

TI_GERICHTE 12.2008.122 vom 24. August 2009

TI Tribunale d'appello, 2009-08-24, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2008.122

FR: TI_GERICHTE 12.2008.122 du 24 août 2009

IT: TI_GERICHTE 12.2008.122 del 24 agosto 2009

Regeste

Banca - gestione patrimoniale - responsabilità per investimenti

Volltext

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 24.08.2009 12.2008.122

Banca - gestione patrimoniale - responsabilità per investimenti

Incarto n. 12.2008.122 Lugano 24 agosto 2009 /lw In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Epiney-Colombo, presidente, Walser e Lardelli segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa - inc. n. OA.2003.558 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 - promossa con petizione 10 settembre 2003 da AO 1 rappr. da RA 1 contro AP 1 rappr. da RA 2 con cui l'attore ha chiesto la condanna della convenuta al pagamento di fr. 5'647'240.- oltre interessi; domanda avversata dalla convenuta che ha postulato la reiezione della petizione, e che il Pretore, con sentenza 8 maggio 2008, ha accolto per € 1'149'661.-, USD 1'349'925.-, fr. 701'836.- e CAD 13'631.- più interessi, riconoscendo alla convenuta la facoltà di pagare queste somme in franchi svizzeri al tasso di cambio del 28 gennaio 2002; appellante la convenuta con atto di appello 2 giugno 2008, con cui chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di respingere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre l'attore con osservazioni 7 luglio 2008 postula la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti ritenuto in fatto e in diritto: 1. Il 17 settembre 1987 AO 1, cittadino _____ ivi domiciliato, ha aperto presso la succursale _____ della Banca P _____ la relazione n. _____, sottoscrivendo il relativo set di documenti (doc. 1 e 2), tra cui le condizioni generali e la dichiarazione di trattenere la posta "fermo banca". Il 30 agosto 1991 egli ha quindi conferito procura individuale al figlio M _____. 2. Su questa relazione bancaria sono perlopiù stati eseguiti dalla banca, tramite il vicedirettore e poi direttore _____, operazioni fiduciarie, sul mercato monetario e sui metalli preziosi nonché investimenti obbligazionari e azionari, ritenuto che la percentuale di investimenti azionari, a fine 1992 ancora attorno al 20%, ha superato a fine 1997 il 50%, per poi raggiungere e superare il 70% a fine 2000 e a fine 2001 (cfr. perizia p. 4). Il 23 gennaio 2002 il cliente, dopo aver preso atto che alcuni suoi investimenti si erano rivelati deficitari, ha chiuso la relazione bancaria e ha trasferito altrove i suoi averi, allora ammontanti ancora a fr. 12'669'497.- (cfr. perizia, allegato 1). 3. Con la petizione in rassegna, avversata da AP 1, che nel frattempo aveva assorbito la Banca P _____, AO 1 ne ha chiesto la condanna al pagamento di fr. 5'647'240.- più interessi, poi ridotti in replica a fr. 5'467'963.90 e ancora in sede conclusionale a fr. 5'278'992.80, rimproverando in sostanza alla banca di averle causato quelle importanti perdite, in generale per aver modificato unilateralmente a partire dal 1999 la strategia d'investimento

concordata a suo tempo, e in particolare per aver acquistato 15 titoli - nel 1995 e 1998 le obbligazioni 7 1/4% Owens Corn per 530'000 DEM e 11% Argentina per 340'000 DEM e, tra la primavera del 1999 e la primavera 2001, una serie di azioni, 9'000 Zonagen, 6'000 Cybercash, 4'900 Ascend Solution, 10'000 AT Home, 125'000 Seat Pagine Gialle, 5'000 Comtelco, 1'000 4M Technologies, 9'000 Marimba, 18'000 Vertical Net, 11'250 Terra Networks, 16'850 Adcore Connecta e 5'000 Bombardier, come pure 600 parti del derivato Revexus CS -, oltretutto talvolta senza diversificare il rischio, che in quanto "titoli-spazzatura", altamente speculativi, non quotati nelle principali borse, privi di rating o comunque con un rating insufficiente, non avrebbero dovuto trovare spazio nel suo portafoglio, rispettivamente per averne poi ommesso la regolare sorveglianza e non averli con ciò venduti tempestivamente allorché avevano perso più del 20%. Il danno asseritamente da risarcire (7 1/4% Owens Corn € 126'537.71, 11% Argentina € 74'099.-, Zonagen USD 158'467.31, Cybercash USD 117'521.-, Ascend Solution USD 77'918.86, AT Home USD 438'582.-, Seat Pagine Gialle € 263'224.09, Comtelco € 138'898.35, 4M Technologies fr. 472'774.95, Marimba USD 249'498.27, Vertical Net USD 593'349.67, Terra Networks € 563'016.70, Adcore Connecta fr. 369'148.95, Bombardier CAD 44'762.63 e Revexus CS € 312'600.-), poi convertito in franchi svizzeri, è stato da lui calcolato deducendo dal valore d'acquisto dei titoli in questione il loro valore al momento della chiusura della relazione bancaria rispettivamente al momento dalla successiva vendita dei titoli da parte sua, nonché i ricavi per interessi nel frattempo incassati e quelli derivanti da precedenti vendite di quegli stessi titoli. 4. Il Pretore, con la sentenza qui impugnata, ha accolto la petizione per € 1'149'661.-, USD 1'349'925.-, fr. 701'836.- e CAD 13'631.- più interessi, riconoscendo alla convenuta la facoltà di pagare tali somme in franchi svizzeri al tasso di cambio del 28 gennaio 2002. La tassa di giustizia di fr. 20'000.- e le spese sono state da lui caricate all'attore per 1/4 e per 3/4 alla convenuta, pure tenuta a rifondere alla controparte fr. 85'000.- per ripetibili. Il giudice di prime cure, ammessa l'esistenza tra le parti di un contratto di gestione patrimoniale per atti concludenti nella forma del "faccia lei", ha in sostanza ritenuto che la banca convenuta, pur non avendo violato la strategia d'investimento, che nel frattempo era in effetti stata modificata consensualmente, era responsabile in 2 casi (azioni Vertical Net e Terra Networks) per aver acquistato titoli con un eccessivo rischio di concentrazione, in 7 casi (azioni Zonagen, secondo acquisto di Seat Pagine Gialle, Comtelco, terzo acquisto di 4M Technologies, Vertical Net, Terra Networks e Adcore Connecta) per aver acquistato dei titoli di cui non era stata provata la necessaria bontà e in 10 casi per non aver tempestivamente venduto i titoli (obbligazioni 7 1/4% Owens Corn e 11% Argentina, azioni Cybercash, Ascend Solution, AT Home, primo acquisto di Seat Pagine Gialle, primo e secondo acquisto di 4M Technologies, Marimba e Bombardier e derivato Revexus CS). Nei primi due casi il danno è stato calcolato così come proposto dall'attore, ritenuto però che dal valore d'acquisto dei titoli è stato dedotto solo il loro valore al momento della chiusura della relazione bancaria oppure quello, se maggiore, ottenuto dalle vendite successive, come pure i ricavi per interessi e dividendi incassati nel frattempo; nel terzo caso, riconfermati questi medesimi principi, il giudice ha inoltre dedotto dalle pretese attoree un ulteriore 20%, ritenuto che fino a quel limite di perdita la banca era legittimata a non vendere i titoli, oppure (per l'obbligazione 11% Argentina e le azioni Ascend Solution, Seat Pagine Gialle e 4M Technologies) è partito dal valore a cui, secondo il perito, i relativi titoli avrebbero dovuto essere venduti. Tenuto conto delle risultanze peritali, egli ha pertanto quantificato in € 73'152.44 il danno per 7 1/4% Owens Corn, in € 88'910.25 quello per 11% Argentina, in USD 119'918.- quello per Zonagen, in

