

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI SALERNO
SEZIONE CIVILE**

Composta dagli **Ill.mi Sigg.ri Magistrati:**

Dott.ssa Marina Ferrante – Pres. Rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n. (omissis) di Registro Generale dell'anno 2009.

Avente ad oggetto: appello avverso la sentenza del Tribunale di Salerno n. (omissis)/09 in data 14-15.10.2009

TRA

BANCA

- *appellante* -

E

INVESTITORI

- *appellati ed appellanti incidentali* -

Avendo i procuratori costituiti rassegnato le conclusioni che di seguito si trascrivono all'udienza del 28.01.2016.

Per appellante: "*Come da atto introduttivo*".

Per gli appellati: "*Come da comparsa di risposta*".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 25 novembre 2002, **INVESTITORE** conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Salerno la **BANCA** (poi divenuta Banca omissis e poi Banca omissis) chiedendo:

la nullità di contratti di negoziazione in titoli poiché stipulati in assenza dei presupposti di legge ovvero in violazione dell'art 47 del regolamento Consob n. 11522/1998;

la nullità del contratto di costituzione in pegno atipico del 25/02/2000 poiché contrario all'art. 26 della delibera Consob n.11600/1998; la nullità e l'inefficacia delle clausole del contratto di conto corrente relative alla determinazione della misura degli interessi con capitalizzazione trimestrale, alla valuta per l'accredito in conto di titoli e dei versamenti del cliente, alla determinazione di

commissione di massimo scoperto; la condanna al risarcimento dei danni per il suo comportamento illegittimo e la restituzione delle somme indebitamente versate dall'attore alla Banca.

Con vittoria di spese e competenze di giudizio in favore dei procuratori antistatari.

In particolare, l'attore deduceva che: era un ex lavoratore in pensione; nonostante la limitata disponibilità economica e la scarsa conoscenza dei mercati finanziari, veniva indotto dal personale della BANCA a compiere innumerevoli operazioni di negoziazione di strumenti finanziari; dall'esame della documentazione prodotta in atti, dal settembre 1998 al febbraio 2001, tutte le operazioni finanziarie effettuate dalla BANCA non erano conformi alle prescrizioni di legge e alle norme regolamentari (art 24, I co., D.Lgs. 58/1998); egli era da qualificarsi come "investitore non professionale"; risultava, dunque, evidente il comportamento dell'istituto bancario in contrasto con la tutela dell'investitore nonché con obbligo di comportarsi secondo diligenza, trasparenza e correttezza; proprio in ragione dell'intrinseca pericolosità delle negoziazioni, la BANCA aveva operato allo "scoperto" e gli aveva successivamente concesso una TEC (c.d. temporanea elasticità di cassa), garantita da un pegno atipico avente ad oggetto il controvalore delle consistenze giacenti sul conto titoli n. (omissis) e n. (omissis); in seguito alla negoziazione di strumenti finanziari e sui titoli proposti dal personale della BANCA, aveva subito un grave danno patrimoniale, che aveva vanificato tutti i possibili utilizzi dei risparmi faticosamente maturati dello stesso durante la sua attività lavorativa; successivamente a tali perdite, le sue condizioni di salute si erano notevolmente aggravate.

Si costituiva la BANCA, la quale chiedeva il rigetto di tutte le domande di parte avversa in quanto destituite di fondamento sia nell'*an* che nel *quantum*.

Chiedeva, inoltre, la condanna dell'attore al pagamento delle spese processuali e si opponeva alla richiesta di controparte di addebitare alla BANCA le spese di un'eventuale CTU in quanto ritenuta superflua.

In particolare, sosteneva che la BANCA si era attenuta scrupolosamente a tutte le disposizioni di legge vigenti in materia di intermediazione finanziaria e che, INVESTITORE era un conoscitore di tali attività poiché, già in passato, aveva effettuato molte operazioni simili, dalle quali aveva anche tratto numerosi e notevoli guadagni.

Durante la fase istruttoria, si interrompeva il processo a causa della fusione della BANCA.

A seguito di detta fusione nasceva un nuovo soggetto giuridico (la Banca omissis) che riassumeva il processo costituendosi ed aderendo alla linea difensiva della originaria BANCA convenuta.

Veniva ammessa ed espletata prova per testi e CTU.

All'udienza del 15/04/2009 decedeva l'attore ed il processo proseguiva nei confronti degli eredi.

