



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MODENA
Sezione I Civile

SENTENZA

Nr. 736

in data 29-5-0

Nr. Cron. 6212

2116

Composto dai Magistrati

Dott.ssa Eleonora De Marco
dott. Ernestino Bruschetta
dott. Domenico Pasquariello

Presidente
Giudice
Giudice est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

IL CASO.it

nella causa civile iscritta al n. 768\07 R.G promossa da:

- R , C , S
rappresentati e difesi dall'avv. Luca Scarpa,

contro

- Banca , convenuta, rappresentata e difesa dagli avv.ti

avente ad oggetto: nullità, risoluzione contratto negoziazione strumenti finanziari ed ordini acquisto e condanna restitutoria e/o risarcitoria.

Conclusioni di parte attrice:

- Nel merito:

contrariis reiectis, previa ogni occorrenda declaratoria, nonché previo rigetto dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva e di ogni altra eccezione e domanda;

- in via principale: accertarsi e dichiararsi la nullità dei contratti per la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari stipulati tra gli attori e la Banca convenuta, degli ordini di acquisto dei covered warrant e dei relativi contratti di compravendita/negoziazione, tutti meglio descritti in narrativa dell'atto di citazione, nonché di ogni atto ad essi collegato e/o da essi dipendente, e ciò ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. quale conseguenza della violazione da parte della Banca convenuta delle norme imperative del Dlgs.

24 febbraio 1998 n. 58 (TUF) e dei relativi regolamenti attuativi emessi da CONSOB, con particolare riferimento agli artt. 21, 23 e 30 TUF e agli artt. 26, 28, 29, 30 e 36 Regolamento CONSOB n. 11522/98. Per effetto della declaratoria di nullità condannarsi la Banca convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, a restituire agli attori, per quanto di ragione di ciascuno, ogni somma dagli stessi versata, anche in forma di addebito su conto corrente, in esecuzione dei predetti contratti, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria.

IL CASO.it

- in subordine, accertarsi e dichiararsi l'inadempimento da parte della Banca convenuta agli obblighi nascenti dai predetti contratti e atti collegati e/o dipendenti, nonché agli obblighi posti a carico dell'intermediario finanziario dal Dlgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (TUF) e dai relativi regolamenti attuativi emessi da CONSOB - con particolare riferimento agli artt. 21, 23 e 30 TUF e agli artt. 26, 28, 29, 30 e 36 Regolamento CONSOB n. 11522/98 - e al generale obbligo di buona fede. Per l'effetto dichiararsi la risoluzione dei predetti contratti e atti per grave inadempimento imputabile alla Banca convenuta e condannarsi la medesima, in persona del legale rappresentante pro-tempore, alle conseguenti restituzioni agli attori, per quanto di ragione di ciascuno, e, comunque, al risarcimento del danno, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

- in ogni caso condannarsi la Banca convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, al risarcimento dei danni cagionati agli attori a qualsivoglia titolo, contrattuale e/o extracontrattuale, nella misura che risulterà in corso di causa, eventualmente ricorrendo a criteri equitativi.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari.

Oltre istanze istruttorie

Conclusioni di parte convenuta:

IL CASO.it

IN VIA PRELIMINARE

Accertare e dichiarare il difetto di legittimazione passiva della convenuta Banca Spa con riferimento alla domanda principale di nullità dei contratti di acquisto dei covered warrant per cui è lite, in quanto detti contratti non sono stati conclusi con la convenuta, bensì con soggetti terzi. Come risulta dai documenti agli atti del giudizio, infatti, la convenuta nella specie si è limitata a prestare il servizio di ricezione e

trasmissione ordini e la compravendita si è perfezionata sul mercato ufficiale, con altre e diverse controparti.

NEL MERITO

IL CASO.it

IN PRINCIPALITA'

Respingere tutte le domande ex adverso formulate nel presente giudizio, in quanto infondate in fatto e in diritto e comunque sprovviste di supporto probatorio; per l'effetto

Assolvere Banca

da ogni avversa domanda e pretesa.

Oltre istanze istruttorie

MOTIVAZIONE

Va premesso che la motivazione è redatta in forma abbreviata a norma dell'art. 16, c.5, D. Lgs. n. 5103; per la parte narrativa si richiama pertanto quanto dedotto dalle parti nei rispettivi atti difensivi.