USD 87'525.- quello per Cybercash, in USD 47'377.- quello per Ascend Solution, in USD 350'000.- quello per AT Home, in € 30'842.- quello per Seat Pagine Gialle, in € 137'898'35 quello per Comtelco, in fr. 332'687.- quello per 4M Technologies, in USD 179'942.- quello per Marimba, in USD 565'163.- quello per Vertical Net, in € 557'558.- quello per Terra Networks, in fr. 369'149.- quello per Adcore Connecta, in CAD 13'631.- quello per Bombardier e in € 261'300.- quello per Revexus CS. 5. Con l'appello che qui ci occupa la convenuta chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere la petizione e di caricare alla controparte gli oneri giudiziari e le ripetibili di fr. 120'000.-. Il Pretore non avrebbe innanzitutto applicato la giurisprudenza del Tribunale federale in materia di ratifica di atti di gestione eventualmente incompatibili con le istruzioni date dal cliente per l'esecuzione del mandato di gestione patrimoniale. Avrebbe inoltre violato il diritto per quanto concerneva il metodo di calcolo del danno, sanando con ciò di fatto ed in modo inammissibile le carenze di allegazione e di prova a carico dell'attore. Avrebbe pure violato il diritto allorché aveva distribuito l'onere della prova con riguardo all'elemento della violazione contrattuale. Avrebbe quindi apprezzato in modo insostenibile la prova peritale, sia per quanto concerneva il tema della diligenza sui singoli acquisti contestati dall'attore, sia per quanto concerneva il tema della sorveglianza del portafoglio e meglio dell'asserita mancata vendita di titoli in presenza di un decremento di valore, omettendo pure di sanzionare la relativa carenza di allegazione a carico della controparte. Infine avrebbe respinto a torto altre argomentazioni difensive da lei fatte valere in via subordinata, e meglio quella relativa alla computazione degli utili realizzati con titoli analoghi, quella relativa alla concolpa dell'attore e quella relativa ai motivi di riduzione del risarcimento in presenza di un mandato eseguito a titolo gratuito. 6. Delle osservazioni con cui l'attore postula la reiezione del gravame si dirà, per quanto necessario, nei prossimi considerandi. 7. A questo stadio della lite le parti si sono date pacificamente atto di essere state a suo tempo vincolate da un contratto di gestione patrimoniale non scritto - retto dal diritto svizzero - nella forma del "faccia lei" (appello p. 4, osservazioni p. 53). La definizione da essi adottata è invero impropria. Concettualmente, in base al sistema operativo "faccia lei" il cliente, dopo aver concordato a grandi linee la strategia d'investimento con il consulente della banca, lascia in effetti la scelta delle singole operazioni a quest'ultimo, il quale, pur non disponendo preventivamente della sua firma, comunque garantita, può pertanto agire liberamente nel rispetto di quella strategia (II CCA 27 agosto 2003 inc. n. 12.2002.154). In tale evenienza non si è dunque in presenza di un vero e proprio contratto di gestione patrimoniale (ma semmai di un semplice mandato con conferimento alla banca di ordini puntuali, sia pure in quella particolare forma, cfr. II CCA 27 agosto 2003 inc. n. 12.2002.154; TF 19 dicembre 2003 4C.280/2003 consid. 4, 4.3 e 4.4). Senonché, avendo le parti pure aggiunto di essere state allora legate da un contratto di gestione patrimoniale (appello p. 4 e 50, osservazioni p. 53), ben si può confermare quel loro assunto, tanto più che esse neppure hanno censurato la medesima conclusione cui era giunto il Pretore. 8. Con la prima censura d'appello la convenuta rimprovera al giudice di prime cure di non aver ritenuto che l'attore aveva ratificato per atti concludenti gli atti di gestione eventualmente incompatibili con le sue istruzioni, rispettivamente che la controparte non aveva comunque contestato entro il termine annuale dell'art. 31 CO la ratifica da lui erroneamente fornita così che la sua attuale contestazione era tardiva. A torto. 8.1 Il Tribunale federale (TF 8 aprile 2005 4C.342/2003 consid. 2.3) ha stabilito che le parti di un contratto di conto corrente possono pattuire nelle condizioni generali una tacita accettazione dei saldi comunicati e che tali clausole non sono inabituali. In quella sentenza l'Alta Corte ha quindi

aggiunto che se in tal modo il cliente non risulta aver contestato un'operazione, perché non ha riconosciuto la violazione del contratto di gestione patrimoniale, può far valere entro un anno (art. 31 CO) che la tacita accettazione era avvenuta a seguito di un errore o di un altro vizio di volontà. Avendo però essa a quel momento precisato che un cliente non esperto in investimenti non è tenuto ad analizzare l'operato del gestore patrimoniale, siccome può senz'altro ritenere che questi si attenga alla strategia concordata e alle operazioni rientranti nel rischio pattuito, la dottrina ne ha dedotto che l'erronea ratifica e la conseguente ratifica per mancata contestazione entro un anno può entrare in considerazione solo nel caso in cui le violazioni contrattuali erano a suo tempo conosciute (cfr. TF 3 dicembre 2004 4C.18/2004 consid. 1.8) o almeno riconoscibili al cliente (Lombardini , La jurisprudence du tribunal fédéral dans le domaine de la gestion de fortune en 2005, n. III 2b), ciò che si verifica ad esempio se il gestore modifica la strategia d'investimento, non però - a meno che, beninteso, il cliente sia esperto della materia - se si tratta di stabilire la conformità o verificare il rischio di una singola operazione (Gutzwiller , Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, p. 234 seg.; Pachmann/von der Crone , Unabhängige Vermögensverwaltung: Aufklärung, Sorgfalt und Schadenersatzberechnung, in: RSDA 2005 p. 151 seg. e 154).

