

SENTENZA CIVILE N. 1168/10

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Benevento, sezione civile, composto da:

dr. ssa Antonietta Genovese Presidente

dr.ssa Maria Ilaria Romano Giudice rel.

dr. ssa Floriana Consolante Giudice

ha pronunciato la seguente

SENT. 1168/10
R.G. 2161/09
Cron. 9806/10
Rep. 1609/10

OGGETTO:
ANNULLAMENTO
PIANO FINANZIARIO

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 2161/2009, riservata in decisione

all'udienza del 25.5.2009 a norma dell'art. 16 comma 5 D.lgs. n. 5/03, e

vertente

IL CASO.it

TRA

██████████ rappresentato e difeso dagli Avv.ti Francesco

Luongo e Cosimo Costanzo Maio, come da procura in calce all'atto di

citazione, elettivamente domiciliato in Benevento al Viale principe di

Napoli n. 48.

ATTORE

E

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a., in persona del legale

rappresentante p.t., rappresentata e difesa, come da mandato in calce alla

memoria di costituzione, dall'Avv.to Ester Perifano ed elettivamente domiciliata come in atti

CONVENUTA

OGGETTO: Intermediazione mobiliare.

CONCLUSIONI: Le parti hanno concluso come da verbale dell'udienza del 25.5.2010 rispettivi atti difensivi, da intendersi qui integralmente trascritti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 5.5.2009 ~~_____~~ ~~_____~~

esponeva quanto segue: nel mese di maggio dell'anno 2001 aveva stipulato con la Banca 121 un contratto avente ad oggetto un piano finanziario denominato "4 YOU" nel quale era succeduta la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.; tale contratto gli era stato presentato da un promotore finanziario come un piano pensionistico integrativo a profilo di rischio molto basso, con possibilità di disinvestire in qualunque momento senza alcun onere; alcuna copia del contratto era stata consegnata al cliente, né il ~~_____~~ ricordava di aver sottoscritto un contratto o altri documenti; era evidente dunque un vizio del negozio per difetto di forma, ovvero per violazione delle norme di settore dettate dal TUF; la natura dell'operazione era ben diversa da quella prospettata, e la scelta di disinvestimento era onerosa; era ravvisabile perciò l'esistenza di un vizio



del consenso determinato dalla falsa rappresentazione della natura del rapporto; l'operazione era caratterizzata da due anime causali, una di finanziamento e l'altra di raccolta del risparmio, tra loro antitetiche e tali da annullarsi; la banca aveva violato sotto molti profili gli obblighi di correttezza e trasparenza e quelli informativi a lei imposti dal D.lgs. n. 58/98, nonché i principi a tutela del consumatore di cui agli artt. 1469 bis e ss. CC.

Il ████████ chiedeva pertanto che: in via principale fosse accertata e dichiarata la nullità del contratto avente ad oggetto il piano finanziario denominato "4 YOU" in essere con la Banca Monte dei Paschi di Siena a s.p.a., e di tutti gli atti e le operazioni effettuate in sua esecuzione; in subordine che ne fosse dichiarato l'annullamento per errore essenziale e/o dolo; in ulteriore subordine che ne fosse accertata la nullità ex 1469 bis CC; in ogni caso, chiedeva che la banca convenuta fosse condannata a restituire al cliente tutto quanto pagato, anche a titolo di spese, in esecuzione del contratto, nella misura da accertarsi in corso di causa, oltre alla rivalutazione monetaria ed interessi dalla data dei singoli pagamenti al saldo; chiedeva, infine, che la banca fosse condannata al risarcimento di tutti i danni subiti, e precisamente del lucro cessante derivante dal mancato guadagno nel caso di sottoscrizione di un piano previdenziale a basso rischio, oltre ai danni morali; in via ulteriormente subordinata, chiedeva che, accertata la mancata determinazione per iscritto ex art. 1284



CC degli interessi ultralegali, fosse applicato al finanziamento il tasso di interesse legale, con conseguente rideterminazione di tutte le somme mensili dovute dall'attore, con condanna della convenuta alla restituzione di quanto versato in eccedenza, oltre interessi e rivalutazione dalla data di pagamento delle singole rate al saldo; in via ancora mediata chiedeva che fosse dichiarata la vessatorietà ed inefficacia della clausola penale contenuta all'art. 8 sez. II della proposta di adesione, vinte le spese di lite.