Gli attori hanno chiesto declaratoria di nullità, ed in subordine gradato di risoluzione o risarcimento per inadempimento, in relazione a contratti di ricezione di strumenti finanziari e di ordini di acquisto di covered warrant (titoli derivati, costituiti da opzioni cartolarizzate di acquisto o vendita futura di titoli o merci, ad alta funzione speculativa, se non effettuati con funzione di copertura di portafoglio), eseguiti nell'aprile 2000 per gli importi nominali infra indicati, con conseguenti pronunce restitutorie o risarcitorie, ed oltre accessori, come meglio sopra integralmente riportato.

La banca convenuta si è costituita eccependo il difetto di legittimazione passiva, e nel merito contestando la fondatezza delle pretese avversarie, con domanda di merito di rigetto.

Il giudice designato ha emesso decreto di fissazione dell'udienza di discussione della causa avanti al collegio, rigettando le istanze istruttorie, valutate non rilevanti per la decisione.

All'udienza collegiale del 6 marzo 2009 la causa, ad esito di discussione, è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni sopra riportate.

Ragioni della decisione

Il Collegio conferma integralmente il decreto di fissazione udienza e di rigetto delle richieste probatorie, non rilevanti ai fini della decisione, in ragione di quanto infra.

IL CASO.it

1. Legittimazione passiva

La riconduzione interpretativa delle fattispecie negoziali dedotte in giudizio al paradigma contrattuale del mandato, come meglio esplicito infra sub 3., non consente di ritenere fondata la questione di carenza di legittimazione della banca convenuta, qualificabile come mandataria nei contratti denunciati nulli, e come tale

certamente controparte contrattuale nel rapporto giuridico interessato dalle domande azionate.

IL CASO.it

2. Nullità del contratto

2.1 Per violazione degli artt. 21 e 23 TUF.

Nel merito la prima contestazione mossa in via principale dall'attore alla banca convenuta è relativa alla nullità del contratto per violazione dell'art. 21 TUF e degli artt. 28 e 29 Reg. Consob, per non aver richiesto adeguate informazioni ai clienti, non aver fornito informazioni idonee sui rischi specifici dell'operazione di investimento finanziario, non aver consegnato nella sostanza il prescritto documento di informazione sui rischi degli investimenti in strumenti finanziari, nonché sull'adeguatezza dell'operazione in considerazione del profilo dei clienti e del tipo di investimento effettuato.

Come è noto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nelle due importanti pronunce del dicembre 2007 (nn. 26724 e 26725) hanno infine chiarito che dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione (cd. contratto-quadro) destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso.

La successiva giurisprudenza di merito ha diffusamente aderito a questa impostazione dogmatica, e questo Tribunale ritiene di non doversi discostare dal suddetto insegnamento delle Sezioni Unite, con conseguente rilevanza delle doglianze attoree concernenti gli oneri informativi attivi e passivi ai soli fini delle domande subordinate di risoluzione e risarcimento.

Quanto all'obbligo di forma scritta ad substantiam del contratto quadro, questo è stato prodotto (vedi docc. sub 1-3, per ognuno degli attori) dalla convenuta.

IL CASO.it

2.2 Per violazione dell'art. 30 TUF

Non è oggetto di contestazione che i contratti per la prestazione di servizi di investimento e gli ordini di acquisto di covered warrant vennero sottoscritti dagli attori il 5, 6 e 12 aprile 2000 presso la sede dell'impresa di R e materialmente raccolti da promotore finanziario di ; altrettanto non oggetto di contestazione –e comunque provato dall'esame dei contratti e degli ordini stessi (questi prodotti sub 1, 10 degli attori)- che questi, predisposti dalla banca, non riportavano l'indicazione della facoltà di recesso prevista dall'art. 30 TUF.

La declaratoria di nullità richiesta dagli attori si fonda sulla assunta violazione di detta norma in tema di offerta "fuori sede", sul presupposto interpretativo di una accezione ampia del termine "collocamento" di cui all'art. 30 citato, e della conseguente ampia area di applicazione della norma in questione circa l'obbligo di conferire diritto di recesso all'investitore finanziario, applicazione comprensiva di qualsivoglia fattispecie di vendita finanziaria, comprese quindi quelle in esame.

IL CASO.it

La banca convenuta oppone interpretazione restrittiva, assunta fondata sul tenore letterale del combinato disposto degli artt. 1, c.5, e 30 TUF; si argomenta che l'art. 1, c.5, citato (norma definitoria, secondo la specifica tecnica legislativa adottata) opera una distinzione tra "collocamento" e "negoziazione", ovvero "ricezione di ordini", di talchè la volontà del legislatore deriva espressamente limitata alla nozione dei contratti di collocamento con offerta al pubblico di strumenti finanziari, e non ai servizi di negoziazione.

