

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

**Dott. Di Palma Salvatore – Presidente –
Dott.ssa Nazzicone Loredana – Rel. Cons. –**

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

tra

BANCA

- *ricorrente* -

e

SOCIETA' INVESTITRICE

- *controricorrente* -

Avverso la sentenza n. (omissis) della Corte d'Appello di Cagliari, depositata l'11.02.2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 25.01.2016 dal Consigliere Dott.ssa Loredana Nazzicone;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato (omissis) che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato (omissis) che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. (omissis) che ha concluso per l'accoglimento del primo e secondo motivo, assorbiti i restanti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza dell'11 febbraio 2009, la Corte d'Appello di Cagliari, in parziale riforma della sentenza di primo grado ed in accoglimento dell'impugnazione proposta da BANCA, ha condannato quest'ultima al pagamento, in favore di SOCIETA' INVESTITRICE, della somma di € 5.164.567,99, oltre interessi come ivi determinati, detratti gli importi corrisposti in esecuzione della sentenza di primo grado, in relazione al contratto, concluso fra le parti, di sottoscrizione di quote di fondo comune d'investimento mobiliare.

La corte territoriale ha ritenuto che il tribunale avesse correttamente applicato i principi concernenti la rappresentanza apparente e l'affidamento incolpevole circa i poteri della promotrice finanziaria (omissis) unico soggetto preposto dalla BANCA a raccogliere gli investimenti finanziari nella zona, che utilizzava la carta intestata ed i locali della banca, di cui aveva speso il nome - di accordare le condizioni particolari più favorevoli menzionate nella nota del 17 aprile 2001 proveniente dalla

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

promotrice (concernenti la salvaguardia del capitale, l'immediata liquidità, il contenimento delle spese, la remunerazione garantita del 7,83% annuo) rispetto a quelle contenute nel mandato del 19 aprile 2001, pervenuto il giorno successivo, ed indicate nel prospetto informativo dell'investimento.

Ciò, in considerazione del fatto che l'art. 1393 c.c. attribuisce una facoltà, non un onere, di controllare i poteri del rappresentante e che la banca con la nota del 24 aprile 2001 aveva comunicato alla controparte di avere effettuato l'investimento secondo le istruzioni del mandato, mentre con la lettera del 9 aprile 2002 l'amministratore delegato di BANCA aveva inviato il prospetto riepilogativo degli investimenti (circostanza contestata dalla banca, che nondimeno aveva accreditato l'importo sul conto della cliente) ed aveva poi eseguito l'ordine di disinvestimento parziale senza richiedere chiarimenti, così contribuendo ad ingenerare il ragionevole convincimento che alla (omissis) fosse conferito il potere, in realtà inesistente, di praticare le condizioni più favorevoli accordate.

Ha, altresì, disatteso la tesi della nullità dei contratti per difetto dell'accordo, non conducendo, in ogni caso, la rappresentanza senza poteri a tale vizio.

Ha, infine, dichiarato assorbito l'appello incidentale proposto da SOCIETA' INVESTITRICE, nel contempo dichiarando necessario rimediare ad errori di calcolo contenuti nella sentenza di primo grado, che aveva omesso di tenere conto dei disinvestimenti operati dalla società nel corso del rapporto, determinando quindi diversamente il calcolo degli interessi.

Avverso questa sentenza propone ricorso BANCA, affidato a sei motivi.

Resiste l'intimata con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato la memoria ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - La ricorrente censura la sentenza impugnata sulla base di sei motivi, come di seguito riassunti:

1) violazione e falsa applicazione, in relazione all'art. 2193 c.c., del principio dell'apparenza del diritto in tema di rappresentanza, il quale non può operare in ragione del sistema di pubblicità legale del registro delle imprese, che palesa la colpa del terzo contraente, nella specie persona giuridica, la quale era onerata di verificare che la promotrice finanziaria non avesse il potere di modificare i singoli contratti di investimento: la procura, in ipotesi conferita alla (omissis), avrebbe dovuto invero essere iscritta nel registro delle imprese, ai sensi degli art. 2195 e 2196 c.c.;

2) violazione e falsa applicazione degli art. 1350 e 1392 c.c., 23 d.lgs. n. 58 del 1998 e del principio dell'apparenza del diritto, il quale non può operare in presenza di un obbligo di forma scritta *ad substantiam* del contratto di investimento, onde anche la procura doveva rivestire la stessa forma;

