbligazionaria. Non privo di rilievo, infine, è l'accertamento compiuto dalla Corte di merito secondo cui non era vero che il titolo non avrebbe potuto essere rinegoziato prima della sua scadenza. Esso, infatti, era quotato sul mercato borsistico (ammesso alla quotazione ufficiale con provvedimento Consob il giugno 1999 n. 4606) e il suo prezzo, contrariamente a quanto sostenuto dallo S., aveva garantito e garantiva "la possibilità di rientrare del capitale investito, considerate le cedole nel frattempo staccate, non solo senza perdite ma anche con discreti guadagni (nel febbraio 2005... il valore si era assestato su 95,5 contro 100,35 di acquisto, tenuto però conto che erano stati già incassati interessi pari al 30,5% lordo)". Correttamente, poi, la Corte di merito ha rilevato che tale ultima constatazione valeva "a togliere rilievo all'enfaticizzazione, da parte dell'appellante, del rapporto tra la lunga durata del prestito e la sua non più giovane età: infatti, sarebbe stato ben possibile e senza riportare alcuna perdita anche un disinvestimento a pochi anni dall'acquisto".

3.2.- Il quarto motivo è infondato.

Invero, la negoziazione in contropartita diretta costituisce uno dei servizi di investimento al cui esercizio l'intermediario è autorizzato, al pari della negoziazione per conto terzi, come si evince dalle definizioni contenute nel D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 1, essendo essa una delle modalità con le quali l'intermediario può dare corso ad un ordine di acquisto o di vendita di strumenti finanziari impartito dal cliente. Ne deriva che l'esecuzione dell'ordine in conto proprio non comporta, di per sè sola,

l'annullabilità dell'atto ai sensi degli artt. 1394 o 1395 cod. civ. (Sez. 1, Sentenza n. 28432 del 22/12/2011).

Con accertamento in fatto sorretto da congrua e logica motivazione la Corte di merito ha escluso, peraltro, che la banca avesse praticato un prezzo di vendita superiore a quello di quotazione del titolo, non rilevando il prezzo di collocamento per essere già scaduto il termine di quest'ultimo al momento della negoziazione.

Talchè il ricorso deve essere rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità - liquidate in dispositivo - vanno poste a carico del ricorrente.

PQM

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità liquidate in Euro 15.200,00 di cui Euro 200,00 per esborsi oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 10 febbraio 2014.

Depositato in Cancelleria il 10 aprile 2014

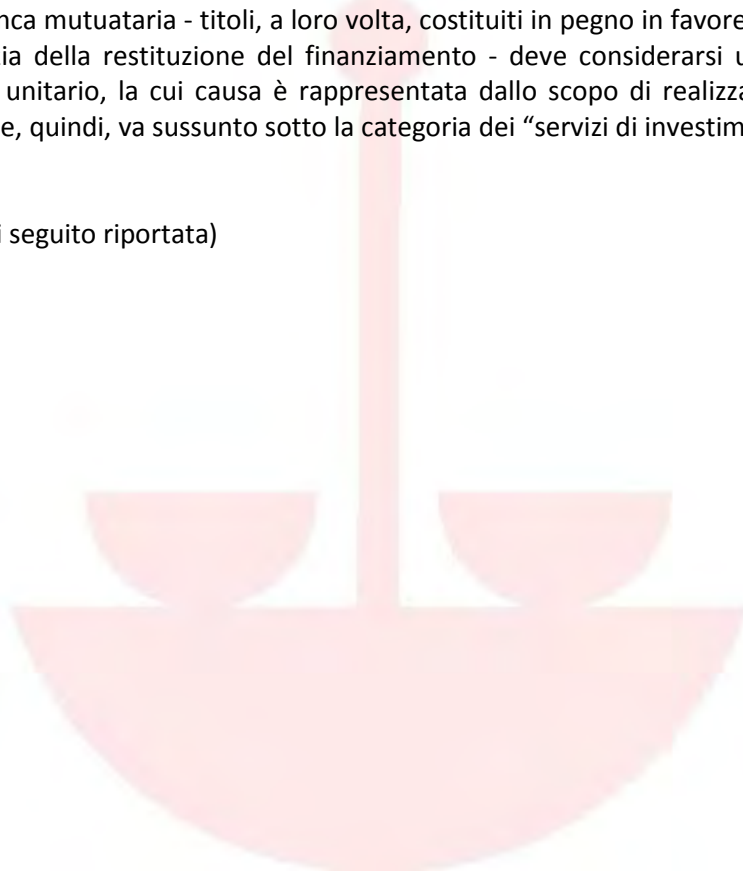
Contratto accessorio (mutuo)

EROGAZIONE DI UN MUTUO – FINALITA’ DI ACQUISTO DI TITOLI EMESSI DALLA BANCA – COSTITUZIONE IN PEGNO DEI TITOLI – CONTRATTO ATIPICO UNITARIO – SCOPO DI LUCRO FINANZIARIO – APPARTENENZA AI “SERVIZI DI INVESTIMENTO”

CASSAZIONE CIVILE, Sezione III, 3 aprile 2014, sentenza n. 7776

Un’operazione finanziaria consistente nell’erogazione al cliente, da parte dell’intermediario, di un mutuo che viene impiegato per acquistare strumenti finanziari emessi dalla banca mutuataria - titoli, a loro volta, costituiti in pegno in favore della banca stessa a garanzia della restituzione del finanziamento - deve considerarsi un contratto atipico unico e unitario, la cui causa è rappresentata dallo scopo di realizzare un lucro finanziario, e che, quindi, va sussunto sotto la categoria 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. BERRUTI	Giuseppe M.	- Presidente	-
Dott. D'ALESSANDRO	Paolo	- Consigliere	-
Dott. SCRIMA	Antonietta	- Consigliere	-
Dott. VINCENTI	Enzo	- Consigliere	-
Dott. ROSSETTI	Marco	- rel. Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 28388/2010 proposto da:

L.D.R.L. (OMISSIS), elettivamente domiciliato

in ROMA, CORSO TRIESTE 87, presso lo studio dell'avvocato ANTONUCCI ARTURO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato VASSALLE ROBERTO giusta delega a margine;

- ricorrente -

contro

MONTE PASCHI SIENA SPA (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI SAN VALENTINO 21, presso lo studio dell'avvocato CARBONETTI FRANCESCO, che la rappresenta e difende giusta delega a margine;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 920/2010 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 04/11/2010 R.G.N. 1499/06;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/02/2014 dal Consigliere Dott. MARCO ROSSETTI;

udito l'Avvocato ARTURO ANTONUCCI;

udito l'Avvocato FABRIZIO CARBONETTI per delega;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GIACALONE Giovanni che ha concluso per il rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. e in subordine l'accoglimento del 1 motivo, assorbiti gli altri.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Nel 2000 il sig. L.D.R.L. accettò nel proprio studio privato una proposta contrattuale sottopostagli da un funzionario della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (d'ora innanzi, per brevità, "MPS").

2. Il contratto in tal modo concluso aveva ad oggetto una articolata operazione finanziaria, denominata "Visione Europa", costituita dalla giustapposizione di tre diverse operazioni:

(a) la formale concessione da parte della banca di un finanziamento al cliente, per l'importo di L. 100.000.000;

(b) il contestuale acquisto da parte della MPS e per conto del cliente, con parte della provvista derivante da tale finanziamento, di titoli obbligazionari c.d. zero coupon (ovvero titoli il cui rendimento è pari alla differenza tra la somma che il sottoscrittore riceve alla scadenza e la somma che versa al momento della sottoscrizione) emessi dalla MPS e non quotati;

(c) il contestuale acquisto, con la parte restante della provvista derivante dal finanziamento, sempre da parte della MPS e per conto del cliente, di quote di un fondo d'investimento a carattere azionario denominato "Ducato Azionario Europa"; tale fondo fu istituito dalla Ducato Gestioni s.p.a., società

controllata dalla MPS, e le quote di esso erano collocate presso il pubblico dalla stessa MPS. L'operazione era completata dalla previsione che i titoli sub (b) e (c) fossero costituiti in pegno in favore della banca a garanzia della restituzione del finanziamento, e dall'assunzione dell'obbligo da parte del risparmiatore di restituire il capitale in rate trimestrali per il periodo di 15 anni ed al saggio di poco meno dell'8%.

3. Dopo che il contratto ebbe esecuzione per circa due anni, nel 2003 l'investitore convenne la MPS dinanzi il Tribunale di Mantova, allegando che:

(a) aveva manifestato alla MPS la volontà di recedere dal contratto;

(b) solo in seguito a tale manifestazione di volontà aveva appreso che il valore delle quote dei fondi comuni d'investimento acquistate in esecuzione del suddetto contratto era diminuito notevolmente; che le obbligazioni "zero coupon" acquistate sempre in esecuzione del suddetto contratto non erano quotate e potevano essere vendute solo alla stessa MPS, la quale ne determinava unilateralmente il prezzo.

Sulla base principalmente di tali allegazioni l'attore formulò una serie di domande tra loro subordinate, ma tutte comunque volte a privare il contratto della sua efficacia, e cioè:

(a) la dichiarazione di nullità ai sensi del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 51, art. 30, comma 7, per non avere ricevuto l'avviso della facoltà di recesso entro i sette giorni successivi alla stipula;

(b) la dichiarazione di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., sul presupposto che il contratto integrasse gli estremi d'una truffa penalmente rilevante;

(c) la dichiarazione di annullamento del contratto per dolo determinante;

(d) la dichiarazione di annullamento o di risoluzione del contratto per la violazione da parte della MPS degli obblighi precontrattuali di informazione del cliente e di offerta di prodotti adeguati, ai sensi degli artt. 21, 27, 28 e 29 del Regolamento Consob 1 luglio 1998, n. 11522.