8.2 Nel caso di specie è innanzitutto pacifico che le condizioni generali allegate al contratto di apertura del conto bancario contenevano una clausola di tacita accettazione delle operazioni non contestate dal cliente entro un mese (cfr. doc. 2), clausola per altro ripresa anche nei singoli estratti forniti dalla banca (cfr. ad esempio doc. 5.1-5.5, 8, 33, V, Z, AA, BB, CC, DD, EE, FF, GG, HH, II, LL, SS, AAA e GGG). È pure pacifico che l'attore non ha mai contestato alcunché fino all'inoltro della petizione, pur avendo in precedenza preso conoscenza, personalmente o tramite il figlio M _____, degli estratti bancari presentatigli sia in occasione delle visite in banca del 12 febbraio 1996, 22 luglio 1996, 22 gennaio 1997, 25 giugno 1997, 1° aprile 1998, 16 settembre 1998, 31 dicembre 1998, 24 giugno 1999, 25 agosto 1999 e 13 febbraio 2001, sia al momento della chiusura della relazione, avvenuta il 23 gennaio 2002, e ancora in seguito quando, nell'aprile 2002, su sua richiesta, ha ottenuto (doc. 35) che fosse fornita alla sua fiduciaria, _____, tutta la documentazione bancaria degli ultimi 5 anni. Che l'attore, in quanto artigiano e dirigente di una fabbrica di maniglie ed accessori da bagno (petizione p. 3, cfr. pure doc. 1), non possa essere considerato un esperto in materia di investimenti finanziari, è incontestabile. Lo stesso - nonostante la diversa opinione della convenuta - vale anche per il figlio M _____, che in effetti, pur essendo stato nominato nel maggio 2000 membro del consiglio d'amministrazione della banca _____ (cfr. doc. PP), sembra più che altro esserlo stato per i suoi studi americani in marketing (cfr. doc. OO) e per la sua esperienza tecnico-industriale (doc. PP): non risulta, in altre parole, che fosse uno specialista del settore bancario, tanto meno nell'ambito degli investimenti. Stando così le cose, si deve concludere che la mancata contestazione da parte dell'attore o del figlio al momento del ricevimento degli estratti bancari e al momento delle visite in banca rispettivamente alla chiusura della relazione bancaria non implica ratifica da parte sua delle eventuali operazioni eccessivamente rischiose o altrimenti non conformi alla strategia concordata, queste eventuali violazioni commesse dal gestore non essendogli in effetti riconoscibili. Quanto alla mancata reazione entro un mese rispettivamente entro un anno dell'invio dei documenti bancari alla sua fiduciaria, la stessa è a sua volta ininfluente, non potendosi nemmeno in questo caso ammettere l'esistenza di una tacita ratifica: innanzitutto a quel momento il contratto era già terminato da almeno un paio di mesi, sicché le clausole in esso contenute non potevano più esplicare alcun effetto; oltretutto non risulta che al

momento della consegna dei documenti la convenuta abbia reso attenta la destinataria della documentazione di quella conseguenza, poco importando se le copie degli estratti riportavano quelle clausole. Alla luce di quanto precede, è irrilevante che, per stessa ammissione dell'attore, quella richiesta di documentazione fosse avvenuta "nell'imminenza di una prevedibile contestazione giudiziaria" (conclusioni p. 9). 9. Con la seconda censura d'appello la convenuta evidenzia come il metodo di calcolo del danno adottato dal Pretore, che nell'occasione aveva per altro inammissibilmente modificato il metodo proposto dall'attore, sanandone in parte le carenze formali e materiali, non fosse conforme alla giurisprudenza. La censura è fondata, ma non permette ancora di respingere la petizione.

9.1 Nelle azioni di responsabilità contro il gestore patrimoniale, il danno può essere calcolato, in base alla giurisprudenza, confrontando il risultato del portafoglio amministrato in violazione del mandato con quello di un portafoglio ipotetico della medesima ampiezza gestito durante il medesimo periodo conformemente alle istruzioni del contratto (TF 15 gennaio 2008 4A_351/2007 consid. 3.2.2, 30 novembre 2006 4C.295/2006 consid. 5.2.2, 10 novembre 2006 4C.158/2006 consid. 4.3 e 4.4, 3 dicembre 2004 4C.18/2004 consid. 2).