3) violazione o falsa applicazione degli art. 1387, 1704, 1705, 1752 e 2209 c.c., 5 legge n. 1 del 1991 e 31 d.lgs. n. 58 del 1998, posto che il promotore finanziario non ha poteri rappresentativi, né l'art. 31 citato deroga alla regola secondo cui la volontà della persona giuridica deve essere espressa da chi abbia poteri di rappresentanza legale, mentre solo chi risulta indicato nel registro delle imprese può impegnare la società ex art. 2209 c.c.;

4) violazione o falsa applicazione degli art. 94 e 95 d.lgs. n. 58 del 1998, e 13 Reg. Consob n. 11971 del 1999, per avere la corte del merito ritenuto integrabile attraverso clausole difformi un contratto di sottoscrizione di fondi comuni mobiliari, che va concluso tramite i moduli compresi nel prospetto informativo depositato presso la Consob e che il sistema esclude possa subire, quindi, modifiche *ad personam*, costituendo il prospetto il documento di offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. ed il modulo la sua forma peculiare; inoltre, la promessa di rendimento è incompatibile con il

contratto di gestione collettiva del risparmio, in quanto il gestore non può impegnarsi a restituire una somma predeterminata (ed in ciò sta la differenza con il deposito);

5) nullità della sentenza e del procedimento per violazione degli art. 112, 324, 339, 342, 346 c.p.c. e 2909 c.c., dal momento che la corte territoriale, pur in mancanza di appello incidentale ed accogliendo quello della BANCA, ha poi condannato la stessa a pagare una somma ulteriore, all'esito del ricalcolo degli interessi, errore scaturito dall'avere la carte imputato il disinvestimento del 16 maggio 2002 in conto interessi, anziché, come avrebbe dovuto, in conto capitale, imputazione peraltro su cui nessuna delle parti aveva mai formulato censure;

6) violazione e falsa applicazione degli art. 1965 e 2909 c.c., 324 e 346 c.p.c., perché sul punto era stata comunque conclusa una transazione, comprovata dalla quietanza successiva alla sentenza di primo grado, in cui le parti avevano imputato il predetto importo a capitale, e si era formato il giudicato interno.

2. - Il terzo e quarto motivo, che possono essere trattati congiuntamente perché intimamente connessi, sono fondati.

2.1. - Alcune prospettazioni formulate dalla controricorrente inducono, anzitutto, a sgombrare il campo da un possibile equivoco: nella vicenda in esame non la responsabilità civile della banca proponente è stata invocata dalla SOCIETÀ' INVESTITRICE, ma la diretta efficacia delle modificazioni al contratto di investimento, negoziate tra essa ed il promotore - per tale profilo *falsus procurator* della BANCA.

Ai sensi dell'art. 31, 3° comma, d.lgs. n. 58 del 1998, *"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 norma, all'evidenza, non presuppone affatto che in capo al promotore esista potere rappresentativo: al contrario, essa pone una responsabilità diretta in capo all'intermediario per il solo fatto che esso abbia conferito ad un soggetto l'incarico di farsi promotore finanziario per l'intermediario stesso; neppure l'illecito penale è idoneo ad interrompere il nesso causale, per espresso dettato della disposizione.

Questa Corte, pertanto, ha ritenuto che la società d'intermediazione mobiliare è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari, purché sussista un rapporto di "necessaria occasionalità" tra incombenze affidate e fatto del promotore, ravvisabile in tutte le ipotesi in cui il comportamento di questi rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze di cui è investito; né rileva che il comportamento del promotore abbia esorbitato o no dal limite fissato dalla società, essendo sufficiente che la sua condotta sia stata agevolata e resa possibile dall'inserimento del promotore stesso nell'attività della società d'intermediazione mobiliare e si sia realizzata nell'ambito e coerentemente alle finalità in vista delle quali l'incarico è stato conferito, in maniera tale da far apparire al terzo in buona fede che l'attività posta in essere, per la consumazione dell'illecito, rientrasse nell'incarico affidato (Cass. 24 marzo 2011, n. 6829; 22 ottobre 2010, n. 21729; 24 luglio 2009, n. 17393).

L'intermediario potrà sempre provare circostanze che quel nesso causale abbiano interrotto, quale in primis la condotta stessa del cliente, ove questi sia stato colluso, o anche solo consapevole dell'insussistenza o dell'eccesso dai propri poteri da parte del promotore (Cass. 13 dicembre 2013, n. 27925, che parla di collusione, o almeno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole).