3. Il Tribunale di Mantova, con sentenza 13.7.2005 n. 886, ritenne il contratto stipulato tra il sig. L.D.R.L. e la MPS nullo per violazione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 30, comma 7, ovvero per non essere stato il risparmiatore informato dell'esistenza della facoltà di recesso entro sette giorni dalla stipula.

Condannò, di conseguenza, la MPS a restituire all'attore la somma di Euro 13.635,03.

4. La sentenza venne impugnata dalla MPS dinanzi la Corte d'appello di Brescia.

Il giudice d'appello accolse l'appello con la sentenza 4.11.2010 n. 920.

La Corte d'appello di Brescia escluse che il contratto stipulato tra il sig. L.D.R.L. e la MPS potesse ritenersi nullo per mancanza dell'avviso sul diritto di recesso.

La sentenza di secondo grado fu motivata con un ragionamento così riassumibile:

(a) l'operazione finanziaria oggetto del giudizio era rappresentata dalla giustapposizione di tre diversi contratti: un contratto di mutuo, un contratto di acquisto di obbligazioni ed un contratto di acquisto di quote di un fondo d'investimento;

(b) l'obbligo di informare il risparmiatore del diritto di ripensamento, di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, sussiste soltanto nel caso di stipula fuori sede dei contratti di collocamento di strumenti finanziari. Nel caso di specie, dunque, quell'obbligo informativo doveva essere osservato solo per la vendita delle quote del fondo di investimento "Ducato", e non per la vendita di obbligazioni, e tanto meno per l'erogazione del mutuo;

(c) nel caso di specie, la MPS prima della stipula del contratto di collocamento delle quote del fondo d'investimento aveva fornito al cliente il prospetto informativo, nel quale era contenuta l'informazione sul diritto di ripensamento.

La Corte d'appello soggiunse che l'informazione sul diritto di ripensamento, pur se contenuta nel solo prospetto informativo concernente l'operazione di acquisto di quote di fondo d'investimento, era idonea a salvaguardare l'interesse del risparmiatore: se, infatti, egli avesse scelto di recedere dal contratto di collocamento di strumenti finanziari, l'intera operazione sarebbe venuta meno, a causa della intima connessione dei tre contratti che la componevano.

5. La sentenza della Corte d'appello di Brescia è stata impugnata per cassazione dal sig. L.D.R.L., sulla base di otto motivi. La MPS ha resistito con controricorso; ambo le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c., e partecipato alla discussione in pubblica udienza.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso.

1.1. Col primo motivo di ricorso il ricorrente sostiene che la sentenza impugnata sarebbe incorsa nel vizio di violazione di legge (di cui all'art. 360 c.p.c., n. 3).

Si assume in particolare che essa avrebbe violato il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 30, comma 6, là dove ha ritenuto che la MPS abbia assolto l'onere - previsto dalla legge a pena di nullità - di informare il cliente del diritto di ripensamento.

1.2. Espone, al riguardo, il ricorrente che il piano finanziario "Visione Europa" costituiva uno strumento contrattuale essenzialmente unitario, sebbene composto dalle tre distinte operazioni di finanziamento, acquisto di obbligazioni e sottoscrizione di quote del fondo "Ducato".

Dalla natura unitaria dell'operazione discenderebbe la necessità che l'informazione sull'esistenza del diritto di ripensamento da un lato doveva essere contenuta non già nel prospetto informativo concernente l'acquisto delle quote del fondo "Ducato", ma nel modulo contrattuale relativo all'intero piano finanziario; e dall'altro tale informazione avrebbe dovuto prevedere espressamente che l'esercizio del diritto di ripensamento avrebbe avuto per effetto lo scioglimento dell'intero rapporto contrattuale, e non solo del contratto di acquisto delle quote del fondo d'investimento "Ducato". Saggiunge, infine, il ricorrente che in ogni caso l'obbligo di informare il risparmiatore del diritto di ripensamento sussiste non solo nell'ipotesi di stipula fuori sede di operazioni di collocamento di strumenti finanziari, ma anche nell'ipotesi di vendita fuori sede di obbligazioni, pur essa rientrante nelle operazioni di "collocamento" di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30.

1.3. Il motivo è fondato.

La sentenza della Corte d'appello è incorsa infatti in tre errori di diritto:

(a) avere ritenuto inapplicabile il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7, ai contratti di negoziazione di strumenti finanziari conclusi al di fuori di un servizio di collocamento per conto terzi;

(b) avere escluso che il contratto denominato "Visione Europa" costituisse di per sé e nel suo complesso un servizio di investimento, consistente nella vendita di strumenti finanziari;

(c) avere ritenuto che nell'ambito del contratto denominato "Visione Europa" la banca potesse assolvere il proprio obbligo di informare il cliente del diritto di recesso limitandosi ad inserire la relativa clausola non già nel testo del contratto, ma nel prospetto informativo concernente la sola operazione di vendita di quote del fondo d'investimento.

1.4. Il primo errore commesso dalla Corte d'appello è consistito nella violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7.

Il giudice di secondo grado ha infatti affermato che "la clausola relativa al diritto di ripensamento doveva essere prevista unicamente quanto alla sottoscrizione delle quote del fondo comune di investimento". E poichè il prospetto informativo concernente la suddetta sottoscrizione prevedeva l'informazione sul diritto di recesso, nessuna nullità si era verificata nel caso di specie.

Questa decisione tuttavia non è conforme all'interpretazione che del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7, hanno dato le Sezioni Unite della Corte di cassazione, sia pure in epoca successiva alla pronuncia della Corte bresciana.

1.4.1. Il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7, nel testo applicabile *ratione temporis* prevedeva che nel caso di stipula di contratti di "collocamento di strumenti finanziari" al di fuori della sede del proponente o dell'intermediario, "l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente".

Le Sezioni Unite di questa Corte, componendo il contrasto sorto in seno alla Prima sezione, con sentenza n. 13905 del 03/06/2013 hanno chiarito il senso da attribuire alla norma sopra trascritta.

Essa deve trovare applicazione, attesa la evidente identità di ratio, sia ai contratti stipulati in esecuzione di un contratto di collocamento in senso stretto, stipulato tra l'emittente del titolo e l'intermediario che in tal modo si obbliga alla rivendita di esso al pubblico; sia a tutti gli altri contratti di vendita di strumenti finanziari conclusi nell'ambito di un "servizio di investimento" come definito dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 5.

Tra i "servizi di investimento" di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, citato art. 1, comma 5, rientra anche la vendita per conto proprio o per conto di terzi di obbligazioni D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 3, lett. (b); di quote di fondi comuni d'investimento D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 3, lett. (c), e le combinazioni dei contratti appena ricordati D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 3, lett. (j). Ergo, l'informazione sul diritto di recesso deve essere fornita a pena di nullità anche nel caso di vendita per conto proprio o di terzi di obbligazioni o quote di fondi comuni.

1.4.2. Le Sezioni Unite sono pervenute a tale conclusione sulla base di due argomenti:

- (a) l'interpretazione finalistica;
- (b) l'interpretazione comunitariamente orientata.

Sotto il primo aspetto, le Sezioni Unite hanno ritenuto che lo scopo della norma sul diritto di recesso dell'investitore nel caso di contratti stipulati fuori sede è evitare che esso possa trovarsi vincolato da contratti sui quali non abbia potuto adeguatamente riflettere; adeguata riflessione che deve per contro presumersi già avvenuta quando sia il risparmiatore a recarsi di propria iniziativa nei locali dell'intermediario o della banca (ovvero, come si esprime oggi il D.Lgs. n. 58 del 1998, d'un "soggetto abilitato" a svolgere servizi di investimento).

Questo essendo lo scopo della norma, l'esigenza di tutela da essa sottesa sussiste tanto nell'ipotesi in cui il risparmiatore sia raggiunto, fuori sede, da una proposta contrattuale avente ad oggetto titoli che l'intermediario possiede od acquista da terzi (c.d.

"negoziazione"); quanto nella diversa ipotesi in cui siano offerti in vendita al risparmiatore strumenti finanziari che l'intermediario si sia previamente obbligato nei confronti dell'emittente a "collocare" (ovvero rivendere a terzi, ove si volesse prescindere dal lessema linguisticamente inappropriato coniato dalla prassi e prescelto dal legislatore, il quale etimologicamente deriva da locus, e non esprime un concetto di trasferimento, ma il ben diverso concetto di "assegnare", "attribuire", "sistemare").

Sotto il secondo aspetto (l'interpretazione "comunitariamente orientata") le Sezioni Unite di questa Corte hanno osservato come anche a prescindere dalla ratio del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7, comunque non vi può essere dubbio che la lettera di essa sia ambigua. Infatti, se si aderisse alla tesi restrittiva (secondo cui l'obbligo di informazione varrebbe solo per i contratti stipulati nell'ambito di servizi di collocamento), dovrebbe pervenirsi alla inaccettabile conclusione che il legislatore avrebbe usato il lemma "collocamento" con significati diversi nel primo e nel settimo comma della norma in esame.