Precisate le conclusioni, la causa veniva trattenuta per la decisione.

Con la sentenza n. omissis/09 il Tribunale di Salerno, in composizione monocratica, emetteva la seguente pronuncia:

"a) accoglie la domanda per quanto di ragione e, per l'effetto, condanna la BANCA al pagamento in favore degli attori della complessiva somma di €. 390.576,95, oltre interessi legali dalla domanda giudiziale al soddisfo;

b) condanna la Banca convenuta al pagamento in favore degli attori delle spese giudiziali, che liquida in complessivi € 9.570,00, di cui 9.170,00 per diritti e onorari, oltre i.v.a., c.p.a. ed il 12,50% per spese generali;

c) pone a definitivo carico della banca le spese della consulenza tecnica, secondo la liquidazione già operata in istruttoria".

Avverso la suddetta sentenza, con atto notificato in data 5 dicembre 2009, BANCA proponeva appello e chiedeva, previa sospensione dell'esecutività della decisione, la riforma della stessa con il rigetto di ogni domanda di nullità proposta da INVESTITORE e dagli credi subentrati; in ogni caso, il rigetto di ogni domanda risarcitoria proposta da INVESTITORE e dagli eredi subentrati; in ipotesi di ritenuta responsabilità della BANCA in relazione alle domande proposte dall'attore, la riduzione del quantum della condanna, con vittoria di spese e competenze del doppio grado di giudizio.

A sostegno del gravame adduceva l'erroneità della decisione:

a) per aver ritenuto applicabile, ai contratti oggetto della controversia, la normativa relativa alla gestione di portafogli di investimento, ovvero l'art 24 del D.Lgs n. 58/98 c.d. TUF ed i successivi regolamenti Consob;

b) per avere pronunciato *ultra petita* posto che la Banca nell'atto introduttivo non faceva alcun riferimento al rapporto di gestione di portafogli ma ad operazioni di negoziazioni di strumenti finanziari;

c) per avere considerato irrilevante la qualifica di INVESTITORE sul piano della categoria di investitore;

d), e),f) per avere ritenuto la sua responsabilità.

Si costituivano, con comparsa depositata in data 9 marzo 2010, INVESTITORI, i quali resistevano al gravame, chiedendone il rigetto e spiegavano appello incidentale, chiedendo a loro volta: il risarcimento dei danni patrimoniali in loro favore, quali eredi di INVESTITORE, in via solidale ovvero secondo le quote spettanti *ex lege* a ciascuno, nella misura indicata dalla consulenza, per un totale complessivo di € 421.242,24, somma da aggiornare in base al tasso dei rendimenti dei titoli pubblici e/o con rivalutazione monetaria dal 2000 sino al soddisfo ed interessi legali dalla domanda; in via gradata, la condanna della Banca appellante al risarcimento dei danni patrimoniali in loro favore, in qualità di eredi di INVESTITORE, in via solidale ovvero secondo le quote spettanti *ex lege* a ciascuno, nella misura indicata dalla consulenza, per un totale complessivo di € 390.576,95, oltre il lucro cessante rappresentato dall'aggiornamento all'attualità mediante applicazione del tasso di rendimento netto dei titoli pubblici per complessivi € 447.404,23 con rivalutazione monetaria dal 2000 sino al soddisfo ed interessi legali dalla domanda; la condanna della BANCA al risarcimento dei danni non patrimoniali patiti dall'attore da determinarsi anche in via equitativa.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa con attribuzione.

Rigettata l'istanza ex art. 351 c.p.c., precisate le conclusioni, la causa, all'udienza del 28 gennaio 2016, era trattenuta in decisione, con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. (60 + 20).

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il motivo di doglianza sub a) la BANCA appellante censura la prima sentenza per aver ritenuto applicabile, ai contratti oggetto della controversia, la normativa relativa alla gestione di portafogli di investimento, ovvero l'art. 24 del D.Lgs n. 58/98 c.d. TUF ed i successivi regolamenti Consob.

Ritiene, invero, che erroneamente quel giudice abbia applicato la normativa *de quo* non rientrando, invece, la fattispecie nella tipologia della gestione di portafogli di investimento.

Il motivo coglie nel segno.

INVESTITORE, infatti, nel rapporto con la BANCA, sottoscrisse contratti che avevano ad oggetto servizi di investimento in strumenti finanziari, in particolare negoziazione, ricezione e trasmissione ordini su strumenti finanziari.