La situazione di concorso, doloso o colposo, della condotta dell'investitore può essere provata con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni (cfr. ancora Cass. n. 27925 del 2013, che menziona "il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore

complessivo delle operazioni, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso iter funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche").

Tutto ciò postula, insomma, che il contratto concluso dal promotore non vincoli la società. Ed infatti, la norma parla di responsabilità per i danni, non di dovere in capo all'intermediario di adempiere rispetto agli obblighi assunti per suo conto dal promotore. Si è fuori, dunque, dal meccanismo della rappresentanza apparente in senso proprio –la quale comporta il medesimo regime del contratto che se quella rappresentanza vi fosse – restandosi in pieno nel regime della responsabilità civile per i danni, la quale all'opposto esclude l'efficacia del contratto.

Della rappresentanza apparente, invece, le corti del merito hanno fatto, nel caso di specie, applicazione, sull'assunto della mancanza di poteri procuratori in capo alla (omissis) di modificare le condizioni del negozio di investimento; circostanza di fatto, quest'ultima, che vale altresì a differenziare la situazione da quella esaminata dalla Corte e conclusasi con il rigetto del ricorso (Cass. 11 luglio 2014, n. 16008).

2.2. - L'impresa bancaria e soggetta alle regole sulla rappresentanza dettate per l'imprenditore commerciale.

È noto come a taluni soggetti che ricoprono determinate cariche o posizioni la legge ricollega, nei rapporti esterni, poteri di rappresentanza dell'imprenditore, connessi alla particolare posizione nella struttura aziendale, in quanto i negozi da quei soggetti compiuti vengono direttamente imputati al medesimo, nell'ambito del rischio di impresa.

Si tratta dell'institore, del procuratore e del commesso - rispettivamente, preposto all'esercizio di un'impresa commerciale o di una sede secondaria o di un ramo particolare di essa, o munito del potere di compiere atti pertinenti all'impresa pur non essendovi preposto, o infine con mansioni meramente esecutive, ma abilitato a compiere gli atti ad esse ordinariamente connessi - i cui poteri di rappresentanza sono regolati dagli art. 2206-2207, 2209 e 2210 c.c.

Quando si tratti di imprenditori collettivi, inoltre, l'amministratore rappresenta la società (anche se gli effetti della pubblicità sono parzialmente diversi per le società di persone e di capitali: cfr. art. 2266, 2384, 2475-bis c.c.) in virtù del rapporto di rappresentanza organica.

Nel complesso, la disciplina assicura la certezza dei traffici commerciali, ponendo solo alcuni limiti all'efficacia degli atti verso i terzi, diversi nelle varie fattispecie.

2.3. - Dal suo canto, il promotore finanziario è figura che è stata disciplinata dall'art. 5 1. n. 1 del 1991, poi dall'art. 23 d.lgs. n. 415 del 1996 ed oggi dall'art. 31 d.lgs. n. 58 del 1998.

Egli è il soggetto che, alla stregua delle citate disposizioni, esercita professionalmente - in qualità di "dipendente, agente o mandatario" - l'attività di offerta fuori sede di servizi finanziari.

Pertanto, il promotore può agire sulla base di diversi tipi di rapporto (autonomo o subordinato, di agenzia, di mandato, con o senza rappresentanza) che lo lega al preponente; ma il potere di rappresentanza non costituisce effetto naturale della particolare sua collocazione nell'organizzazione dell'impresa.

Nella specie, la sentenza e le parti discorrono di agenzia senza rappresentanza.

2.4. - Con il sistema della pubblicità legale dell'imprenditore interferisce il principio della cd. apparente rappresentanza, istituti peraltro volti entrambi alla tutela della sicurezza dei traffici commerciali.

Le norme ricordate non escludono che, in concreto, operi il principio della rappresentanza apparente, pur quando l'apparente rappresentato sia un imprenditore, allorché, in base a circostanze univoche, sia ingenerato nel terzo il ragionevole ed incolpevole convincimento di trattare l'affare con un institore o con un procuratore; epperò, affinché non sia vanificata la tutela rafforzata dei traffici che il sistema ha predisposto intorno al soggetto imprenditore, vuoi individuale vuoi collettivo, l'applicazione di quell'istituto deve essere particolarmente rigorosa.