Di fronte a questa ambiguità, ed al cospetto di interpretazioni divergenti ma tutte teoricamente consentite dal testo della norma, l'interprete - proseguono le SS.UU. - ha l'obbligo di adottare l'interpretazione maggiormente coerente con i precetti del diritto comunitario. E poichè l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce il principio per cui è compiuto dell'Unione garantire "un livello elevato di protezione dei consumatori", tra due interpretazioni alternative ed ambedue plausibili sul piano letterale, l'interprete ha il dovere di preferire quella in grado di apprestare un più elevato livello di protezione al risparmiatore.

1.4.3. Questa Sezione condivide e ribadisce la lettura del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7, compiuta dalle Sezioni Unite, e ritiene che anche ulteriori ragioni ostino all'accoglimento dell'interpretazione adottata dalla sentenza qui impugnata.

Se, infatti, si interpretasse il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, nel restrittivo senso fatto proprio dalla Corte d'appello, esso sarebbe di fatto inapplicabile.

La norma, infatti, accorda al risparmiatore il diritto di recesso dai "contratti di collocamento". Ma contratti di collocamento in senso tecnico sono soltanto gli accordi tra intermediario ed emittente, e nei rapporti tra investitori professionali il diritto di recesso è espressamente escluso dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 2.

Da ciò discendono due conseguenze sul piano della logica formale.

La prima è che l'adesione alla lettura restrittiva del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, renderebbe la norma inutile, perchè non potrebbe darsi alcun caso in cui un "contratto di collocamento" sia stipulato tra l'emittente ed un risparmiatore. Ed il canone interpretativo dell'interpretazione utile vieta all'interprete di adottare soluzioni ermeneutiche che annullino la portata precettiva della norma.

La seconda conseguenza è che l'interpretazione qui contestata pretende di interpretare la medesima norma con diverso rigore sintattico a seconda del fine cui è preordinata l'interpretazione.

Quando si tratta di escludere che il diritto di recesso si applichi ai contratti di negoziazione di titoli, si assume che il legislatore abbia usato un lessico rigoroso e tecnico, e che pertanto il recesso non spetti nel caso di negoziazione perchè quest'ultima è contratto ben diverso da quello di collocamento.

Quando, invece, si tratta di replicare all'obiezione secondo cui il contratto di "collocamento di strumenti finanziari" è quello stipulato tra emittente e intermediario (sicchè la norma non potrebbe essere interpretata in senso stretto a pena di inapplicabilità), l'orientamento qui in contestazione ammette che l'espressione "collocamento di strumenti finanziari" sia stata usata nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, in senso atecnico.

La tesi qui in contestazione, in definitiva, perviene all'inaccettabile risultato di usare due pesi e due misure nell'interpretare il medesimo lemma, ritenendo a certi fini che sia stato usato in modo calzante, e ad altri fini che sia stato usato in modo atecnico e generico.

1.5. Il secondo errore in iure commesso dalla Corte d'appello è stato il ritenere che il contratto denominato "Visione Europa" non costituisca di per sè e nel suo complesso un servizio di investimento, consistente nella vendita di strumenti finanziari, e che pertanto l'informazione sul recesso potesse legittimamente essere contenuta nel solo prospetto informativo concernente l'operazione di acquisto di quote del fondo d'investimento "Ducato".

1.5.1. Si sono già descritte supra, al p. 2 dello "Svolgimento del processo", le caratteristiche del contratto in esame, che non sono in contestazione tra le parti.

A parte varie ipotesi di nullità di singole clausole che non rilevano in questa sede (si veda, a mero titolo d'esempio, l'art. 6 della Sezione 2^a, il quale prevedendo che gli eredi del risparmiatore siano obbligati "con vincolo di solidarietà ed indivisibilità" verso la banca contiene un palese patto successorio, nullo ai sensi dell'art. 458 c.c.), ai fini che in questa sede rilevano, le caratteristiche essenziali dell'operazione consistevano in una stretta ed indissolubile connessione tra le tre operazioni nelle quali il contratto formalmente si scomponiva.

Ed infatti:

(a) il finanziamento formalmente concesso dalla banca al risparmiatore non poteva essere utilizzato per altro scopo che l'acquisto dei titoli (e solo di quei titoli) già predeterminati dalla banca;

(b) il risparmiatore non aveva alcuna possibilità di scelta dei titoli da acquistare;

(c) nessun effettivo passaggio di denaro avveniva di fatto dalla banca verso il risparmiatore, posto che la prima si obbligava formalmente ad usare proprio denaro per acquistare per conto del cliente proprie obbligazioni e quote di un fondo istituito da una propria controllata;

(d) il cliente non acquisiva nemmeno il possesso dei titoli sub (c, i quali venivano immediatamente costituiti in pegno a favore della banca ed a garanzia della restituzione del finanziamento.

1.5.2. Un contratto che presenti le caratteristiche appena descritte è un contratto unitario, perchè unitaria ne fu la causa. E ciò tanto nell'ipotesi in cui si volesse intendere tale nozione in senso astratto come "funzione economico-sociale del contratto"; quanto nell'ipotesi in cui la si volesse intendere in senso concreto quale scopo avuto di mira dai contraenti (questione sulla quale non mette conto in questa sede intervenire), come già ritenuto da questa Corte in fattispecie identica (Sez. 1, Sentenza n. 1584 del 03/02/2012, Rv. 622621).

622621).

Ed infatti ove si intendesse la causa negoziale nel senso tradizionale di "funzione economico-sociale" del contratto, è agevole rilevare che il contratto "Visione Europa" si fonda su un *do ut facias*, in virtù del quale il risparmiatore si obbligava a pagare 61 rate in 15 anni, e la banca ad acquistare titoli remunerativi i cui frutti sarebbero andati a pro del cliente. Questo era il nucleo dell'operazione, e la sua scomposizione in tre contratti non è che fittizia ed apparente, e come tale giuridicamente irrilevante, alla luce del secolare principio *plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur*.

Ove, per contro, si intendesse la causa quale scopo concreto avuto di mira dalle parti, secondo il più recente orientamento di questa Corte (ex aliis, Sez. 3, Sentenza n. 23941 del 12/11/2009, Rv. 610016; Sez. 3, Sentenza n. 10490 del 08/05/2006, Rv. 592154), il contratto "Visione Europa" non cesserebbe per ciò solo di costituire un negozio unitario. Scopo concreto delle parti fu infatti quello, con ogni evidenza, di garantire una remunerazione ai risparmi dell'investitore, e quindi uno scopo di investimento.

Scopo di investimento che, è bene ricordare, non può mai sottrarre il contratto che lo persegue alla disciplina dettata dal D.Lgs. n. 58 del 1998 sol perchè le parti lo abbiano qualificato in altre e talora fantasiose guise, atteso che la nozione di contratto di investimento costituisce uno schema atipico, la quale comprende "ogni forma di investimento finanziario, ai sensi del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 1, comma 1, lett. u), riflettendo la natura aperta ed a tecnica di prodotto finanziario, la quale rappresenta la risposta legislativa alla creatività del mercato ed alla molteplicità degli strumenti offerti al pubblico, nonchè all'esigenza di tutela degli investitori" (sono parole, qui pienamente condivise, di Sez. 2, Sentenza n. 2736 del 05/02/2013, Rv. 625071).

625071).

Nel caso di specie non ci troviamo dunque al cospetto di un collegamento negoziale (genetico o funzionale che fosse), perchè le singole operazioni previste per raggiungere lo scopo finale

625071).

Nel caso di specie non ci troviamo dunque al cospetto di un collegamento negoziale (genetico o funzionale che fosse), perchè le singole operazioni previste per raggiungere lo scopo finale

dell'investimento non avevano alcuna autonomia concettuale, giuridica o pratica. Non solo, infatti, esse erano tutte coessenziali al conseguimento dello scopo (elemento ovviamente sussistente anche nelle ipotesi di collegamento negoziale di tipo funzionale), ma ciascuna di esse era altresì inutile ed inconcepibile senza la contestuale stipula delle altre.

1.5.3. Pertanto, avendo il contratto "Visione Europa" natura e funzione unitaria, e costituendo per quanto già detto un "servizio di investimento" ai fini di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, esso avrebbe dovuto prevedere nelle sue condizioni generali, a pena di nullità, l'informazione al cliente dell'esistenza del diritto di recesso.

1.6. Vi è stato infine, come accennato, un terzo *error iuris* nella decisione impugnata.

La Corte d'appello di Brescia, con motivazione ad *abundantiam* (aveva infatti ritenuto non necessaria l'informazione sul diritto di recesso data la natura del contratto, e ciò sarebbe bastato per accogliere il gravame sul punto), ha ritenuto di soggiungere che comunque nel caso di specie l'onere informativo a carico della MPS era stato da questa adempiuto.

L'informazione sul diritto di recesso era infatti contenuta nel prospetto informativo concernente l'acquisto delle quote del fondo di investimento, ed "in relazione all'inscindibilità dei componenti della proposta e delle modalità attuabile (...) l'esercizio del diritto di ripensamento previsto quanto alla sottoscrizione di quote del fondo di investimento avrebbe necessariamente travolto tutta la proposta".

Sicché - questa sembra essere la conclusione implicita, ma chiara, della Corte d'appello - l'informazione sul recesso contenuta nel prospetto informativo concernente il fondo "Ducato" bastava a salvare dalla nullità l'intera operazione.

Tale affermazione non può essere condivisa per due indipendenti ragioni.

1.6.1. La prima ragione è che il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7, impone che l'informazione sulla facoltà di recesso sia contenuta nei "moduli o formulari" dei contratti stipulati fuori sede.