Occorre, in proposito, precisare, peraltro, che il legislatore non fornisce una definizione precisa dei servizi di investimento, limitandosi ad elencare le attività appartenenti a tale categoria, ai sensi dell'art. 1, v co, T.U.F.

E sono intervenuti la stessa Consob e la dottrina che hanno fornito specifici indirizzi interpretativi.

In particolare, la Consob ha avuto modo di precisare che *"la caratteristica essenziale dell'attività svolta dagli intermediari negoziatori in proprio"* è la messa a disposizione al pubblico degli investitori del portafoglio di valori mobiliari detenuto dalla società per soddisfare, tramite compravendite, le loro esigenze di investimento o disinvestimento (si veda Comunicazione n. DAL/RM/95003079 del 19 aprile 1995).

Nel caso di specie, INVESTITORE aveva, in data 22/09/1998, sottoscritto un contratto di c.c., di corrispondenza n. (omissis)/53, un contratto di negoziazione, ricezione e trasmissione ordini su strumenti finanziari n. (omissis) ed un conto deposito titoli n. (omissis).

Sulla base di tali elementi fattuali ed interpretativi, rileva allora questa Corte che il servizio di investimento richiesto possa essere qualificato, ai sensi del predetto art. 1, v co., lettera a), come un servizio di investimento di negoziazione per conto proprio.

Esso consiste nell'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta ed in relazione ad ordini dei clienti, nonché nell'attività di market maker.

In particolare, l'art.45 della delibera Consob n. 6190/2007 stabilisce che gli intermediari adottano tutte le misure ragionevoli ed a tal fine mettono in atto meccanismi efficaci per ottenere, quando eseguono ordini, il miglior risultato possibile per i loro clienti avendo riguardo al prezzo, ai costi, alla rapidità ed alla probabilità di esecuzione e di regolamento, alle dimensioni, alla natura dell'ordine od a qualsiasi altra considerazione pertinente ai fini della sua esecuzione.

Per dare esecuzione a tali fattori, gli intermediari finanziari devono considerare diversi criteri, quali le caratteristiche del cliente (distinguendolo dal cliente al dettaglio o professionale), l'ordine del cliente, gli strumenti finanziari oggetto dell'ordine e le sedi di esecuzione alle quali l'ordine può essere diretto.

Risulta evidente, dunque, che sia l'art. 24 del D.Lgs. n. 58/98 che l'art. 38 del reg. Consob non trovano applicazione alla fattispecie in esame, poiché dettano una normativa specifica in materia di gestione di portafogli.

Neppure può assolutamente condividersi la motivazione del Tribunale, laddove invoca la natura imperativa della norma, posto che il carattere imperativo di una disposizione non consente di applicarla ad una fattispecie diversa da quella che la norma medesima è volta a regolare.

Col motivo di appello sub b), l'Istituto di credito lamenta la pronuncia *ultra petita* del Tribunale.

Sostiene, infatti, che nell'atto introduttivo di lite e nella prospettazione di fatto operata dall'attore non vi sia alcun riferimento al rapporto di gestione di portafogli ma semplicemente ad operazioni di negoziazioni di strumenti finanziari.

Anche tale censura, strettamente collegata alla precedente, è fondata, giacché il rapporto delineato dallo stesso attore escludeva la diversa ipotesi ritenuta dal giudice, facendo l'attore, tra l'altro, più volte riferimento alle "sollecitazioni" ricevute a vendere ed acquistare titoli e con ciò stesso escludendo qualsiasi autonomia discrezionale della BANCA medesima.

Col terzo motivo di gravame sub c), parte appellante si duole per avere il Tribunale considerato irrilevante la qualifica del INVESTITORE sul piano della categoria di investitore.

Anche questo motivo è fondato.

Nel caso di specie, considerata la particolare tipologia contrattuale- di negoziazione titoli per conto proprio- uno dei fattori che gli intermediari finanziari devono tener conto ai fini dell'investimento, è proprio la caratteristica del cliente, distinguendolo in cliente al dettaglio o professionale.

Dalla documentazione prodotta in atti INVESTITORE può essere qualificato come un investitore al dettaglio.

La normativa MIFID non indica in modo esplicito quali soggetti debbano essere classificati come rientranti in tale categoria; essa viene individuata in via residuale, facendo confluire nella stessa tutti i clienti che non sono o non possono essere trattati come clienti professionali e controparti qualificate.