Il principio dell'apparenza del diritto, che poggia su quello più generale della tutela dell'affidamento incolpevole, secondo gli approdi ermeneutici, ormai consolidati, di questa Corte può essere invocato dal terzo, in caso di rappresentanza negoziale nei contratti, nei confronti dell'apparente rappresentato - con l'effetto di far gravare in capo a quest'ultimo le obbligazioni derivanti dal negozio concluso dal rappresentante senza poteri - a determinate condizioni, le quali, nel loro concorso, configurano il fenomeno della cd. "apparenza colpevole", espressione del principio di autoresponsabilità.

Tali condizioni richiedono la prova, posta a carico di chi pretende di far valere la situazione apparente (Cass. 29 aprile 1999, n. 1299), delle seguenti circostanze: a) una situazione di fatto difforme da quella di diritto; b) un comportamento colposo del rappresentato, oggettivamente idoneo ad ingenerare nel terzo il ragionevole convincimento che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente; c) la buona fede del terzo.

La situazione sub a) costituisce l'essenza stessa dell'istituto, in quanto, se essa corrispondesse a realtà, non vi sarebbe nessuna ragione di farne applicazione.

L'elemento sub b) distingue la cd. apparenza di diritto pura, la quale non può prevalere sulla realtà anche in presenza della buona fede del terzo (se del caso applicandosi la disciplina degli art. 1398-1399 c.c., con mera tutela risarcitoria in assenza di ratifica), dalla cd. apparenza colpevole, caratterizzata dall'ulteriore tratto della esistenza di un comportamento colposo dell'apparente rappresentato.

Quanto al presupposto sub c), la buona fede - elemento essenziale nell'economia dell'istituto, posto che l'esito della ricostruzione permette addirittura di vincolare un soggetto che pure non abbia mai concluso il contratto alcune sue clausole - è da escludere, allorquando egli versi, a sua volta in colpa, tale che l'errore avrebbe potuto essere evitato mediante l'impiego della normale prudenza nella condotta degli affari.

Il bilanciamento degli interessi coinvolti impone che, qualora lo stato soggettivo del terzo non sia di assoluta e certa buona fede, allora non si giustifichi più la speciale tutela.

Dunque il terzo, seppure non gli sia precluso di provare l'apparente rappresentanza a fronte di una società di capitali, può farlo a condizione che dimostri positivamente la sua buona fede, fondata su elementi seri e convergenti. Come in ogni ipotesi di rilevanza dello stato soggettivo di buona o mala fede, la valutazione tiene conto di tutte le circostanze del caso, a partire dalla qualità del terzo.

2.5. - Ai sensi dell'art. 94 d.lgs. n. 58 del 1998, coloro che intendono effettuare un'offerta devono pubblicare preventivamente il prospetto, di cui è data comunicazione alla Consob per l'approvazione. Il prospetto deve contenere tutte le informazioni necessarie sui prodotti finanziari; ogni variazione dovrà essere espressamente menzionata in un supplemento del prospetto. La responsabilità dell'emittente, dell'offerente, dell'eventuale garante e di ogni altro soggetto cui sono dovute le informazioni contenute nel prospetto è affermata per i danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni.

La Consob, alla stregua del successivo art. 95, ha dettato il regolamento con deliberazione del 14 maggio 1999, n. 11971, e successive modificazioni (peraltro, la materia era già oggetto di precedente regolamentazione in forza della delibera Consob 26 agosto 1992, n. 6430): l'art. 13, 40 comma (applicabile *ratione temporis*) ha imposto che l'adesione alla sollecitazione sia effettuata mediante la sottoscrizione del modulo scritto predisposto dall'offerente (la c.d. lettera di mandato), a tutela dell'investitore, che aderisce sulla base delle condizioni come preventivamente approvate dall'autorità di vigilanza.

Orbene, questa Corte ha già chiarito (Cass. 19 ottobre 2012, n. 18039) che la pubblicazione del prospetto informativo, prevista nelle ipotesi di sollecitazione all'investimento, riguarda situazioni caratterizzate dal fatto che l'offerta è rivolta - secondo lo schema dell'art. 1336 c.c. - ad un numero indeterminato ed indistinto di investitori in modo uniforme e standardizzato, a condizioni di tempo e prezzo predeterminati.

Il contratto consensuale con effetto reale, pertanto, si perfeziona attraverso un procedimento a formazione progressiva, in cui la volontà espressa dal proponente con il prospetto è il documento di offerta al pubblico, e primo atto del procedimento, che si conclude, al fine di produrre gli effetti suoi propri, con l'adesione dell'investitore espressa in forma adeguata, quale accettazione che perfeziona il contratto nei termini enunciati nel prospetto informativo (art. 1326, 4° comma, c.c.).