L'espressione "moduli o formulari" compare due volte nel codice civile: nell'art. 1342 c.c., il quale stabilisce che nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse; e nell'art. 1370 c.c., il quale stabilisce che le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

Le due norme rendono edotti che i "moduli e formulari" di cui in esse si fa menzione non coincidono con le condizioni generali di contratto, ma costituiscono il documento nel quale è consacrato il testo contrattuale: quello, per intenderci, destinato alla sottoscrizione per adesione. Questi principi generali vanno coordinati, nella nostra materia, con le previsioni del D.Lgs. n. 58 del 1998 e dei regolamenti amministrativi che l'hanno attuato od integrato.

A livello della fonte primaria viene in rilievo il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, il quale prescrive che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento "sono redatti per iscritto" a pena di nullità. A livello della fonte secondaria viene in rilievo la Delib. Consob 1 luglio 1998, n. 11522, art. 36 (nel testo applicabile *ratione temporis*, e cioè dopo le modifiche introdotte dall'art. unico della Delib. Consob 1 marzo 2000, n. 12409, e prima dell'abrogazione disposta dall'art. 113, comma 7, della Delib. Consob 29 ottobre 2007, n. 16190), il quale stabiliva all'epoca dei fatti che nel caso di offerta fuori sede di strumenti finanziari all'investitore devono essere consegnati sia "i documenti contrattuali per la fornitura dei servizi di investimento", sia il "documento di acquisto o di sottoscrizione" degli strumenti finanziari.

Nel nostro caso, in virtù della già illustrata natura unitaria del contratto "Visione Europa", è dunque evidente che il "modulo o formulario" cui fa riferimento il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 7, è costituito, alternativamente:

(a) o dal documento che esprime ex art. 1321 c.c. l'accordo sull'intera operazione di finanziamento, ai sensi del D.Lgs. n. 258 del 1998, art. 23;

(b) ovvero dal documento che ne illustra il contenuto e le condizioni generali, ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. (b), Reg. Consob 11522/98. L'informazione contenuta nel prospetto informativo relativo all'acquisto di quote di fondi comuni non è dunque idonea a soddisfare l'onere posto a carico dell'intermediario dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, perchè quel prospetto - relativo ad un solo segmento dell'operazione finanziaria - non può farsi rientrare tra i "moduli o formulari" di cui è menzione nell'art. 30 cit., posto che - per quanto detto - per tali devono intendersi quelli riguardanti il complesso dell'operazione, e non un frammento di essa.

1.6.2. V'è poi, come accennato, una seconda ed indipendente ragione per la quale l'inserimento dell'informazione sul recesso nel solo prospetto informativo concernente l'acquisto delle quote del fondo comune non soddisfa l'onere imposto dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, e non salva dalla nullità l'intero contratto: e tale ragione consiste nella violazione dell'obbligo di chiarezza.

Le regole tanto comunitarie, quanto nazionali, che disciplinano il contenuto e la forma dei contratti di investimento impongono all'intermediario ed all'emittente il dovere del dare loqui, ovvero di "parlare chiaro".

Il dovere di chiarezza è imposto, in primo luogo, dal diritto comunitario. Lo era all'epoca dei fatti di causa (2000), per effetto dell'art. 11 della Direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, il quale imponeva agli Stati membri l'obbligo di prevedere a carico delle "imprese di investimento" il duplice obbligo sia di "agire in modo leale ed equo"; sia di "trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell'ambito dei negoziati con i suoi clienti". Ed ovviamente va da sé che una informazione "adeguata" non può non essere anche "chiara", per la contraddizione che non lo consente.

Dovere di chiarezza, vale la pena aggiungere, ribadito e rafforzato dall'art. 19, comma 2, della Direttiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004 (c.d. "Direttiva MiFID"), il quale stabilisce che "tutte le informazioni (...) indirizzate dalle imprese di investimento a clienti (...) sono corrette, chiare e non fuorvianti".

Tali principi sono ribaditi, a livello di legislazione nazionale, in primo luogo dagli artt. 1175 e 1375 c.c., i quali pacificamente pongono a carico dei contraenti un obbligo di informazione e chiarezza. In secondo luogo, l'obbligo di chiarezza dei testi contrattuali è desumibile sia dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, nella parte in cui impone agli intermediari di "operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati"; sia dal Regolamento Consob 11522/98 e dall'Allegato 7 ad esso, ove si impone all'intermediario di "illustrare all'investitore in modo chiaro ed esauriente (...) gli elementi essenziali dell'operazione, del servizio o del prodotto".

Il dovere di chiarezza ovviamente non è fine a sé stesso: esso è un corollario indefettibile del dovere di informazione, e l'uno e l'altro hanno lo scopo di colmare le "asimmetrie informative" tra risparmiatore ed intermediario.

L'uno, infatti, è titolare del diritto di scegliere se, come, quando e quanto investire dei propri risparmi; ma di norma non è in possesso delle nozioni che gli consentano di effettuare tali scelte con cognizione di causa. L'altro possiede tali nozioni, ma non è titolare del diritto di disporre dei risparmi del cliente.

Il risparmiatore è dunque titolare di un diritto il cui corretto e proficuo esercizio dipende dal possesso di informazioni che gli debbono essere fornite da altri. Un esercizio, quindi, che esige un "consenso informato".

L'obbligo di informazione si ridurrebbe tuttavia ad una lustra se, come non di rado avviene nella prassi, fosse assolto in modo puramente formale. Ad esempio, attraverso la sottoposizione al risparmiatore di proflui di documenti disseminati di tecnicismi e solecismi, senza che alcuno si prenda la briga di fargliene chiaro il senso. Adempiuto in tal guisa, l'obbligo di informazione non potrebbe mai raggiungere lo scopo di consentire al risparmiatore una scelta consapevole: e dunque non potrebbe dirsi davvero adempiuto.

Un testo contrattuale non chiaro è un testo che non informa; ed un testo che non informa non mette il risparmiatore in condizione di prestare un valido consenso informato.

Il requisito di chiarezza prescritto dalle norme sopra ricordate può mancare sia sul piano morfologico (ad esempio, impiego di lemmi di uso non comune); sia sul piano sintattico (ad esempio, per l'adozione di periodi oscuri, rinvii, ipotassi, anacoluti).

Sul piano sintattico la forma più tipica di mancanza di chiarezza è l'ambiguità, ovvero la possibilità che il testo sia interpretato in modi alternativi e divergenti.

Si applichino ora i seguenti principi al caso di specie.

Il contratto "Visione Europa" non conteneva alcuna informazione sul diritto di recesso.

Il prospetto informativo sull'acquisto delle quote del fondo "Ducato", che costituiva come già detto un segmento soltanto dell'intera operazione di investimento, conteneva quell'avviso, ovviamente riferito alla sola facoltà di recedere dall'acquisto delle quote del fondo.

Un simile testo contrattuale è di per sé ambiguo. Esso lasciava infatti al risparmiatore il dubbio se il diritto di recesso avrebbe riguardato solo l'investimento in quote del fondo, ovvero l'intera operazione; nè può esigersi dal risparmiatore che questi provveda di per sé ad un'analisi del testo contrattuale alla

luce della legislazione comunitaria e della giurisprudenza, per trarne le necessarie informazioni sulla portata del diritto di recesso.

Da quanto esposto consegue che, anche ad ammettere che la MPS abbia fornito l'informazione sul diritto di recesso, essa non l'ha fatto in modo chiaro, e dunque la suddetta informazione è tamquam non esset.

2. I rilievi svolti dalla MPS nel controricorso e nella memoria ex art. 378 c.p.c. non scalfiscono le osservazioni che precedono. La maggior parte di essi trova risposta in quanto già esposto; agli ulteriori rilievi svolti dalla MPS va replicato che:

(a) stupefacente, prima ancora che infondata, è l'affermazione secondo cui le singole operazioni che componevano il contratto "Visione Europa" restavano "nettamente distinte e separate tra loro" (così il controricorso, pag. 9), alla luce delle caratteristiche del contratto come descritte al p. 2 dello "Svolgimento del processo", ed al p.1.5.1 dei "Motivi della decisione";

(b) che l'attività svolta dalla MPS nei confronti del sig. L. D.R.L. non potesse qualificarsi come "attività di collocamento" (a prescindere da qualsiasi giudizio su tale affermazione, di cui a pag. 10 del controricorso) è irrilevante, posto che per quanto detto l'obbligo di informazione sul diritto di recesso riguarda anche i contratti stipulati al di fuori dei servizi di collocamento in senso stretto;

(c) la MPS non era affatto un "intermediario negoziatore" (come si afferma, richiamando giurisprudenza di merito, a pag. 13 del controricorso), se non da un punto di vista puramente formale, per l'ovvia considerazione che in attuazione del contratto "Visione Europa" il cliente poteva acquistare solo quei determinati titoli, e tutti emessi dalla stessa MPS o da società del gruppo;

(d) singolare è poi il capovolgimento dei rapporti fra legge e cittadini nell'affermazione compiuta a pag. 6 della memoria ex art. 378 c.p.c. della MPS, secondo cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione, stabilendo che il diritto di recesso D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 30, comma 7, si applichi anche ai contratti di negoziazione, "si sono poste in aperta antitesi con la prassi consolidata degli intermediari", posto che è la prassi commerciale a doversi adeguare alla legge per come interpretata dall'organo giurisdizionale di vertice, e non il contrario;

(e) la MPS ha poi sostenuto che l'applicazione della sospensione D.Lgs. n. 58 del 1998, ex art. 30, comma 6, ai contratti di negoziazione impedirebbe l'esecuzione immediata dell'ordine del cliente, con i conseguenti rischi di fluttuazioni legate alle oscillazioni dei valori di riferimento (monetari, azionari o di altro tipo; così la memoria ex art. 378 c.p.c., pag. 8); tale rilievo è inconferente nel presente giudizio, nel quale il contratto non prevedeva una esecuzione immediata, e comunque è superato dall'osservazione svolta dalle Sezioni Unite nella sentenza sopra ricordata, secondo cui - ammesso che di inconveniente si tratti - esso è il necessario prezzo da pagare per salvaguardare il superiore principio di tutela del risparmiatore.