9.2 Nel caso di specie, come si è visto, per calcolare il danno, il giudice di prime cure è partito dal valore d'acquisto dei titoli a suo giudizio inseriti nel portafoglio in violazione del contratto. Da tali somme ha dapprima dedotto il loro valore al momento della chiusura della relazione bancaria rispettivamente quello, se maggiore, ottenuto dalle vendite successive; ha quindi tolto i ricavi per interessi e dividendi nel frattempo incassati; e infine, limitatamente ai casi in cui alla convenuta andava rimproverata la mancata vendita dei titoli, ha dedotto un ulteriore 20%, rispettivamente, invece di considerare il prezzo di acquisto ridotto in quei termini percentuali, è partito dal valore concreto a cui, secondo il perito, i relativi titoli avrebbero dovuto essere venduti, effettuando poi le altre deduzioni di cui si è detto. Ora, è incontestabile che questo calcolo del danno, che - contrariamente all'assunto del Pretore - la convenuta aveva già provveduto a contestare ritualmente negli allegati preliminari (cfr. risposta p. 21 e 23 e duplica p. 30) e che comunque avrebbe potuto censurare per la prima volta anche in questa sede trattandosi di una questione di diritto (DTF 132 III 359 consid. 4, 130 III 145 consid. 6.2, 129 III 18 consid. 2.4; TF 15 gennaio 2008 4A_351/2007 consid. 3.2.1, 30 novembre 2006 4C.295/2006 consid. 5.2.2), non è conforme alla giurisprudenza, non essendovi stato il necessario confronto tra il risultato delle operazioni contestate rispetto a quello di un portafoglio ipotetico della medesima ampiezza gestito durante il medesimo periodo conformemente alle istruzioni del contratto. Ciò tuttavia non significa ancora che la petizione debba essere respinta per questo motivo, anche perché l'attore nei suoi allegati preliminari, pur non avendo invero fatto accenno alla questione del portafoglio ipotetico, ha comunque allegato alcune circostanze di fatto rilevanti, che tutto sommato permettono di determinarlo, almeno in via equitativa (art. 42 cpv. 2 CO). A quel momento egli aveva in effetti evidenziato l'evoluzione del suo portafoglio dal 31 dicembre 1999 al 31 dicembre 2001, dichiarando di accettare le perdite risultanti sui titoli primari, siccome dovute al calo generale del mercato borsistico (petizione p. 9, replica p. 28 e 30, conclusioni p. 57) e dunque non imputabili a negligenze della convenuta. Ancorché non l'abbia detto espressamente, egli in tal modo ha lasciato intendere di poter considerare quale risultato del portafoglio ipotetico, che sarebbe stato disposto ad accettare, quello derivante dalla gestione del resto del suo portafoglio, con una perdita ammontante a circa il 30% (in realtà inferiore, pari a circa il 20% [2.65% + 17.2%], cfr. allegato C del complemento peritale), percentuale questa che a sua volta la convenuta aveva ritenuto, sia pure in via subordinata, di poter condividere (appello p. 28). Appare invece

eccessiva la richiesta formulata in via principale dalla convenuta di ridurre il 41.7% (appello p. 27), che corrisponde in effetti alla perdita del portafoglio riscontrata in quegli anni tenendo anche conto delle operazioni contestate. In un'ottica equitativa, stante la pochezza delle allegazioni dell'attore sulla questione, la percentuale del 30% può in definitiva essere confermata, ritenuto da una parte che gli investimenti qui contestati, diversamente da altri presenti in portafoglio, in virtù della concordata modifica della strategia erano stati effettuati in mercati più volatili e miravano dunque a maggiori rendimenti, e dall'altra che andavano pure considerate le perdite conseguite fino alla chiusura della relazione bancaria e quelle ottenute su alcune operazioni avvenute prima del 1999 (cfr. pure petizione p. 9). Questo dato è per altro sostanzialmente in linea con l'evoluzione avuta in quel periodo dall'indice Dow Jones (cfr. complemento peritale p. 5), mentre l'indice Nasdaq ha subito un calo ancora più vistoso (cfr. complemento peritale p. 4 seg.).

10. Con la successiva censura la convenuta rimprovera al Pretore di aver erroneamente distribuito l'onere della prova con riguardo all'elemento della violazione contrattuale ed in particolare di aver posto a suo carico la mancanza di prova della correttezza degli investimenti messi in atto. La censura è fondata.

10.1 Di principio nel mandato di gestione patrimoniale, come più in generale nel contratto di mandato (Fellmann , Berner Kommentar, n. 444 e 447 ad art. 398 CO; TF 30 maggio 2002 4C.359/2001 consid. 2.1.1; II CCA 12 giugno 2002 inc. n. 12.2001.94, 15 ottobre 2001 inc. n. 12.2000.228), è il cliente che deve provare l'esistenza di una violazione contrattuale da parte del gestore (Gutzwiller , Unsorgfältige Vermögensverwaltung, in: AJP 2000 p. 59 seg. e 65; Walter , Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, in: RDS 2008 I p. 119 seg.) e non spetta a quest'ultimo provare di aver al contrario adempiuto correttamente il contratto, a meno che, beninteso, non si sia in presenza di un caso di vera e propria inadempienza della banca (Walter , op. cit., p. 119 seg.). Tale soluzione, che va oltretutto preferita in presenza di un mandato standardizzato com'è quello di gestione patrimoniale (Gutzwiller , Unsorgfältige Vermögensverwaltung, in: AJP 2000 p. 60), s'impone a maggior ragione nel caso in cui la prestazione della banca sia inizialmente stata accettata senza riserve (DTF 128 III 271 consid. 2a/aa), rispettivamente nel caso in cui il cliente confrontato con una clausola contrattuale che prevede la tacita ratifica delle operazioni non contestate entro un determinato termine non abbia tempestivamente obiettato al momento del ricevimento del relativo estratto (Walter , op. cit., p. 120 seg.).

10.2 Nella fattispecie non ci si trova confrontati con una causa volta ad ottenere l'adempimento del contratto bensì di fronte a una causa di risarcimento del danno contrattuale, per cui di principio è il mandante che pretende il risarcimento che deve provare l'esistenza di una violazione contrattuale da parte del mandatario. In presenza di un mandato di gestione patrimoniale, come detto, tale soluzione appare del resto preferibile. Oltretutto, sempre a favore di questa ripartizione dell'onere probatorio nel caso concreto, va pure menzionato il fatto che le operazioni del gestore erano state inizialmente accettate senza riserve e che il cliente, confrontato con una clausola di tacita accettazione delle operazioni eseguite, non aveva provveduto a contestarle tempestivamente (il che non ha invero nulla a che vedere con la questione della tacita ratifica di cui si è detto). Alla luce di quanto precede, diversamente da quanto fatto dal giudice di prime cure, le incertezze emerse dal referto peritale dovranno essere risolte a favore della convenuta.

11. Prima di esaminare se ed eventualmente in quale misura alla convenuta possa essere imputata una violazione contrattuale con riferimento ai 15 titoli oggetto di contestazione e, se del caso, con quali conseguenze pratiche, occorre ancora evadere la censura d'appello con cui essa

rimprovera al Pretore di aver ommesso di sanzionare la carenza di allegazione a carico dell'attore in merito alle presunte violazioni contrattuali da lei commesse, che in gran parte nemmeno erano state confermate peritalmente. Anche in questo caso il rilievo è fondato.