Tali clienti risultano essere i più bisognosi di tutela ed, infatti, beneficiano del più alto grado di protezione sancito dalla normativa di riferimento per cui l'intermediario deve fornire loro una specifica informativa.

Orbene, dall'esame della documentazione in atti e della prova testimoniale espletata, si evince che INVESTITORE aveva già in passato effettuato tali tipi di attività.

Il teste (omissis) afferma che: *"io e il sig. omissis abbiamo fatto, a parole, una società fittizia per comprare azioni metà ciascuno, o sul mio o sul conto di omissis"* ed il teste (omissis) dichiara che: *"il sig. omissis veniva già da un promotore finanziario di Napoli con il quale non si era trovato bene e trasferì i suoi titoli e il contante presso la Banca"*.

Dunque, è evidente che INVESTITORE non era uno sprovveduto in materia ed anzi aveva già effettuato tali tipi di operazioni in passato.

Inoltre, egli ha sottoscritto tutti i contratti di negoziazione di strumenti finanziari, apponendo anche la doppia firma, anche laddove era evidenziata la pericolosità dell'operazione finanziaria.

Di contro, la BANCA ha adempiuto al suo onore probatorio di informazione dell'elevato rischio delle operazioni.

Nell'allegato 1, infatti, dove sono riportati tutti gli ordini di acquisto titoli, è presente l'avviso, ai sensi dell'art 29 del regolamento Consob n.11522 del 01/07/98, **"LA PRESENTE OPERAZIONE NON APPARE ADEGUATA"**.

INVESTITORE, preso atto della segnalazione, ha confermato espressamente la volontà di voler eseguire tali operazioni sottoscrivendo questi avvisi.

E' evidente pertanto, la piena conoscenza delle operazioni che stava effettuando c, soprattutto, la sua volontà di volerle effettuare nonostante l'alto grado di rischio.

Con i motivi sub d), e) ed f). parte appellante contesta la responsabilità attribuitale dal giudice di primo grado e, rispettivamente, afferma che: la ritenuta responsabilità è fondata su un presupposto sbagliato, ovvero la violazione degli artt. 24 del D.Lgs. n.58/98 e 28 del reg. Consob (delibera n.11522/98) che disciplinano la gestione dei portafogli di investimento; non può essere riconosciuta, invece, alcun tipo di responsabilità contrattuale poiché non è stata accertata la sussistenza dei suoi presupposti ovvero- se non sono applicabili gli artt. 24 del D.Lgs n.58/98 e 28 del reg. Consob (delibera n.11522/98)- non vi è alcuna condotta illecita e risulta inesistente anche il danno poiché l'investitore non ha provato- neanche presuntivamente- che l'esecuzione degli obblighi di informazione, da parte degli intermediari finanziari, l'avrebbe portato a maggiori interessi né la sussistenza di nesso di causalità tra il danno lamentato e la dedotta condotta illecita; inoltre, il danno quantificato dal CTU è stato il risultato di un'errata qualificazione giuridica degli strumenti finanziari operata dal giudice prime cure; ancora, non sussiste attività di gestione di portafogli ma semplice negoziazione di servizi (tutta la documentazione versata in atti dalla BANCA attesta il rispetto di tutte le disposizione di legge; le dichiarazioni testimoniali dei testi di parte attrice sono risultate poco attendibili atteso il loro specifico interesse avendo proposto analoga domanda in giudizi gemelli; INVESTITORE non ha provato la sua qualifica di investitore; il danno quantificato dal CTU è il risultato degli erronei quesiti posti dal Tribunale).

I predetti ulteriori motivi- che, peraltro, in parte riproducono i precedenti- sono collegati strettamente e vanno congiuntamente esaminati.

Ai fini della verifica della sussistenza della responsabilità della BANCA occorre analizzare i contratti sottoscritti da INVESTITORE.

Nel contratto n. (omissis) del 22/09/1998, egli conferiva a parte appellante l'incarico di negoziare gli strumenti finanziari di cui agli ordini impartiti nell'arti del contratto medesimo, autorizzandola a trasmettere e ricevere strumenti finanziari di cui al successivo art.2; con tale sottoscrizione, dunque, accettava: l'art.6 con cui veniva avvisato che la negoziazione di strumenti finanziari in mercati non regolamentati avrebbe potuto comportare il rischio che tali strumenti non sarebbero stati facilmente liquidabili; l'art. 7, con cui veniva informato che tali operazioni sarebbero risultate difficoltose e avrebbero potuto dar luogo ad oneri aggiuntivi e, di conseguenza, a vendite allo scoperto; l'art 8 laddove veniva precisato che l'investimento di tali strumenti avrebbe comportato l'assunzione di un rischio elevato di perdite di dimensioni anche eccedenti l'esborso originario e, comunque, non preventivamente quantificabili.