3. Infine, alle pagg. 10 e ss. della memoria ex art. 378 c.p.c., la MPS ha sostenuto che la correttezza del principio affermato dalla sentenza impugnata è stata ora esplicitamente confermata dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, art. 56 quater (convertito, con modificazioni, nella L. 9 agosto 2013, n. 98, c.d. "decreto del fare").

Questa norma ha infatti inserito una interpolazione nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, la quale così recita: "ferma restando l'applicazione della disciplina di cui al primo e al secondo periodo ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, lett. c), c- bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere dal 1 settembre 2013 la medesima disciplina si applica anche ai servizi di investimento di cui all'art. 1, comma 5, lett. a)".

Il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 5, lett. (a) prevede un solo tipo di "servizi di investimento", e cioè la negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari.

La MPS interpreta dunque la norma appena trascritta nel senso che essa avrebbe introdotto un discrimine:

(a) le vendite di strumenti finanziari per conto proprio, stipulate fuori sede a partire dal 1.9.2013 debbono contenere, a pena di nullità, l'informazione sul diritto di recesso del risparmiatore;

(b) le vendite di strumenti finanziari per conto proprio, stipulate fuori sede fino al 31.8.2013 non debbono contenere, a pena di nullità, l'informazione sul diritto di recesso del risparmiatore.

La norma, soggiunge la MPS, avrebbe natura di norma interpretativa;

essa sarebbe di conseguenza retroattiva, ed ha avuto il solo scopo di dissipare i dubbi su quale fosse la volontà del legislatore allorchè scrisse il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6.

3.1. La lettura che la controricorrente MPS invoca del D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater non può essere condivisa. La suddetta norma, infatti, non ha natura interpretativa.

Depongono univocamente in tal senso l'interpretazione logica, quella finalistica e quella costituzionalmente orientata.

3.2. Dal punto di vista dell'interpretazione logica, va rilevato come il precetto contenuto nel D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater affermi che il diritto di recesso si applica ai contratti di negoziazione titoli stipulati dopo il 1.9.2013.

La norma non nega il contrario, e cioè che il diritto di recesso non si applichi ai contratti stipulati prima di tale data.

Ci troviamo dunque dinanzi ad una norma che afferma il precetto "A", ma non nega affatto il precetto "non-A".

Se il legislatore avesse davvero inteso escludere il diritto di recesso per i contratti stipulati prima di settembre 2013, non avrebbe dovuto stabilire che il diritto "A" si applica ai contratti stipulati dopo: avrebbe dovuto sancire che il diritto "A" non si applica ai contratti stipulati prima.

Sul piano della logica formale ne discende una importante conseguenza.

La regola ermeneutica classica dell'*inclusio unius, exclusio alterius*, trova applicazione quando la norma scelga tra due soluzioni possibili e tra loro alternative, cioè legate da un nesso di esclusione reciproca. Così, ad esempio, una norma che sancisse l'invalidità dei contratti stipulati dopo una certa data non consente dubbi sul fatto che quei contratti non possano essere efficaci.

Non è questo il nostro caso. Individuato il discrimine temporale del 1.9.2013, la legge dichiara che ai contratti dopo tale data si applica il diritto di recesso: ma tale affermazione non è legata da un nesso di esclusione reciproca rispetto al suo contrario: e cioè che ai contratti stipulati prima di tale data il diritto di recesso non si applichi.

Nel nostro caso dunque delle quattro soluzioni teoricamente possibili del problema, e cioè:

- (a) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati prima di settembre, ma non a quelli dopo;
- (b) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati dopo settembre, ma non a quelli prima;
- (c) il diritto di recesso si applica ai contratti stipulati sia prima che dopo settembre;
- (d) il diritto di recesso non si applica nè ai contratti stipulati prima di settembre, nè a quelli stipulati dopo;

la lettera della legge per come è stata concepita consente di escludere con certezza la prima e l'ultima, ma lascia impregiudicate le altre due.

3.3. Sul piano dell'interpretazione finalistica, la controricorrente MPS da per scontato che il legislatore sia intervenuto col D.L. n. 69 del 2013 per ristabilire una situazione di certezza, la quale sarebbe venuta meno in seguito all'intervento delle Sezioni Unite (così la memoria ex art. 378 c.p.c., pag. 12).

Questa lettura della nuova norma non ha alcuna solida base. Il presupposto che legittima l'intervento del legislatore attraverso una norma di interpretazione autentica è la situazione di incertezza che il legislatore intende eliminare.

Nel nostro ordinamento questa situazione di incertezza non solo non esisteva, ma anzi era stata esclusa proprio dall'intervento delle Sezioni Unite, cui l'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario attribuisce il compito di rimuoverle, le incertezze, e non di crearle. Nè, ovviamente, potrebbe spacciarsi per "incertezza del diritto" l'eventuale malumore ingenerato da una decisione della Corte di cassazione confliggente con (pur legittimi) interessi od aspettative privati.

Dunque il D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater non può ritenersi una norma interpretativa perchè dell'interpretazione autentica mancava il primo e principale presupposto, ovvero la possibilità di letture contrastanti. Possibilità venuta meno proprio in seguito all'intervento delle Sezioni Unite più volte ricordato, alla luce del combinato disposto degli artt. 65 ord. giud. e 374 c.p.c..

3.4. Oltre che per la mancanza del presupposto della oggettiva incertezza, l'art. 56 quater d.l. cit. non può essere qualificato come "norma interpretativa" nemmeno alla luce dei lavori preparatori, che non contengono alcuna indicazione in tal senso. Anzi, se mai vi fu norma oscura nella genesi e negli intenti, questa è il D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater.

Non presente nel testo originario del decreto presentato alle Camere per la conversione in legge, la norma di cui si discorre fu introdotta nel corso dell'esame al Senato (dopo che già l'altro ramo del Parlamento aveva approvato il disegno di legge di conversione del decreto), per effetto dell'emendamento 56-ter.0.1000 presentato dal Governo.

Durante l'esame dinanzi alle Commissioni 1^a e 5^a riunite del Senato, l'emendamento venne esaminato nella 10^a seduta, svoltasi lunedì 5 agosto 2013.

In quella seduta nessuno si peritò di illustrare l'emendamento di cui si discorre; nessuno ne spiegò il senso o gli scopi, nessuno ne rese manifesta l'utilità. Dal resoconto della seduta si apprende unicamente che a un certo punto venne "posto in votazione, con il parere favorevole dei relatori, l'emendamento 56-ter.0.1000, che è accolto" (cfr. resoconto sommario n. 5 del 5.8.2013).

Non diverso fu l'iter di approvazione della norma in esame da parte dell'assemblea. Nella 91^a seduta pubblica del 7.8.2013 nè il governo, nè alcun Senatore ha illustrato senso, scopi e ragione della nuova norma. Si legge infatti nel resoconto stenografico n. 91 del 7.8.2013: "PRESIDENTE. Passiamo alla votazione dell'emendamento 56-ter.0.1000. Votazione nominale con scrutinio simultaneo.

PRESIDENTE. Indico la votazione nominale con scrutinio simultaneo, mediante procedimento elettronico, dell'emendamento 56-ter.0.1000, presentato dalle Commissioni riunite. Dichiaro aperta la votazione.

(Segue la votazione). Il Senato approva".

Il giorno dopo il D.D.L. di conversione del D.L. n. 69 del 2013 passò (per la seconda volta) alla Camera, dove l'intera discussione verte unicamente sulla bizzarra circostanza che il testo del D.D.L. trasmesso alla Camera non coincideva con quello approvato dal Senato.

Nè nel resoconto stenografico dell'Assemblea relativo alla seduta n. 68 di giovedì 8 agosto 2013; nè in quello n. 69 di venerdì 9 agosto 2013 si rinviene un solo intervento, del relatore o d'altri, che spieghi lo scopo dell'emendamento.

Questo essendo stato l'iter di formazione del D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater, non è chiaro donde la controricorrente tragga la convinzione che la norma sia stata approvata per "ristabilire la certezza", a suo dire infranta dall'intervento delle Sezioni Unite. E comunque, a tutto concedere, in ogni caso "l'intenzione del legislatore" di cui è menzione nell'art. 12 preleggi va intesa - per risalente tradizione - come volontà oggettiva della norma (c.d.

voluntas legis), e non certo come volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa (c.d. *voluntas legislatoris*) (ex multis, Sez. 3, Sentenza n. 3550 del 21/05/1988, Rv. 458871; Sez. I, Sentenza n. 3276 del 08/06/1979, Rv. 399660; Sez. 2, Sentenza n. 1955 del 19/05/1975, Rv. 375656; Sez. 1, Sentenza n. 937 del 13/03/1975, Rv. 374322).