Instaurato^m il contraddittorio, la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. deduceva che il prodotto "4 YOU" era stato correttamente descritto come un piano finanziario con connotazioni previdenziali, con il quale l'investitore aveva la possibilità di entrare da subito, con un capitale significativo, nei mercati nazionali ed internazionali senza impiego di disponibilità finanziarie immediate; precisava che le somme date a mutuo erano destinate in parte all'acquisto di titoli a reddito fisso, con possibilità di acquisire alla scadenza un reddito certo, di importo predeterminato, maggiore di quello anticipato dalla banca e ad essa via via rimborsato nel corso degli anni, ed in parte all'acquisto di quote di fondi comuni, con possibilità per l'investitore di disporre di un ulteriore importo, dato dal valore di mercato delle quote, soggette a fluttuazione, ma nel lungo periodo certamente redditizie; affermava che si trattava di un investimento molto meno rischioso di tanti altri, capace di evidenziare le sue migliori caratteristiche nel medio - lungo periodo, ma inadatto a

IL CASO.it



soddisfare obiettivi di tipo speculativo o di ricerca del guadagno nel breve periodo; deduceva che l'attore, quando aveva di sua iniziativa deciso di aderire al piano finanziario 4 YOU, era perfettamente a conoscenza del prodotto e dei suoi contenuti, e che comunque il personale della banca aveva fornito al cliente tutte le informazioni ed i chiarimenti necessari affinché comprendesse appieno la reale natura e le effettive caratteristiche del piano in questione, del tutto coerente con il profilo di rischio dell'attore; deduceva che la giurisprudenza si era già ripetutamente espressa nel senso della piena validità dell'operazione, nonché in ordine alla sua convenienza economica; contestava che il contratto fosse vessatorio e che fosse vessatoria la clausola n. 8 della sez II; contestava altresì che il contratto fosse nullo per violazione dell'art. 21 del D.lgs. n. 58/98 e affermava che la banca si era pienamente attenuta alla normativa di settore; deduceva che non era configurabile nella fattispecie il vizio del consenso prospettato dal ~~contratto~~, né violazione dell'obbligo di buona fede; affermava che la banca aveva messo in evidenza il conflitto di interessi secondo la normativa di settore; eccepiva la prescrizione dell'azione di annullamento del contratto.

La convenuta chiedeva pertanto il rigetto dell'avversa domanda,

A seguito di istanza di fissazione di udienza, in data 29.10.2009 veniva emesso il decreto di cui all'art. 12 D.lgs n. 5/03.



All'udienza del 25.5.2009, all'esito della discussione, la causa era riservata in decisione con termine di gg. 30 per il deposito della sentenza.

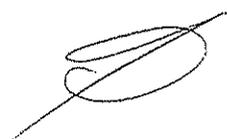
MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e va accolta nei limiti e per i motivi di seguito precisati.

E' opportuno riepilogare brevemente la disciplina all'epoca vigente in materia di intermediazione mobiliare, e le conseguenze che derivano dalla sua inosservanza.

2. Secondo l'art. 30 del Regolamento Consob n. 11522/98, attuativo del D.lgs. n. 58/98, gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore; il contratto deve:

a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche; b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta; e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione, e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi



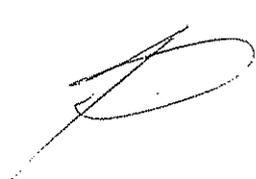
costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e Warrant; f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio.

Inoltre, ai sensi dell'art. 28 del medesimo regolamento, prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari devono: a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio.

L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto prima menzionato, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore; b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato 3.

Sempre ai sensi del citato art. 28, gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento.

L'art. 29 del regolamento prevede poi che gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori



operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione, e, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto, ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

3. Tra il contratto di cui all'art. 30 e le singole operazioni sussiste un evidente collegamento: oggetto del rapporto tra le parti è infatti un'attività complessa, che comprende anche la prestazione al cliente, da parte dell'intermediario finanziario, di servizi, se non di vera e propria consulenza, quantomeno informativi in materia di investimenti in strumenti finanziari.