Ed ancora, lo stesso INVESTITORE sottoscriveva, sempre in data 22/09/1998, l'allegato n.1 del reg. Consob approvato con delibera n. 10943 del 30/09/1997, documento nel quale erano descritti tutti i rischi generali derivanti da tale investimento in strumenti finanziari.

Inoltre, sempre al momento degli acquisti dei titoli, era a conoscenza dell'alta pericolosità degli stessi, avendo sottoscritto in calce all'atto di acquisto dei titolo azionario l'avviso, posto dalla BANCA, secondo cui: *"ai sensi dell'art 29 del regolamento Consob n.11522 del 01107198, la presente operazione non appare adeguata"*.

Orbene, è evidente che la BANCA aveva adempiuto agli obblighi informativi previsti dall'art. 46 del reg. Consob, delibera n. 16190 dei 29 ottobre 2007.

In tal senso la S.C. afferma che: *"In materia di contratti di intermediazione finanziaria, allorché risulti necessario accertare la responsabilità contrattuale per danni subiti dall'investitore, va accertato se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione nonché, in ogni caso, a tutte quelle obbligazioni specificamente poste a*

suo carico dal D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (TUF) e prima ancora dal D.Lgs. 23 luglio 1996 n. 415, nonché dalla normativa secondaria, risultando, quindi, così disciplinato, il riparto dell'onere della prova: l'investitore deve allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di prescrizioni; l'intermediario, a sua volta, deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte, e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito "con la specifica diligenza richiesta" (cfr. ex plurimis Cass. civ. n.3773/2009).

Anche la giurisprudenza di merito ha più volte affermato che: "Le disposizioni di cui agli art. 21 e ss, D.Lgs. n. 58 del 1998 (ed. t.u.f) e 28 del regolamento Consob 1/7/98 n. 11522 stabiliscono in particolare che nella prestazione di servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, e devono operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati (suitabilityrule).

Grava in primo luogo sul proponente l'investimento uno specifico obbligo di informazione circa le caratteristiche fondamentali del contratto ed in particolare è necessario che il risparmiatore abbia avuto adeguata informazione circa il tipo e le caratteristiche essenziali del prodotto" (cfr, tra l'altro Tribunale di Lecce sez. II, 07/05/2007, n. 824).

In definitiva, anche i suesposti ulteriori motivi di doglianza risultano fondati e, dunque, l'appello deve essere accolto, con riforma della prima sentenza e rigetto della domanda avanzata in primo grado.

Di conseguenza, l'appello incidentale spiegato dagli appellati deve essere rigettato.

Ogni ulteriore questione è assorbita.

L'esito del giudizio comporta la condanna degli appellati, in solido, alla refusione, in favore dell'appellante, delle spese processuali del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo,

P.Q.M.

La Corte di Appello di Salerno, definitivamente pronunciando sull'appello proposto, con atto notificato in data 5 dicembre 2009, dalla BANCA - società cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., quale società incorporante la BANCA omissis, avverso la sentenza del Tribunale di Salerno n. 2152/09 in data 14-15.10.2009 nei confronti di INVESTITORI, nonché sull'appello incidentale spiegato da questi ultimi, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione rigettata od assorbita, così provvede:

accoglie l'appello principale e, pertanto, in riforma dell'impugnata sentenza rigetta la domanda di primo grado;

rigetta l'appello incidentale;

condanna gli appellati, in solido, alla refusione in favore dell'appellante delle spese processuali di primo grado, che liquida in euro 100,00 per esborsi, oltre spese di ctu, ed euro 10.000,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfettario, Iva e Cpa come per legge;

condanna gli appellati, in solido, alla refusione in favore dell'appellante delle spese processuali di secondo grado, che liquida in euro 120,00 per esborsi ed euro 12.700,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfettario, Iva e Cpa come per legge.

Così deciso in Salerno, il 29 aprile 2016

***Il Presidente est.
Dott. Marina Ferrante***

****Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy***

EX PARTE CREDITORIS