Infine, e sempre con riferimento all'intenzione del legislatore, è appena il caso di rilevare che gli atti normativi debbono presumersi voluti dal legislatore in senso conforme alle regole ed ai principi dell'ordinamento: sicchè non può certo presumersi che il Governo, con l'emendamento introduttivo del D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater, abbia avuto il poco commendevole intento di porre in non cale una sentenza delle Sezioni Unite, e scardinare in tal modo il principio di separazione tra i poteri dello Stato.

3.5. Il D.L. n. 69 del 2013, art. 56 quater, in secondo luogo, non può essere considerato una norma di interpretazione autentica in base all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Se, infatti, la norma in esame si interpretasse nel senso propugnato dalla controricorrente, essa entrerebbe in conflitto con molteplici precetti di rango costituzionale.

In primo luogo, l'interpretazione qui contestata si porrebbe in conflitto con l'art. 47 Cost., comma 1, nella parte in cui introdurrebbe un regime di favore per gli istituti di credito i quali abbiano stipulato contratti di negoziazione titoli fuori sede prima del 1.9.2013.

La suddetta distinzione inoltre, essendo rimasto immutato il resto della norma, sarebbe difficilmente compatibile col principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., posto che non esiste alcuna circostanza idonea a giustificare una più solida tutela per i risparmiatori che abbiano stipulato i loro contratti dopo una certa data, rispetto a quelli che l'abbiano fatto prima.

In terzo luogo, l'interpretazione caldeggiata dalla MPS potrebbe porre la norma in contrasto con gli artt. 101 e 104 Cost., nella parte in cui finirebbe per vanificare con effetto retroattivo il dictum delle Sezioni Unite già più volte ricordato.

4. La sentenza impugnata deve, in definitiva, essere cassata con rinvio sulla base dei seguenti principi di diritto:

(A) L'operazione finanziaria consistente nell'erogazione al cliente, da parte d'una banca, d'un mutuo contestualmente impiegato per acquistare per conto del cliente strumenti finanziari predeterminati ed emessi dalla banca stessa, a loro volta contestualmente costituiti in pegno in favore della banca a garanzia della restituzione del finanziamento, da vita ad un contratto atipico unico ed unitario, la cui

causa concreta risiede nella realizzazione di un lucro finanziario, e che va sussunto tra i "servizi di investimento" di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 1, comma 5.

(B) Il diritto di recesso previsto in favore del risparmiatore dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 30, comma 7, nel caso di contratti stipulati fuori sede si applica sia nel caso di vendita di strumenti finanziari per i quali l'intermediario ha assunto un obbligo di collocamento nei confronti dell'emittente) sia nel caso di mera negoziazione di titoli.

(C) Il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, art. 56 quater, il quale - novellando il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 30, comma 6, - ha previsto che il diritto di recesso del risparmiatore dai contratti di investimento stipulati fuori sede spetti anche nel caso di operazioni di negoziazione di titoli per conto proprio stipulate dopo il 1 settembre 2013 non è una norma di interpretazione autentica, e non ha avuto l'effetto di sanare l'eventuale nullità dei suddetti contratti, se privi dell'avviso al risparmiatore dell'esistenza del diritto di recesso e stipulati prima del 1 settembre 2013.

Il giudice del rinvio provvederà, una volta applicati i suddetti principi, a statuire sulle domande restitutorie scaturenti dalla nullità del contratto.

4. Gli altri motivi di ricorso.

4.1. Gli ulteriori motivi di ricorso proposti dal ricorrente restano assorbiti dall'accoglimento del primo.

5. Le spese.

Le spese del giudizio di legittimità e dei gradi precedenti di merito saranno liquidate dal giudice del rinvio, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., comma 3.

PQM

P.Q.M.

la Corte di cassazione, visto l'art. 383 c.p.c., comma 1:

-) accoglie il primo motivo di ricorso; dichiara assorbiti gli altri;
-) cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa ad altra sezione della Corte d'appello di Brescia;
-) rimette al giudice del rinvio la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità e di quelle dei gradi di merito.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 11 febbraio 2014.

Depositato in Cancelleria il 3 aprile 2014

Promotore finanziario

ASSERITI FATTI ILLECITI DEL PROMOTORE – ONERE DELLA PROVA A CARICO DEL CLIENTE – CHIAMATA IN CAUSA DELLA BANCA – NECESSITA' DI DIMOSTRARE IL NESSO DI CAUSALITA' – ASSENZA DI PROVE – RESPONSABILITA' SOLIDALE DELL'INTERMEDIARIO - ESCLUSIONE

CASSAZIONE CIVILE, Sezione III, 23 maggio 2014, sentenza n. 11524

In tema di contratti di intermediazione finanziaria, onde pervenire all'affermazione della responsabilità solidale del promotore e dell'intermediario per i danni subiti dall'investitore a causa della condotta del primo, occorre che l'investitore dia prova, non soltanto dell'inadempimento da parte del promotore e/o dell'intermediario finanziario di obbligazioni nascenti dal contratto o dalla legge poste a sua tutela, ma anche del danno e del nesso di causalità tra questo e il dedotto inadempimento. In particolare, l'affermazione di responsabilità non può conseguire alla sola diversificazione degli investimenti, concordata con l'investitore, pur in presenza dell'obbligo del promotore di svolgere la attività esclusivamente per conto e nell'interesse soltanto di una società di intermediazione mobiliare.

È quanto statuito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 11524 del 23-5-2014 nell'ambito di una controversia promossa dall'investitore nei confronti di un intermediario finanziario e di un promotore finanziario, per vedere risarciti i danni conseguenti alla perdita monetaria patita nell'ambito di un rapporto intrattenuto dall'investitore.

I Giudici di legittimità hanno escluso la responsabilità solidale dell'intermediario per i danni asseritamente arrecati dal promotore finanziario, non ritenendo provata – da parte dell'investitore – l'illiceità della condotta del promotore, né indicate le ragioni per le quali il danno lamentato, derivante dall'esito negativo degli investimenti, sia stato provocato dalla violazione da parte del promotore delle regole di comportamento poste a tutela dei risparmiatori.

(cfr. sentenza di seguito riportata)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RUSSO Libertino Alberto - Presidente -
Dott. AMBROSIO Annamaria - Consigliere -
Dott. SESTINI Danilo - Consigliere -
Dott. RUBINO Lina - Consigliere -
Dott. BARRECA Giuseppina Luciana - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 24953/2010 proposto da:

F.A.M. (OMISSIS), elettivamente domiciliata
in ROMA, VIA FONTANELLA BORGHESE 72, presso lo studio dell'avvocato
VOLTAGGIO ANTONIO, che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato VOLTAGGIO PAOLO giusta procura in calce;

- ricorrente -

contro

ALLIANZ BANK FINANCIAL ADVISORS SPA GIA' RAS BANK SPA, DIVAL SIM SPA
(OMISSIS) in persona dei suoi Procuratori speciali Avv.
S.D. e Dott. FR.FE., elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA PANAMA 88, presso lo studio dell'avvocato
SPADAFORA GIORGIO, che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato ARMENIO SALVATORE giusta procura speciale a margine;

- controricorrente -

e contro

C.A.C. (OMISSIS), A.
C. (OMISSIS), A.S. (OMISSIS);

- intimati -

Nonchè da:

C.A.C. (OMISSIS), A.
C.M.C. (OMISSIS), A.S.

(OMISSIS), elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE ANGELICO
32, presso lo studio dell'avvocato GIACCHI CORRADO, che le
rappresenta e difende giusta procura speciale in calce;

- ricorrenti incidentali -

contro

ALLIANZ BANK FINANCIAL ADVISORS SPA GIA' RAS BANK SPA, DIVAL SIM SPA
(OMISSIS) in persona dei suoi Procuratori speciali Avv.
S.D. e Dott. FR.FE., elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA PANAMA 88, presso lo studio dell'avvocato
SPADAFORA GIORGIO, che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato ARMENIO SALVATORE giusta procura speciale a margine;

- controricorrente all'incidentale -

e contro

F.A.M. (OMISSIS);

- intimata -

avverso la sentenza n. 3416/2009 della CORTE D'APPELLO di ROMA,

depositata il 10/09/2009, R.G.N. 7413/2004;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
18/02/2014 dal Consigliere Dott. GIUSEPPINA LUCIANA BARRECA;
udito l'Avvocato PAOLO VOLTAGGIO;
udito l'Avvocato ANTONIO MANGANIELLO per delega;
udito l'Avvocato CORRADO GIACCHI;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
VELARDI Maurizio, che ha concluso per l'inammissibilità in subordine
rigetto del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale
condizionato.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Con la decisione ora impugnata, pubblicata il 10 settembre 2009, la Corte d'Appello di Roma, in riforma della sentenza di primo grado, ha rigettato la domanda formulata da F.A.M. contro la società Dival Sim S.p.A. (poi Rasbank S.p.A.), nonché contro le eredi di A.D.. L'attrice in primo grado aveva dedotto che lei stessa ed il padre, ing. F.F., si erano avvalsi, sin dal 1984, dell'opera professionale della Dival, società di intermediazione finanziaria, e del suo promotore finanziario, A.D., per eseguire consistenti investimenti finanziari; che, dopo la morte del padre, l' A. le aveva consegnato due prospetti riepilogativi ("situazione investimenti"), intestati alla Dival, dai quali si evincevano investimenti per oltre tre miliardi di lire; che, invece, a seguito della morte dell' A., aveva appreso che risultavano investimenti con la Dival soltanto per lire 900.000.000, mentre non vi erano documenti relativi alla parte restante, di circa lire 2.500.000.000. Aveva quindi sostenuto che di questa maggior somma avrebbe dovuto rispondere la Dival per il fatto del suo promotore e che in solido erano tenuti anche le eredi dell' A.; ne aveva quindi chiesto la condanna al risarcimento dei danni, quantificati in lire 2.515.791.000.