11.1 Negli allegati preliminari l'attore, a sostegno della presunta violazione contrattuale connessa all'acquisto di alcuni titoli da parte della convenuta, si era limitato ad affermare che i titoli acquistati nell'occasione dalla banca non dovevano essere presenti in un mandato di gestione patrimoniale e quindi nel suo portafoglio siccome si trattava di "titoli-spazzatura", altamente speculativi, non quotati in borsa, privi di rating ("no-rating") o comunque con un rating insufficiente. Ne discende che il Pretore avrebbe dovuto limitarsi ad esaminare se i titoli in questione avevano o non avevano queste caratteristiche. Di fatto, non poteva dunque esaminare, come invece ha fatto, se al momento degli acquisti gli stessi fossero eventualmente consigliati o meno dagli analisti nelle loro raccomandazioni (che non vanno confuse con il rating, cfr. perizia p. 10 seg.), tanto più che lo stesso attore aveva espressamente dichiarato di non volersi fondare su quelle valutazioni, da lui definite prive d'importanza (replica p. 18-22 e 25), per lui essendo al contrario decisivo solo il fatto che i titoli non avevano rating o avevano un rating insufficiente (replica p. 16-26). La tesi dell'attore secondo cui alcuni acquisti sarebbero ingiustificati siccome non conformi alle raccomandazioni degli analisti, adotta per la prima volta solo in sede conclusionale, è pertanto irricevibile (art. 78 CPC) e così dev'essere dichiarata dalla Corte d'appello, poco importando se il primo giudice non l'abbia allora sanzionata (II CCA 31 luglio 2008 inc. n. 12.2007.133, 8 gennaio 2008 inc. n. 12.2006.211, 29 ottobre 2007 inc. n. 12.2007.223, 2 ottobre 2007 inc. n. 12.2006.179). Si aggiunga che le raccomandazioni sono meno scientifiche dei giudizi di rating (perizia p. 10 seg.), per cui nemmeno è scontato se ed eventualmente in quale misura un gestore vi si debba necessariamente conformare (sulla rilevanza da attribuire alle raccomandazioni degli analisti e sull'obbligo di eventualmente adeguarsi alle opinioni maggioritarie, cfr. Lombardini, *Droit bancaire suisse*, 2^a ed., p. 819 n. 66).

11.2 Negli allegati preliminari l'attore, a sostegno della carenza di sorveglianza degli investimenti da parte della convenuta, ha rimproverato alla controparte di non aver tempestivamente venduto i titoli allorché avevano perso più del 20%. Anche in questo caso il giudice doveva pertanto limitarsi ad esaminare tale aspetto e non avrebbe dunque potuto esaminare, sia pure basandosi sulla perizia giudiziaria, se la loro vendita non fosse eventualmente dovuta ad altre ragioni, ad esempio in presenza di raccomandazioni in tal senso da parte degli analisti, circostanze queste che avrebbero potuto rivestire una certa rilevanza (cfr. Lombardini, *Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes*, in: SJ 2008 II 438) ma di cui l'attore ha in definitiva rinunciato a prevalersi in petizione e replica. Anche in questo caso, per le ragioni indicate in precedenza, la tesi dell'attore secondo cui il mantenimento dei titoli in portafoglio sarebbe contrario alle raccomandazioni degli analisti e quindi contrario al contratto, adotta per la prima volta solo in sede conclusionale, è pertanto irricevibile (art. 78 CPC).

11.3 La convenuta, sempre in merito al rimprovero mosso di non aver tempestivamente venduto i titoli allorché avevano perso più del 20%, rileva in questa sede come, contrariamente all'assunto del Pretore, il referto peritale non suffragasse in alcun modo la tesi dell'attore. A ragione. Il perito giudiziario, pur avendo inizialmente affermato che "in linea di massima sarebbe una buona regola vendere un titolo azionario quando la perdita raggiunge il 10-15%" (perizia p. 11), criterio questo che per altro a suo dire comunque non poteva essere preso in considerazione per titoli con un alto grado di volatilità (perizia p. 11), ha in effetti dovuto ammettere che "la decisione di vendere o non vendere un

determinato titolo viene presa di regola sulla base di pronostici e previsioni del momento in un contesto complesso e in continua evoluzione che nulla ha da spartire con un'analisi a posteriori del corso di un titolo" (perizia p. 12 seg.), concludendo che la regola della perdita del 10-15% a cui aveva accennato "non è imperativa e non è necessariamente la prassi" (complemento perizia p. 4) e che in definitiva "non è possibile fornire una risposta univoca a sapere quando un titolo avrebbe dovuto essere venduto" (complemento perizia p. 4), anche perché le informazioni tecniche a disposizione negli atti di causa erano spesso insufficienti (perizia p. 13). In tali circostanze è incontestabile che il criterio proposto dall'attore - fatto proprio dal Pretore - per ammettere la violazione contrattuale da parte della convenuta, ovvero la mancata vendita dei titoli in presenza di una perdita del 20%, non ha trovato alcun riscontro probatorio né nel principio né nel quantum e non può essere posto alla base del giudizio. Alla medesima conclusione era invero giunta anche la giurisprudenza, che ha in effetti escluso che il gestore patrimoniale sia in generale obbligato per contratto a vendere titoli in presenza di una determinata percentuale di perdita (in casu pure del 20%, cfr. EGVSZ 2006 p. 33, confermata in TF 10 novembre 2006 4C.158/2006 consid. 3.2).

11.4 Sempre in merito a quest'ultima questione, appare privo di rilevanza il rimprovero che l'attore muove alla convenuta di non aver a suo tempo allestito per scritto il suo profilo, ciò che a suo dire avrebbe impedito di prevedere norme di comportamento a carico della banca in caso di importanti ribassi dei corsi azionari o obbligazionari. Il Tribunale federale ha in effetti già avuto modo di precisare che il profilo del cliente non ha alcuna portata propria in merito alla questione del rischio se gli accordi contrattuali su questo punto sono comunque univoci (TF 10 novembre 2006 4C.158/2006 consid. 3.3.2). Ora, siccome nel caso di specie l'assunto pretorile secondo cui le parti hanno successivamente modificato la strategia a favore di una politica d'investimento più aggressiva è rimasto incontestato, l'attore non può sostenere che l'allestimento del suo profilo, che per altro a seguito delle mutate circostanze sarebbe comunque stato superato, avrebbe migliorato la sua posizione (TF 10 novembre 2006 4C.158/2006 consid. 3.3.2). Si aggiunga che l'allestimento del profilo non presuppone necessariamente che le parti si accordino sul limite di perdita entro cui il gestore deve eventualmente vendere uno o più titoli.