Questo Tribunale ritiene di non poter condividere l'assunto della convenuta, anche in ragione di un'interpretazione costituzionalmente orientata (art. 47 Cost.) ed aderente alle direttive sovranazionali recepite nell'ordinamento.

Non è in dubbio infatti che la ratio dell'art. 30 in disamina si incentri sulla necessità di tutelare il consumatore (ovvero il piccolo risparmiatore) nella contrattazione avvenuta fuori dagli spazi commerciali, conferendogli ex lege il diritto di ripensamento entro un congruo spatium deliberandi, in applicazione della direttiva 85/577/CEE, cui è stata data progressiva applicazione nazionale in tutte le varie fattispecie di contrattazione fuori sede, si da costituire principio generale dell'ordinamento; a maggior ragione nel caso che ci occupa, in cui la parte contrattuale "debole" trova protezione costituzionale nell'art. 47 Cost.

E a ben considerare il testo dell'art. 30 TUF si deve rilevare che al c.1 la stessa norma precisa che per "offerta fuori sede si intendono ... il collocamento" non solo di "strumenti finanziari" (c.1, lett. a)), ma anche di "servizi ed attività di investimento", formula questa certo semanticamente comprensiva di tutti i servizi d'investimento previsti dall'art. 1 TUF, e soprattutto espressa in necessaria aderenza alla ratio sopra precisata.

IL CASO.it

Va aggiunto, con argomentazione a corollario, che la stessa normativa secondaria porta all'interpretazione (a questo punto non più definibile estensiva, ma letterale e costituzionalmente orientata) proposta dagli attori, giacchè l'art. 36 Reg. Consob espressamente collega il diritto di recesso previsto dall'art. 30 TUF all'attività fuori sede di offerta di strumenti finanziari, servizi di investimento e di prodotti finanziari.

Non può essere conferito peso determinante, infine, all'osservazione di ordine "logico-commerciale" svolta dalla convenuta, secondo la quale la concessione di uno spatium deliberandi di sette giorni dalla sottoscrizione fuori sede è incompatibile con le fluttuazioni di valore dei titoli mobiliari (vieppiù per i derivati quali covered warrant, che si sostanziano in una "scommessa" sul valore futuro di un titolo o di una merce); l'argomentazione non può valere a disattendere un preciso, espresso (e necessitato), obbligo normativo generale e specifico, come sopra osservato.

K

Se l'attore finanziario riterrà troppo "di favore" la previsione di un diritto di ripensamento dell'investitore nella vendita fuori sede di derivati od altri titoli troppo "fluttuanti", non avrà che liberamente a rinunciare a tale modalità di vendita od intermediazione.

IL CASO.it

In conclusione va ritenuto che il diritto di recesso previsto dall'art. 30, c.6, TUF riguardi ogni forma di collocamento fuori sede di servizi finanziari e di vendita di titoli mobiliari.

Ciò non è stato contemplato e concesso agli investitori nei contratti per la prestazione di servizi di investimento e per la esecuzione di ordini di acquisto di covered warrant, per cui è causa, con conseguente accoglimento della domanda principale di declaratoria di nullità, svolta dagli attori, a norma di quanto previsto dall'art. 30, c.7, TUF.

L'accoglimento della domanda principale rende superfluo l'esame delle ulteriori e subordinate domande.

3. Conseguenze della nullità

All'accertamento delle nullità dei contratti di ricezione e degli ordini d'acquisto sottoscritti dagli attori segue il venir meno di ogni loro effetto, con le precisazioni che seguono.

Ricondotto l'ordine d'acquisto al paradigma negoziale del mandato, la nullità colpisce il solo contratto di mandato fra il cliente e l'intermediario, non anche quello di compravendita fra l'intermediario ed il terzo collocatore da cui l'intermediario acquista, e dunque gli effetti che vengono meno sono solo quelli del primo contratto e le restituzioni conseguenti attengono solo ad esso, non anche alla compravendita.

Il contratto fra intermediario e terzo emittente o collocatore non è mai colpito da nullità; rimane valido ed efficace, e parimenti, restando intatti gli effetti della compravendita fra intermediario e terzo collocatore, la nullità del mandato fa venir meno l'effetto di cui all'art. 1706 c.c. e comporta il consolidamento dell'acquisto in capo all'intermediario acquirente, al quale i titoli devono essere restituiti per l'effetto restitutorio derivante dalla nullità.