1.1.- La convenuta Dival si era costituita in giudizio ed, eccepita l'incompetenza del Tribunale di Roma, nel merito aveva contestato la fondatezza della domanda, sostenendo in particolare la mancanza di prova riguardo ai dedotti investimenti con la società, oltre quelli, per L. 900.000.000, risultanti dalla documentazione già consegnata all'attrice.

Si erano costituite anche C.C., A.C. e S., quali eredi di A.D., resistendo alla domanda e rilevando che, comunque, avevano accettato l'eredità con beneficio d'inventario, il cui procedimento era allora in corso con la liquidazione delle attività e la riscossione dei crediti.

1.2.- Il Tribunale accoglieva parzialmente la domanda dell'attrice, condannando le convenute, in solido tra loro, al risarcimento dei danni, liquidati, in favore della F., nell'importo di Euro 450.576,50 (corrispondente a quello di otto assegni bancari consegnati dal F. all' A. e transitati sul conto corrente di quest'ultimo, per la somma di L. 906.000.000, della quale era risultata investita soltanto la somma di L. 33.581.690; perciò scomputata), oltre rivalutazione ed interessi legali dalla domanda, nonché al pagamento delle spese processuali.

2.- Proposto appello da parte della Rasbank (già Dival), e dalle eredi A., la F. si costituiva e proponeva appello incidentale. La Corte d'Appello ha, come detto, accolto gli appelli principali e rigettato l'incidentale, ritenendo che l'attrice non avesse fornito la prova degli investimenti finanziari presso la Dival, non essendo stato dimostrato che fossero a questa riconducibili le operazioni finanziarie risultanti dai prospetti riepilogativi; quanto alla posizione dell' A., e quindi delle sue eredi, ha ritenuto mancante la prova di un fatto illecito commesso da quest'ultimo ai danni del padre della F.. Ha perciò mandato assolte entrambe le parti convenute ed ha condannato la F. al pagamento delle spese del doppio grado in favore della Rasbank, compensando invece le spese tra la stessa F. e C.C., A.S. e C..

3.- Avverso la sentenza F.A.M. propone ricorso affidato a due motivi, illustrati da memoria.

Allianz Bank Financial Advisors S.p.A., già Rasbank S.p.A., già Dival Sim S.p.A., si difende con controricorso, illustrato da memoria.

Con altro controricorso si difendono C.A.C., A.C.M.C. e A.S., le quali propongono ricorso incidentale condizionato, con un solo motivo, a cui risponde con controricorso Allianz Bank.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Col primo motivo del ricorso principale si denuncia il vizio di motivazione, nonché la violazione e/o falsa applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4.

La ricorrente lamenta che la motivazione sarebbe contraddittoria nella parte in cui non ha riconosciuto la responsabilità della Dival per omesso controllo sul suo promotore finanziario monomandatario. La contraddizione starebbe nel fatto che la Corte d'Appello prima ha affermato che non vi era "la prova piena di un vero rapporto associativo" tra il padre della F. e l' A. e poi ha argomentato prendendo a presupposto l'esistenza di "uno stretto rapporto tra i due" (che altro non sarebbe stato che il normale rapporto di fiducia tra il F. ed il suo promotore finanziario) per farne discendere "consapevolezza e completa partecipazione del F. ai molteplici investimenti effettuati dall' A."

Inoltre, secondo la ricorrente, la Corte d'Appello avrebbe affermato che non vi sarebbe prova del danno, mentre ella avrebbe provato di avere perduto un ingente capitale affidato all' A. e già il giudice di primo grado aveva accertato che quest'ultimo aveva violato quanto meno il divieto di operare per diversi intermediari finanziari.

D'altronde, anche a voler ammettere la consapevolezza del F. circa la diversificazione degli investimenti, si sarebbe dovuto concludere che il capitale era andato perduto a causa della violazione dei doveri di correttezza da parte del promotore finanziario. Pertanto, vi sarebbe stata la prova della responsabilità dell' A., malgrado la Corte d'Appello non l'abbia accertata.

Data questa responsabilità, secondo la ricorrente, si sarebbe trattato di stabilire se la responsabilità del promotore potesse estendersi alla Dival, sua mandante, ai sensi della L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4, così come interpretato dalla sentenza di questa Corte n. 6708/10 (della cui motivazione vengono riportati ampi stralci), non essendo sufficiente ad escluderla la mera consapevolezza, da parte del F., del comportamento illecito dell' A. (e non essendo stata dimostrata una sua collusione in danno della Dival).

1.1.- Col secondo motivo di ricorso si denuncia l'omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ovvero la responsabilità sancita dall'art. 2049 c.c., in relazione alla L. n. 1 del 1991, art. 5. La ricorrente insiste nell'affermare che, ai sensi di quest'ultima norma, sussistendo un fatto illecito del promotore, anche se a rilevanza penale, ne dovrebbe rispondere la società di intermediazione mobiliare che si sia avvalsa della sua opera, qualora sussista un rapporto di occasionalità necessaria tra il fatto illecito del preposto e l'esercizio delle mansioni affidategli. Avrebbe errato la sentenza impugnata nel non applicare questi principi al caso di specie, essendo stata provata la riferibilità dei prospetti riepilogativi degli investimenti, prodotti in giudizio, al promotore A.D., da questi sottoscritti, ed essendo stati altresì prodotti in giudizio otto assegni al portatore, comprovanti investimenti per ben 906.000.000 di lire, di cui è risultata investita soltanto la somma di lire 33.581.690. Ancora, secondo la ricorrente, sarebbe illogico il ragionamento seguito dalla Corte territoriale per escludere l'efficacia probatoria di questi assegni così come quello relativo alla mancanza di efficacia probatoria dei prospetti riepilogativi, malgrado fossero redatti su carta intestata alla Dival, e quindi, a detta della ricorrente, sicuramente riferibili a quest'ultima.

Infine, la sentenza avrebbe omesso del tutto di motivare circa il fatto che l'asserzione della Dival di operare e di aver operato secondo rigorose modalità sarebbe stata smentita da documenti prodotti in giudizio. Pertanto, vi sarebbe stata la prova della distrazione della somma di L. 2.461.915.649, di cui la Corte territoriale non avrebbe tenuto conto.

2.- I motivi vanno esaminati congiuntamente, poichè si riferiscono, sia il primo che il secondo, sia alla posizione della Dival che alla posizione dell' A., che la ricorrente ha trattato in via unitaria, malgrado la sentenza impugnata le abbia tenute, per certi aspetti, distinte.

Essi sono in parte inammissibili ed in parte infondati.

La Corte d'Appello, infatti, ha ritenuto:

- per un verso, mancante la rilevanza probatoria dei prospetti riepilogativi denominati "situazione investimenti" al 19 ottobre 1992 ed al 27 novembre 1992, reputandoli non idonei a provare sia investimenti compiuti dal F. per il tramite dell' A., sia "ed ancor meno... che tali investimenti riguardassero in qualche modo la Dival ed i prodotti finanziari da essa gestiti". Ha aggiunto che, quanto a quest'ultima, negli stessi prospetti il riepilogo del conto degli investimenti con Dival è indicato a parte, a riscontro dell'investimento della somma di L. 900.000.000 con la stessa Dival, non contestato tra le parti, mentre manca ogni collegamento con la società delle restanti annotazioni;

- idonei questi stessi prospetti a dimostrare la diversificazione degli investimenti compiuti dall' A. per contro del F., con la consapevolezza da parte di quest'ultimo del compimento di operazioni di investimento con intermediari diversi dalla Dival;
- provati, sia con i prospetti, sia con la documentazione prodotta dalle convenute, i "fitti rapporti di investimento" intrattenuti dal F. con l' A. e, per il tramite di quest'ultimo, con altre società finanziarie, tra cui la Cofina, la Financial Improvement Cooperative Soc. coop. e la Sherman & amp; amp; Patterson; quindi, la "consapevolezza e completa partecipazione del F. ai molteplici investimenti effettuati dall' A.", oltre che degli "stretti rapporti" che legavano i due;
- assolutamente non provata la sottrazione da parte della Dival, alla morte del suo promotore, di documenti comprovanti investimenti dei F. con la società;
- non provata l'imputazione degli otto assegni corrisposti dal F. all' A. per l'importo complessivo di lire 906.000.000, nè rilevanti gli assegni circolari emessi dal promotore in favore della società di intermediazione;
- che "non vi sono ragioni per dubitare, nè, comunque, risulta in tal senso provato che il denaro affidato dal F. all' A. non abbia avuto le destinazioni pattuite. Nè la F. ha esplicitato le ragioni per le quali l' A. dovrebbe rispondere dell'eventuale esito negativo degli investimenti".