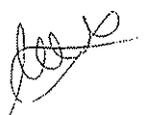
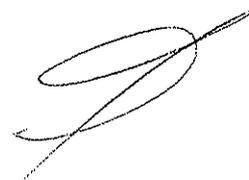
Nell'ambito di tale rapporto complesso, in cui si ritrovano le funzioni ed i caratteri del contratto di deposito di titoli, del contratto di mandato e del contratto di prestazione d'opera intellettuale, il cliente dà alla banca istruzioni, ordini, autorizzazioni per il compimento di operazioni, atti e negozi giuridici, segnatamente di acquisto e di vendita di titoli.



Per come è organizzata la negoziazione di massa degli strumenti finanziari, la banca abitualmente opera, nello svolgimento dei servizi di investimento, per conto del cliente che le conferisce specifico mandato, acquistando, da società abilitate all'organizzazione e all'esercizio del mercato dei titoli, i prodotti finanziari che entrano in proprietà nel portafoglio di investimento del cliente. Ma la banca può eseguire il servizio di negoziazione anche per conto proprio, vale a dire "in contropartita diretta".

Nello svolgimento del rapporto di cui si è detto, la legge si preoccupa di far sì che il cliente sia posto nelle condizioni di dare le disposizioni più rispondenti ai suoi interessi di investitore, ponendo a carico della banca precisi obblighi contrattuali di diligenza ed informazione verso il cliente.

4. Nel momento genetico del rapporto tra cliente ed intermediario professionale, prima che possa essere intrapresa qualsiasi operazione, la normativa prima ricordata non si limita a richiedere la forma scritta per le pattuizioni "quadro", destinate a disciplinare lo svolgimento del rapporto, ma impone che la disciplina medesima abbia un contenuto minimo predeterminato, sia pure rimesso, per la sua concreta specificazione, alla volontà delle parti.



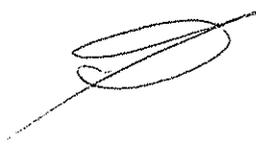
Esige, ancora, che siano assunte e siano fornite le informazioni di cui all'art. 28 lett. a) e b), anche in questo caso con particolari prescrizioni quanto alla forma.

La forma scritta occorre in particolare nel caso di rifiuto del cliente di fornire le notizie richieste ai sensi dell'art. 28 lett. a), e per il documento di cui alla lett. b).

La forma scritta torna ad essere necessaria, questa volta quando il rapporto è già instaurato, in caso di esecuzione di operazioni non adeguate di cui all'art. 29 comma 3, nonché nelle particolari fattispecie di cui all'art. 28 commi 3 e 4.

Al di fuori di tali ipotesi, non è prevista dalla normativa una forma particolare per i singoli ordini impartiti dal cliente nel corso del rapporto (è tra l'altro espressamente previsto che essi possono essere anche telefonici) rinviando per le modalità specifiche a quanto contemplato nel contratto quadro.

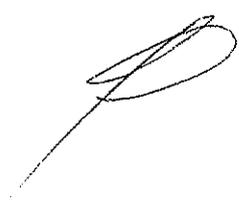
5. La violazione dei requisiti di forma o di contenuto di cui si è detto attinenti alla fase genetica del rapporto, implica nullità (relativa) del contratto quadro, espressamente prevista dall'art. 23 T.U. 58/98, e, conseguentemente, delle singole operazioni che in esso trovano il suo presupposto.



comma 2 e 1218 c.c., come integrate dal disposto di cui all'art. 23 comma 6 D.Lgs. 1998/58, che, a fronte di azione risarcitoria per danni cagionati al cliente nello svolgimento di servizi di investimento e di quelli accessori, pone a carico della banca intermediaria l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta.

Si tratta di una responsabilità professionale per "mala gestio", al pari di quella di qualsiasi altro esercente un'attività professionale intellettuale, caratterizzata dal fatto che in presenza di un danno per il cliente, questi è esonerato dall'onere di provare l'inadempimento della banca alla complessa obbligazione di mezzi che caratterizza la sua prestazione contrattuale.