12. Ciò premesso, con riferimento ai singoli titoli oggetto di contestazione si osserva quanto segue.

12.1 In merito ai titoli che, a detta del Pretore, non avrebbero dovuto essere acquistati: azioni Zonagen (acquistate il 6 aprile 1999) Nell'occasione il giudice di prime cure ha deciso a sfavore della convenuta rilevando in sostanza che non era stato provato sulla base di quali informazioni e di quali parametri quest'ultima aveva ritenuto di introdurre quel titolo nel portafoglio. La conclusione cui è giunto il Pretore non può essere confermata già solo per il fatto - accertato in precedenza - che l'onere della prova circa l'esistenza di una violazione contrattuale da parte del gestore incombe in realtà al cliente. In assenza della prova di una violazione contrattuale, non vi è quindi alcun danno da risarcire.

secondo acquisto di azioni Seat Pagine Gialle (avvenuto il 30 aprile 2001) Il giudice di prime cure ha deciso a sfavore della convenuta rilevando che il perito aveva ritenuto "opinabile" il secondo acquisto di azioni e che la convenuta non aveva provato in base a quali informazioni e a quali parametri aveva deciso l'acquisto. La conclusione cui è giunto il Pretore non può essere condivisa in quanto - come detto - l'onere della prova circa l'esistenza di una violazione contrattuale da parte del gestore incombe al cliente. In tali circostanze il fatto che il perito, dopo aver preso atto che l'acquisto in questione rientrava verosimilmente nell'ottica di una valutazione sempre positiva del titolo sul medio o lungo termine, di cui però, specie a fronte dei prezzi target, non aveva visto riscontri oggettivi

agli atti, abbia in definitiva ritenuto solo “opinabile”, ovvero discutibile, l’operazione in questione (perizia p. 18), non prova ancora che la stessa, a fronte oltretutto di valutazioni contrastanti da parte degli analisti (perlopiù neutre e solo in parte negative, cfr. perizia p. 18 e 40), fosse costitutiva di una violazione del contratto, ciò che in effetti presuppone che l’operazione sia irragionevole, ovvero non sarebbe stata ragionevolmente e oggettivamente eseguita da un professionista (SJ 1994 p. 284, 1988 p. 340; Lombardini, Droit bancaire suisse, 2^a ed., p. 813 n. 47). Oltretutto, come detto, le raccomandazioni non potevano concretamente essere prese in considerazione già per motivi procedurali. In assenza della prova di una violazione contrattuale, non vi è quindi alcun danno da risarcire.

azioni Comtelco (acquistate l’11 febbraio 2000) In questo caso il giudice di prime cure ha deciso a sfavore della convenuta rilevando da una parte che non era stato provato sulla base di quali informazioni e di quali parametri quest’ultima aveva ritenuto di introdurre quel titolo nel portafoglio e dall’altra che il titolo non era quotato su una borsa regolamentata. La conclusione cui è giunto il Pretore non può essere confermata: in merito al primo aspetto, si osserva che l’onere della prova circa l’esistenza di una violazione contrattuale da parte del gestore incombe al cliente; in merito alla seconda questione, si rileva che le Direttive dell’Associazione svizzera dei banchieri permettono l’investimento in borsa o in un mercato rappresentativo, non escludendo neppure a determinate condizioni i prodotti OTC (perizia p. 7), com’è quello in discussione (cfr. perizia p. 54): il perito, rammentato che il titolo, come del resto tutti gli altri, era facilmente negoziabile (perizia p. 55), non ha in ogni caso affermato che in questo caso quelle determinate condizioni non sarebbero date. In assenza della prova di una violazione contrattuale, non vi è quindi alcun danno da risarcire.

terzo acquisto di azioni 4M Technologies (avvenuto il 23 maggio 2000) Il giudice di prime cure ha deciso a sfavore della convenuta rilevando che dalla perizia, a suo dire invero sibillina, sembrava che il terzo acquisto di azioni fosse censurabile, tanto più che quel giorno gli indicatori erano perlopiù negativi, e che la convenuta non aveva provato in base a quali informazioni e a quali parametri aveva deciso l’acquisto. La conclusione cui è giunto il Pretore non può essere confermata in quanto - come detto - l’onere della prova circa l’esistenza di una violazione contrattuale da parte del gestore incombe al cliente, che non l’ha fornita. Contrariamente all’assunto del Pretore, dalla perizia (complemento peritale p. 10 seg.) non risulta inoltre che il terzo acquisto sarebbe stato censurabile o sconsigliato. Quanto alle raccomandazioni, che - come detto - non potevano concretamente essere prese in considerazione, il fatto che il giorno dell’acquisto un analista abbia leggermente ridotto le sue previsioni (da “buy” a “reduce”) non dimostra ancora che l’operazione fosse irragionevole e dunque costitutiva di una violazione del contratto, tanto più che il giorno precedente un altro analista aveva pur sempre fornito una previsione almeno neutra (con riduzione da “buy” a “hold”), poi confermata anche in epoca successiva (cfr. perizia p. 42). In assenza della prova di una violazione contrattuale, non vi è quindi alcun danno da risarcire.

azioni Vertical Net (acquistate tra il 5 giugno e il 10 settembre 2000) Nell’occasione il giudice di prime cure ha deciso a sfavore della convenuta rilevando in sostanza che non era stato provato sulla base di quali informazioni e di quali parametri quest’ultima aveva ritenuto di introdurre quel titolo nel portafoglio. La conclusione cui è giunto il Pretore non può essere confermata già solo per il fatto - accertato in precedenza - che l’onere della prova circa l’esistenza di una violazione contrattuale da parte del gestore incombe al cliente. In assenza della prova di una violazione contrattuale, non vi è quindi alcun danno da risarcire. La questione del rischio di concentrazione verrà esaminata più oltre.

azioni Terra Networks (acquistate in 3 tornate tra il 2 maggio e il 12 settembre 2000)

Anche in questo caso il giudice di prime cure ha deciso a sfavore della convenuta rilevando che non era stato provato sulla base di quali informazioni e di quali parametri quest'ultima aveva ritenuto di introdurre quel titolo nel portafoglio. Egli ha pure aggiunto che, per il perito, il terzo acquisto era "opinabile". La conclusione cui è giunto il Pretore non può essere confermata: in merito al primo aspetto si osserva che l'onere della prova circa l'esistenza di una violazione contrattuale da parte del gestore incombe al cliente; quanto al secondo aspetto, il fatto che il perito abbia definito "opinabile" l'operazione in questione (perizia p. 22), in ragione della concentrazione del rischio che ne risultava (cfr. perizia p. 63), non dimostra ancora che la stessa fosse irragionevole e con ciò costitutiva di una violazione del contratto. In assenza della prova di una violazione contrattuale, non vi è quindi alcun danno da risarcire. La tematica del rischio di concentrazione verrà ripresa più oltre.

azioni Adcore Connecta (acquistate ad inizio marzo 2000) Il Pretore ha rinviato nell'occasione alla motivazione da lui addotta con riferimento alle azioni Zonagen. Vale dunque per analogia quanto si è detto sopra per quei titoli.