Anche qualificando gli ordini di acquisto come istruzioni, o negozi esecutivi od attuativi –secondo altro opinamento interpretativo– che il cliente impartisce all'intermediario in forza del contratto quadro, sempre riconducibile al mandato, la nullità dà luogo ai medesimi effetti restitutori.

IL CASO.it

Questi ultimi, a norma dell'art. 2033 C. civ., si concretizzano nella restituzione della prestazione eseguita, insieme ai frutti ed agli interessi (dal giorno del pagamento se l'accipiens è in mala fede, o da quello della domanda se in buona fede); nella specie, poiché i negozi nulli vanno riportati al mandato, l'oggetto della restituzione dovrà essere la provvista fornita al mandatario per l'acquisto dal terzo, oltre al corrispettivo per il mandato.

Correlativamente gli attori dovranno restituire i titoli oggetto dell'ordine nullo o - se li hanno alienati - saranno tenuto a restituire il tantundem, trattandosi di beni fungibili.

In applicazione di quanto sin qui esplicitato, e con riferimento a quanto risultante in atti per ciascun attore, si può determinare quanto segue: **IL CASO.it**

per egli risulta aver disposto l'acquisto in data 6\4\00 di cw per controvalore di complessivi € 14.565; di essi solo 6000 cw BCI "MED C11", di valore all'acquisto di € 5.100, risultano venduti per € 507 (vedi doc. 22 di parte convenuta); per Cerchi: ella risulta aver disposto l'acquisto in data 5\4\00 di cw per controvalore di complessivi € 9.520; di essi solo 5000 cw BCI "MED C11", di valore all'acquisto di € 3.470, risultano venduti per € 422,50 (vedi doc. 21 di parte convenuta);

Tutti i cw acquistati per conto della attrice Solera (€ 771 in data 12\4\00) ed i residui cw degli altri due attori alla scadenza non avevano più alcun valore (risultano contabilizzati a valore zero in estratti conto prodotti sub 9, 11 e 14 dalla convenuta), con perdita totale del capitale investito per l'acquisto, ed inutilità della restituzione.

Per conseguenza la banca convenuta va dichiarata tenuta alla restituzione della somma di € 14.058 (14.565 - 507) in favore di Razzaboni, di € 9.097,50 (9.520 - 422,50) in favore di Cerchi, e di € 771 in favore di Solera, oltre agli interessi legali dalla domanda sino al saldo effettivo ex art. 2033 c. civ.; trattandosi di debito di valuta va respinta la richiesta di rivalutazione monetaria in quanto l'ulteriore danno avrebbe dovuto essere provato dalle parti richiedenti.

Le spese, liquidate come da notula ed in dispositivo, seguono la soccombenza.

La sentenza è immediatamente esecutiva tra le parti, ex art. 282 Cpc.

In merito, infine, alla istanza della banca convenuta di secretazione dei dati sensibili personali, svolta ai sensi dell'art. 52 D. Lgs. n. 196\03, la stessa non appare sorretta dalla indicazione di apprezzabili conseguenze pregiudizievoli, considerato che la pubblicazione della sentenza è di fatto circoscritta al circuito giuridico e che le pronunce, riguardanti la materia dell'investimento finanziario, sono invero diffuse nei confronti di tutti gli attori finanziari del settore e che dalla presente decisione non deriva discredito o pregiudizio d'immagine per la specifica attuale banca convenuta.

P.Q.M.

IL CASO.it

Il Tribunale definitivamente pronunciando, ogni contraria deduzione ed eccezione respinta,

in accoglimento della domanda svolta da R _____, C _____ e S _____, dichiara la nullità dei contratti per la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari e degli ordini di acquisto di covered warrant conclusi con la Banca _____ rispettivamente in data 5, 6 e 14\4\00, e per l'effetto dichiara tenuta e condanna la Banca _____ come in atti rappresentata, alla restituzione in favore di R _____ della somma di € 14.058, in favore di C _____ della somma di € 9.097,50 e di S _____ della somma di € 771, oltre interessi nella misura legale dalla domanda fino al saldo effettivo, nonché alla rifusione delle spese processuali sostenute dalle parti attrici, spese che si liquidano in

€ 7.276,71, di cui € 1.310 per diritti ed € 4.839 per onorari, oltre spese documentate e forfettarie ed accessori come per legge sulle somme imponibili. **IL CASO.it**

Rigetta l'istanza ex art. 52 D. Lgs. 196\03.

Modena, 6 marzo 2009

Il giudice estensore
Dott. Domenico Masquariello

Il presidente
Dott.ssa Eleonora De Marco