2.1.- La ratio decidendi della sentenza sta proprio in quest'ultima decisiva affermazione, per censurare la quale la ricorrente avrebbe dovuto, in primo luogo, contrastare la ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di merito, evidenziando vizi di motivazione rilevanti ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

Invece, con riguardo a tale ultima norma, sono inammissibili le censure, esposte nella seconda parte del secondo motivo (logicamente preliminari), volte a criticare l'apprezzamento che la Corte d'Appello ha fatto delle prove documentali, mentre - sempre in punto di ricostruzione fattuale - non sussiste il vizio di contraddizione della motivazione, lamentato col primo motivo, nè quello di omessa motivazione, lamentato con l'ultimo argomento del secondo motivo.

Quanto alla valenza probatoria dei prospetti riepilogativi (o "situazione investimenti"), degli assegni bancari del F. transitati sul conto dell' A., degli assegni circolari rimessi da quest'ultimo alla Dival, nessun vizio logico della motivazione risulta addotto in ricorso, prospettando la ricorrente soltanto una lettura dei documenti differente da quella del giudice di merito, ed a sè più favorevole, ed essendo del tutto irrilevante -avuto riguardo all'iter logico argomentativo della sentenza, sopra riassunto - che due dei detti prospetti fossero stati sottoscritti dall' A. e che tutti fossero redatti su carta intestata alla Dival; circostanze, peraltro, queste ultime, già considerate dalla Corte d'Appello (e congruamente trascurate perchè non era in contestazione che i conti provenissero dall' A. e perchè l'utilizzazione di carta intestata non può coinvolgere, di per sè, la Dival, nè aver ingannato il F., per le ragioni ampiamente espresse dalla Corte territoriale).

In proposito, non può che essere ribadito che, in sede di legittimità, non è possibile rimettere in discussione la ricostruzione dei fatti operata dal giudice di merito, sulla base dell'apprezzamento delle risultanze istruttorie, pretendendone un nuovo esame. Queste risultanze, anche quando documentali, non possono essere esaminate direttamente dalla Corte di Cassazione, essendo perciò preclusa ogni nuova valutazione di merito, salvo che si evidenzino vizi logici della motivazione riguardanti un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

2.2.- Inoltre, non può certo essere considerato tale il comportamento che si assume tenuto dalla Dival in una occasione, nella quale avrebbe accettato modalità di investimento non conformi ad una procedura rigorosamente predeterminata, su cui la ricorrente sostiene che la motivazione sarebbe stata addirittura omessa. Ed invero, l'assunto della ricorrente si basa, ancora una volta, su una propria interpretazione di dati documentali già portati all'attenzione del giudice di merito, e da questi reputati insignificanti, o comunque non rilevanti, tenuto conto dell'insieme del materiale probatorio acquisito e preso in considerazione dalla Corte d'Appello.

Pertanto, la relativa doglianza va disattesa alla stregua del principio per il quale spetta al giudice del merito, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad essi sottesi, dando, così, liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti (salvo i casi tassativamente previsti dalla legge).

Conseguentemente, per potersi configurare il vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, è necessario un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la

soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza. Pertanto, il mancato esame di elementi probatori, contrastanti con quelli posti a fondamento della pronunzia, costituisce vizio di omesso esame di un punto decisivo solo se le risultanze processuali non esaminate siano tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria delle altre risultanze sulle quali il convincimento è fondato, onde la "ratio decidendi" venga a trovarsi priva di base. (così Cass. n. 9368/06, nonché, tra le altre, di recente Cass. n. 25608/13).

2.3.- Non sussiste infine il vizio di contraddittorietà della motivazione, poichè l'avere escluso che vi fosse un "rapporto associativo" tra il F. e l' A. finalizzato allo svolgimento - in associazione tra loro, quindi con cointeressenza - di investimenti finanziari, come sostenuto dalla Dival, non è affatto in contrasto logico con la successiva affermazione, che si legge in motivazione, per la quale è stata comunque raggiunta la prova della consapevolezza e della completa partecipazione del F. ai molteplici investimenti effettuati dall' A.;

il che sta soltanto a significare che l'investitore era consapevole della direzione impressa ai propri investimenti da parte del promotore e della circostanza che questi non fossero indirizzati esclusivamente nei confronti di Dival.

L'inammissibilità o il rigetto dei motivi fin qui esaminati comportano che vada tenuta ferma la ricostruzione dei fatti compiuta dalla Corte d'Appello.

3.- Attesa tale ricostruzione, vanno superate, in quanto infondate, le censure avanzate dalla ricorrente per violazione di legge sia con riferimento alla L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 4, che con riferimento all'art. 2049 c.c., letto in relazione alla L. n. 1 del 1991, stesso art. 5, (applicabile al caso di specie, *ratione temporis*, essendosi svolti i fatti di causa nella vigenza di questa legge, abrogata dal D.Lgs. n. 415 del 1996, art. 66).

Dette norme presuppongono che sia accertato un fatto illecito commesso dal promotore ai danni dell'investitore e, soltanto dopo aver compiuto tale accertamento con esito positivo, consentono la verifica dell'estensione della responsabilità del promotore all'intermediario per il quale egli ha operato (cfr. Cass. n. 6708/10, indicata in ricorso, nonché Cass. n. 3773/09).

Nel caso di specie, la Corte d'Appello, ricostruiti i fatti come sopra, ha escluso che l' A. abbia commesso un fatto illecito dannoso per il F., sia penalmente rilevante (appropriazione delle somme corrispostegli dall'investitore) sia rilevante come inadempimento contrattuale (destinazione degli investimenti diversa da quella pattuita), così come ha riscontrato che, da parte dell'attrice in primo grado, è mancata anche l'allegazione delle "ragioni per le quali l' A. dovrebbe rispondere dell'eventuale esito negativo degli investimenti".

Pertanto, contrariamente a quanto assume la ricorrente, sia nel ricorso che nella memoria, non è affatto "certo che il comportamento dell' A. fu illecito".

3.1.- Privo di pregio risulta inoltre l'argomento - che sembra indicato a sostegno della perentoria affermazione appena riportata - fondato sulla violazione, da parte dell' A., dell'obbligo, imposto dalla L. n. 1 del 1991, e dal contratto di agenzia stipulato con Dival, di svolgere la sua attività di promotore di servizi finanziari esclusivamente per conto e nell'interesse di quest'ultima società di intermediazione mobiliare.

Si tratta di un inadempimento contrattuale, che comporta anche la violazione di una regola di comportamento imposta dalla legge, che tuttavia non rileva di per sè nei confronti del cliente investitore, che agisca per il risarcimento dei danni.

In tema di contratti di intermediazione finanziaria, onde pervenire all'affermazione della responsabilità solidale del promotore e dell'intermediario per i danni subiti dall'investitore a causa della condotta del primo, occorre che l'investitore dia prova, non soltanto dell'inadempimento da parte del promotore e/o dell'intermediario finanziario di obbligazioni nascenti dal contratto o dalla legge poste a sua tutela, ma anche del danno e del nesso di causalità tra questo e il dedotto inadempimento (così Cass. n. 3773/09, ma anche Cass. n. 6708/10 cit.). In particolare, l'affermazione di responsabilità non può conseguire alla sola diversificazione degli investimenti, concordata con l'investitore, pur in presenza dell'obbligo del promotore di svolgere la sua attività esclusivamente per conto e nell'interesse soltanto di una società di intermediazione mobiliare, come previsto dalla L. n. 1 del 1991, art. 5, comma 3.

Orbene, è emerso nel presente giudizio che l' A. è incorso nell'inadempimento predetto, che pertanto ben può dirsi accertato;

ma è mancata la prova, in primo luogo, del danno e, comunque, la prova, anzi addirittura, l'allegazione del nesso di causalità tra la diversificazione degli investimenti, peraltro ben nota al F. e da questi condivisa, e le perdite patrimoniali che la ricorrente assume essere derivate al padre ed a lei personalmente.

Escluso, infatti, che sia stata provata l'appropriazione indebita, penalmente rilevante delle somme consegnategli dall'investitore, da parte del promotore, la circostanza che questi le abbia investite non presso la Dival, ma altrimenti, resta del tutto priva di efficienza causale rispetto al danno lamentato, dal momento che, come pure rilevato nella sentenza impugnata, la parte che pretende il risarcimento non ha nemmeno indicato le ragioni per le quali l'esito negativo degli investimenti sia stato provocato da questa condotta (non rilevando, peraltro, rispetto all'investitore, l'inadempimento contrattuale del promotore nei confronti della società di intermediazione finanziaria). Né risultano dedotte altre condotte integranti violazione, da parte del promotore, dei doveri di correttezza o degli obblighi di legge impostigli nei confronti dell'investitore/risparmiatore.

Data la ratio decidendi di cui si è fin qui detto, sono, prima ancora che infondati, non pertinenti gli ulteriori argomenti spesi in ricorso per dimostrare l'estensione alla Dival di una responsabilità che non è stata riconosciuta nemmeno in capo al promotore finanziario.

In conclusione, il ricorso principale va rigettato.

Resta assorbito il ricorso incidentale condizionato, concernente la condizione delle eredi A., in quanto accettanti l'eredità con beneficio d'inventario.

Le spese del giudizio di cassazione seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

PQM

P.Q.M.

La Corte, decidendo sui ricorsi riuniti, rigetta il ricorso principale, assorbito l'incidentale condizionato; condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, che liquida nell'importo complessivo di Euro 12.500,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, in favore di Allianz Bank Financial Advisors S.p.A. e di Euro 12.500,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, in favore di C.C., A.C. e A.S., in solido tra loro, oltre accessori come per legge.

Così deciso in Roma, il 18 febbraio 2014.

Depositato in Cancelleria il 23 maggio 2014