12.2 In merito ai titoli che, a detta del Pretore, avrebbero dovuto essere venduti: obbligazioni 7 1/4% Owens Corn Nel giudizio impugnato il Pretore ha ritenuto, anche perché la convenuta non aveva dimostrato per quale motivo aveva optato per una sua strategia attendista, che questi titoli avrebbero dovuto essere venduti tra fine giugno e inizio agosto 2000, rilevando poi che in mancanza di indicazioni sul loro valore a quel momento si poteva considerare un valore ipotetico dell'80%, dato che in ogni caso la vendita si sarebbe imposta in presenza di una perdita del 20%. Ai considerandi precedenti si è spiegato che il semplice raggiungimento di un limite di perdita, tanto meno del 20%, non può di per sé implicare un obbligo di vendita da parte della convenuta. A quel momento si è pure spiegato che l'attore non ha sostanzialmente per quali altre ragioni, ad esempio valutazioni o raccomandazioni degli analisti, si dovesse eventualmente imporre la vendita di questi titoli, poco importando se il giudice di prime cure le abbia comunque considerate di sua iniziativa. Oltretutto nulla permette di ritenere che tra fine giugno e inizio agosto 2000 le obbligazioni in questione avessero un valore dell'80%, dagli atti risultando unicamente che tra fine dicembre 1999 e fine dicembre 2000 la loro quotazione era passata dal 100.25% al 19.625% (perizia p. 12) ed il perito avendo anzi dichiarato di non essere in grado di stabilirne la quotazione nell'estate 2000 (complemento peritale p. 6). Quanto poi all'onere della prova in merito alla violazione contrattuale, lo stesso - come detto - incombeva al cliente, sicché non era la banca a dover dimostrare le ragioni per cui aveva ritenuto di tenere i titoli, ma l'attore a dover provare perché ciò sarebbe stato costitutivo di una violazione contrattuale. Non potendosi con ciò ammettere l'esistenza di una violazione contrattuale da parte della convenuta, non vi è danno da risarcire, per altro a sua volta neppure provato.

obbligazioni 11% Argentina Nel giudizio impugnato il Pretore, sulla base del referto peritale, ha ritenuto che questi titoli avrebbero dovuto essere venduti ben prima che si fosse verificata la perdita del 20%, ovvero a fine agosto 1998. Ora, già si è detto in precedenza che l'attore non aveva preteso negli allegati preliminari che la vendita di quei titoli si sarebbe imposta per altre ragioni, ad esempio in presenza di raccomandazioni in tal senso da parte degli analisti o siccome la banca non aveva dimostrato per quale motivo aveva adottato una sua strategia attendista. In tali circostanze il Pretore non poteva pertanto ammettere una violazione contrattuale della convenuta in base a questi eventuali altri motivi, in merito ai quali l'attore era venuto meno al suo obbligo di allegazione e in punto ai quali la convenuta non aveva dunque potuto far valere le sue ragioni, né tanto meno far assumere le necessarie prove a suo discarico. Oltretutto l'onere della prova in merito alla violazione contrattuale incombeva al cliente,

sicché non era la banca a dover dimostrare le ragioni per cui aveva ritenuto di tenere i titoli. Si aggiunga che non è necessariamente vero e comunque non è stato provato che la data per la quale, secondo il perito, “nell’ottica di una limitazione dei rischi”, si sarebbe potuto “considerare l’opportunità della vendita” (perizia p. 14), poi fatta propria dal Pretore, coincida forzatamente con quella a cui la vendita doveva effettivamente essere eseguita, pena il riconoscimento di una violazione del contratto. Non essendo così provata l’esistenza di una violazione contrattuale da parte della convenuta, non vi è danno da risarcire. azioni Cybercash Nel giudizio impugnato il Pretore ha ritenuto che questi titoli, per i quali la convenuta non aveva provato le ragioni della mancata vendita, avrebbero dovuto essere venduti allorché avevano subito una perdita del 20%. Già si è detto che il raggiungimento di un limite di perdita, tanto meno del 20%, non può di per sé implicare un obbligo di vendita da parte della convenuta. Quanto poi all’onere della prova, già si è detto che non era la banca a dover dimostrare le ragioni per cui aveva ritenuto di tenere i titoli. Non essendo provata l’esistenza di una violazione contrattuale da parte della convenuta, non vi è danno da risarcire. azioni Ascend Solution Vale per analogia quanto si è detto con riferimento alle obbligazioni 11% Argentina, ritenuto che in questo caso per il Pretore i titoli avrebbero dovuto essere venduti il 26 gennaio 2000. Anche qui, come per quelle obbligazioni, il perito si è poi limitato ad affermare che sulla base degli elementi agli atti alla data da lui indicata “si doveva prendere in seria considerazione la vendita delle azioni in questione” (cfr. complemento peritale p. 8): ciò tuttavia non si significa ancora che il mantenimento del titolo oltre quella data fosse irragionevole e costituisse dunque una violazione contrattuale. Si aggiunga che a quel momento almeno due analisti avevano fornito una valutazione neutrale (“neutral”, cfr. perizia p. 38). azioni AT Home Vale per analogia quanto si è detto con riferimento alle azioni Cybercash. primo acquisto di azioni Seat Pagine Gialle Il Pretore ha ritenuto che l’azione avrebbe dovuto essere venduta il 30 aprile 2001, come indicato dal perito (complemento peritale inc. n. OA.2003.559 rich. p. 6), tanto più che a quel momento le raccomandazioni erano ormai volte alla vendita. Il suo giudizio non può essere confermato. Già si è detto che le raccomandazioni, su cui il giudice e il perito si sono in definitiva fondati, non potevano essere prese in considerazione per i motivi già esposti in precedenza. Oltretutto, l’ultima raccomandazione resa prima di quella data era ancora positiva (“hold”, cfr. perizia p. 40), sicché non si può oggettivamente ritenere che il mantenimento del titolo oltre quella data fosse irragionevole e costituisse dunque una violazione contrattuale. Per il resto valgono per analogia le considerazioni espresse per le obbligazioni 11% Argentina. primo e secondo acquisto di azioni 4M Technologies Il Pretore ha ritenuto che l’azione avrebbe dovuto essere venduta il 22 maggio 2000, allorché il titolo ha subito un repentino crollo (del 26%) sulla base della pubblicazione dei dati trimestrali, ma la sua valutazione non può essere condivisa già per il fatto che quello stesso giorno un analista, pur avendo ridotto la sua valutazione, aveva pur sempre consigliato il mantenimento nel portafoglio del titolo in questione (“hold”, cfr. perizia p. 42). Del resto nemmeno il perito ha affermato che il titolo avrebbe dovuto essere venduto a quel momento, sicché la conclusione del Pretore, soggettiva, non trova riscontro oggettivo agli atti. Per il resto valgono per analogia le considerazioni espresse per le obbligazioni 11% Argentina. azioni Marimba Vale per analogia quanto si è detto con riferimento alle azioni Cybercash. azioni Bombardier Vale per analogia quanto si è detto con riferimento alle azioni Cybercash. derivato Revexus CS Vale per analogia quanto si è detto con riferimento alle azioni Cybercash. 12.3 In merito ai titoli per i quali il Pretore ha riscontrato un eccessivo rischio di concentrazione (“Klumpenrisiko”): azioni Vertical Net Il Pretore ha