Pertanto, da un lato, ove mai la sottoscrizione di un fondo comune mobiliare potesse comportare un rendimento garantito, questo dovrebbe necessariamente essere previsto nel prospetto, attesa la disciplina, a rilevanza pubblicistica, sancita nelle norme richiamate; dall'altro lato, nessuna modificabilità sussiste per il prospetto, redatto dall'offerente ed approvato dalla Consob, restando all'investitore solo la facoltà di aderire oppure no.

Il promotore finanziario, invece, secondo il meccanismo posto dagli art. 94 e 95 d.lgs. n. 58 del 1998, per definizione non partecipa alla determinazione del contenuto negoziale e non è in grado, di propria iniziativa, di introdurre clausole che determinino deviazione dalla disciplina del modello invariabile predisposto nel prospetto informativo: onde, a fronte della ricordata disciplina, ove il promotore prometta rendimenti o altri trattamenti più vantaggiosi rispetto a quelli indicati nel prospetto, il terzo contraente non può invocare i principi dell'apparenza, in particolare la propria condizione soggettiva di buona fede, per farne discendere conseguenze a sé favorevoli, vincolando ad essi l'offerente.

In conclusione, l'esposta disciplina non ammette l'operatività del principio dell'apparenza del diritto con riguardo alla rappresentanza del soggetto offerente, per conto del quale un promotore *falsus procurator* abbia promesso un rendimento garantito, atteso il regime legale di regolamentazione idoneo ad integrare la colpa inescusabile dell'altro contraente.

2.6. - Nella specie, la sentenza impugnata non ha fatto applicazione dei principi esposti, allorché, in forza della cd. rappresentanza apparente, ha ritenuto modificabile dal promotore, attraverso una clausola aggiuntiva di rendimento garantito, il contratto di sottoscrizione di fondi comuni mobiliari, il quale, tuttavia, viene concluso mediante i rigidi moduli acclusi al prospetto informativo, predisposto dall'offerente ed approvato dalla Consob, con radicale inconfigurabilità dello stato di buona fede in capo ai legali rappresentanti di SOCIETA' INVESTITRICE, allorché la promotrice finanziaria promise loro un rendimento *extra ordinem*, alcuni giorni prima della sottoscrizione del fondo comune proposto da BANCA.

Risulta invero dalla sentenza impugnata che SOCIETA' INVESTITRICE sottoscrisse quote di Fonditalia con la cd. lettera di mandato del 19 aprile 2001, pervenuta il giorno successivo alla banca, in cui si faceva espresso riferimento al prospetto informativo costituente parte integrante del contratto di mandato e dal quale risultavano tutte le informazioni necessarie circa l'investimento ed i

Sentenza, Cassazione civile, sez. prima, Pres. Di Palma – Rel. Nazzicone, 24 febbraio 2016, n. 3625

rischi connessi alle fluttuazioni delle quotazioni, con la precisazione dell'assenza di qualsiasi rendimento garantito.

3.- I rimanenti motivi restano assorbiti.

4.- La sentenza impugnata va dunque cassata in accoglimento dei motivi accolti, e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., con il rigetto della domanda di corresponsione all'investitrice di un rendimento garantito e la conseguente condanna della medesima alla restituzione di quanto indebitamente ricevuto a tale titolo in esecuzione della sentenza di merito, pari alla somma di € 624.008,01, con gli interessi legali dal 29 novembre 2006.

5. - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate per l'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo e il quarto motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa per quanto di ragione la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta la domanda di corresponsione di un rendimento garantito proposta da SOCIETA' INVESTITRICE contro BANCA; condanna la SOCIETA' INVESTITRICE alla restituzione della somma di € 624.008,01, con gli interessi legali dal 29 novembre 2006, nonché al pagamento delle spese di lite in favore della BANCA, che liquida in € 10.500,00 (di cui € 8.000,00 per diritti ed € 1.800,00 per onorari) per il primo grado, € 9.700,00 (di cui € 8.500,00 per onorari ed € 1.200,00 per diritti) per il grado d'appello ed € 9.200,00 (di cui 200,00 per esborsi) per il giudizio di legittimità, oltre alle spese forfetarie ed agli accessori, come per legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 25 gennaio 2016.

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