6. Dunque l'inosservanza degli obblighi di informazione attiva e passiva posti dal T.U.F. e dal regolamento Consob n. 11522/98 in capo alla banca nei confronti del cliente, essendo finalizzati all'acquisizione da parte dell'investitore di tutte le notizie utili alla valutazione della convenienza o adeguatezza oggettiva e soggettiva dell'operazione di investimento, non integrano di per sé una ipotesi di mancanza o di vizio del consenso, anche in considerazione del fatto che il cliente potrebbe avere acquisito diversamente ed aliunde queste informazioni, ed essersi regolato in modo appropriato.



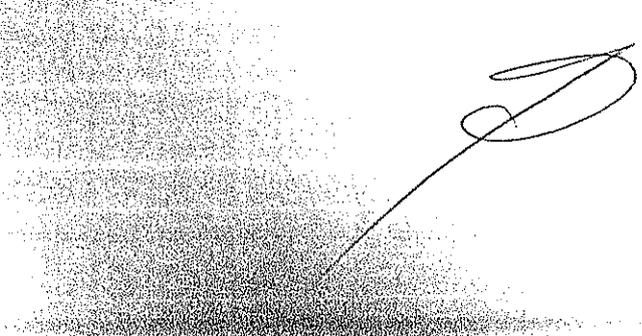
7. E' il caso di osservare che il regolamento Consob n. 11522/98 ha lasciato in alcuni casi piena libertà all'intermediario nella scelta della modalità attraverso le quali adempiere all'obbligo di informazione attiva o passiva nei confronti del cliente.

Sono questi i casi di cui all' art. 26 lett. e) (relativo all'obbligo di informarsi sulle caratteristiche dei prodotti finanziari offerti alla clientela), agli artt. 28 lett. a) e 29 comma 2 (relativi all'obbligo di informarsi sulla tipologia soggettiva ed oggettiva dell' investitore).

In tali fattispecie l'intermediario può provare in giudizio in qualsiasi modo (con prova testimoniale o anche solo presunzioni semplici) l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligo informativo nei confronti del cliente.

In altre ipotesi il detto regolamento stabilisce che l'informazione preceda l'espressione della volontà negoziale dell'investitore e che il consenso di questi sia acquisito, a sua prova, per iscritto da parte dell'intermediario (c.d. forma scritta "ad probationem"). Vi rientrano le ipotesi di cui all'art. art 27 comma 2 Regolamento Consob (relativamente all'obbligo di acquisizione preventiva e in forma scritta del consenso dell'investitore all'effettuazione dell'operazione in conflitto di interesse) e all'art. 29 comma 3 (relativo all'acquisizione per iscritto dell'ordine impartito dall'investitore per l'esecuzione di operazioni non adeguate).

IL CASO.it



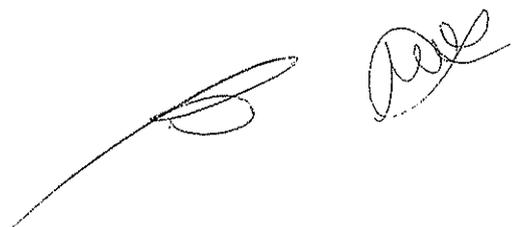
In questi casi l'intermediario finanziario può provare in giudizio la volontà contrattuale dell'investitore, ove sia contestata, solo producendo il relativo documento negoziale o ottenendo, per il tramite dell'interrogatorio formale, la confessione della controparte, non essendo ammissibile il ricorso alla prova per testimoni e per presunzioni semplici, tranne che per le ipotesi eccezionali di perdita incolpevole del documento (art. 2725 c.c.). Ciò diversamente dai casi in cui la forma scritta è prevista espressamente a pena di nullità (per esempio: art. 30 comma 1 e 2 reg. Consob in relazione all'art. 23 comma 1 T.U.F. , relativo al contratto quadro di prestazione dei servizi di investimento e accessori), per i quali quindi il perfezionamento e il contenuto del contratto non può essere provata in giudizio nemmeno mediante confessione o giuramento, ma solo con l'esibizione del documento contrattuale.

ILCASO.it

8. Fatta questa doverosa premessa di carattere generale, passando ad esaminare il caso oggetto di giudizio, l'attore ha allegato di aver aderito al piano finanziario denominato "4 YOU", negando tuttavia di aver sottoscritto un contratto o di averne ricevuto copia.

Non si ha motivo di dubitare di tale versione dei fatti, non superata da acquisizioni documentali di segno contrario.

E' stata infatti prodotta dall'attore unicamente la copia di una proposta di adesione al menzionato piano finanziario, priva di dati e di



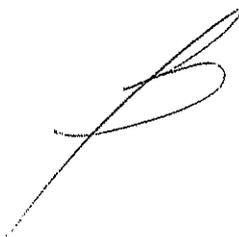
sottoscrizione del cliente, mentre alcun documento contrattuale sottoscritto dal ~~Montano~~ è stato prodotto dalla Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a.

D'altra parte, che il rapporto si sia comunque instaurato non è contestato dalla convenuta.

Ciò posto, deve concludersi che l'operazione oggetto di controversia è affetta da nullità, perché realizzata in mancanza della forma scritta richiesta nella fase genetica per il contratto presupposto.

Si tratta di nullità per contrarietà della pattuizione a norma imperativa, non suscettibile di sanatoria o convalida ex art. 1423 CC, neppure per effetto della esecuzione della pattuizione per concorde volontà delle parti; non è, inoltre, un'ipotesi di nullità derivante da ius superveniens rispetto a rapporto validamente instaurato, e dunque non è invocabile la tutela dell'affidamento o la buona fede.

9. Accertata la nullità, per i motivi esposti, della operazione finanziaria denominata "4 YOU" oggetto di causa, ne deriva, ex art. 2033 c.c., il diritto dell'attore ad ottenere la restituzione delle somme percepite dalla convenuta in esecuzione della medesima, oltre interessi di legge dal giorno della domanda al soddisfo, non essendovi prova della malafede della controparte (cfr. Cass. 18.1.02 n. 541).



Resta assorbita la pronunzia in ordine agli ulteriori motivi di censura dedotti dal ~~promotore~~

Quanto ai danni, l'attore non ha fornito prova degli stessi, per cui non possono essere liquidati neppure in via equitativa.

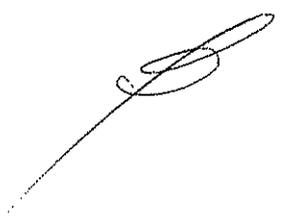
In particolare, non è stato allegato che, senza l'iniziativa del promotore finanziario della banca convenuta, il cliente avrebbe destinato il denaro impiegato nell'operazione oggetto di controversia a forme diverse di investimento.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate come in dispositivo secondo le tariffe forensi in mancanza di nota del difensore.

P.Q.M.
Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulle domande proposte con l'atto introduttivo della lite da ~~M. P. B.~~ nei confronti della BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a., e sulla domanda riconvenzionale avanzata dalla convenuta nei confronti dell'attore, ogni altra istanza, eccezione, deduzione disattesa, così provvede:

1) accogliendo per quanto di ragione la domanda dell'attore, dichiara nullo ed improduttivo di effetti il contratto intercorso tra le parti, denominato piano finanziario "4 YOU";

2) per l'effetto condanna la BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a. , in persona del legale rappresentante p.t., alla restituzione in favore di ~~M. P. B.~~ delle somme corrisposte da quest'ultimo



alla menzionata banca in esecuzione del contratto prima citato, oltre interessi legali dalla domanda al saldo;

3) rigetta le altre domande proposte dall'attore;

5) condanna la BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento delle spese di lite, liquidate in complessivi Euro ~~1.200,00~~, di cui Euro ~~100,00~~ per spese, Euro ~~1.100,00~~ per diritti ed Euro ~~1.200,00~~ per onorari, oltre I.V.A., C.P.A. e rimborso forfettario per spese generali come per legge.

Così deciso nella camera di consiglio del ~~16.5.09~~ 25/5/2010

L'ESTENSORE

Dott.ssa Maria Maria Romano

IL PRESIDENTE

Dott.ssa Antonietta Genovese

DEPOL...
Benevento, il 15 GIU. 2010
IL CANCELLIERE

SENTENZA PUBBLICATA

IL 29 GIU. 2010

Il Cancelliere
ASCIONE