ritenuto censurabile il fatto che la convenuta aveva violato l'obbligo di diversificazione concentrando il 7.5% del patrimonio medio investito su questo titolo, per un importo di USD 981'000.- (18'000 azioni). In questa sede la convenuta non contesta di aver violato l'obbligo di diversificazione, come del resto confermato dal perito (perizia p. 21, 28 e 63), ciò che si verifica quando la percentuale investita in un titolo supera il 5% del valore del portafoglio (perizia p. 5, 20 seg.), ma ritiene che in realtà la quota investita nel titolo sia stata solo del 5.9% e che comunque solo il superamento dello 0.9% costituiva una violazione contrattuale. La censura è solo in parte fondata. Se è vero che inizialmente il perito aveva affermato che l'investimento totale nelle azioni in questione era effettivamente pari al 5.9% del valore medio annuo del portafoglio (perizia p. 20), è però altrettanto vero che egli ha in seguito aggiunto che la percentuale aumentava se si valutava l'investimento totale al momento dell'acquisto (11 settembre 2000) della quarta e ultima tranche di 3'000 azioni, che portavano dal 6.45% al 7.75% la posizione valutata a quel momento (perizia p. 21): è proprio in questo senso che ha ritenuto di non poter condividere la scelta della banca di acquistare quest'ultima tranche di 3'000 azioni, anche perché già l'acquisto della terza tranche di 10'000 azioni era problematico in quanto con quell'acquisto (avvenuto il 19 giugno 2000) si otteneva una percentuale oltremodo alta del 4.29%, poi salita al 6.45% a seguito dell'aumento del corso intervenuto nel frattempo. In definitiva si deve ritenere che il quarto acquisto (3'000 azioni) non avrebbe dovuto essere effettuato e che a quel momento si sarebbe invece dovuto ridurre dal 6.45% al 5% l'esposizione con quel titolo, con la vendita di ulteriori 3'372 azioni (15'000 : 6.45% x 1.45%). Ciò posto, preso atto dei dati accertati dal Pretore, di per sé non contestati, e tenuto conto della deduzione ulteriore del 30% accertata al considerando 9, il danno causato dalla convenuta per questo investimento può essere quantificato in USD 161'836.- (USD 349'531.- prezzo di acquisto / vendita delle 6'372 azioni [a USD 54.854, cfr. doc. GG] ./ USD 82'836.- valore al 31 gennaio 2002 [USD 13.- cadauna, cfr. perizia p. 45] ./ USD 104'859.- [30% di USD 349'531.-]). azioni Terra Networks Il Pretore ha ritenuto che l'acquisto delle ultime 1'250 delle 13'250 azioni era "opinabile", avendo fatto lievitare la relativa posizione dal 3.7% al 4.2%. In questa sede la convenuta nega che l'investimento abbia raggiunto un eccessivo rischio di concentrazione. A ragione. Il fatto che il perito, per questo motivo, abbia ritenuto "opinabile" l'ultimo acquisto di azioni (perizia p. 22, 28 e 63; complemento peritale p. 13) non prova in effetti ancora che lo stesso fosse irragionevole e costituisse con ciò una violazione contrattuale, tanto più che egli ha aggiunto che l'investimento era ancora nei limiti superiori, essendo entro il 3% e il 5% per quel genere di titoli (perizia p. 22 e 28). 13. Ammessa con ciò, almeno parzialmente, la responsabilità della banca convenuta per le perdite subite dall'attore, restano da esaminare le ulteriori eccezioni, disattese dal Pretore nel giudizio impugnato, che, a suo dire, giustificerebbero di ridurre la misura del risarcimento. 13.1 La convenuta ritiene innanzitutto che l'assenza di un'adeguata remunerazione per i servizi da lei prestati, effettuati in forza di un mandato di gestione gratuito, potrebbe costituire un fattore riduttivo del risarcimento. Il principio esposto è di per sé corretto (cfr. DTF 112 II 347 consid. 3b; SJ 1998 p. 202; Brehm, Berner Kommentar, n. 55 ad art. 43 CO). Sennonché, nel caso concreto non si può affermare che essa abbia prestato i suoi servizi a titolo gratuito: in effetti, se è vero che per la gestione patrimoniale la convenuta non ha preteso alcuna remunerazione, è però altrettanto vero che, per le operazioni eseguite, essa incassava pur sempre importanti commissioni, cosicché ben si può ritenere che la sua attività, almeno indirettamente, fosse comunque retribuita. 13.2 La convenuta pretende in seguito che si tenga conto dei benefici di cui il cliente ha beneficiato

grazie agli investimenti avvenuti conformemente al contratto e paragonabili o simili a quelli censurati, e chiede con ciò di computare l'importo di fr. 1'900'000.- pari agli utili conseguiti in titoli del settore TMT (Technology, Media, Telecommunication), paragonabili cioè a gran parte di quelli contestati. A sostegno della sua tesi cita due autori (Gutzwiller , Unsorgfältige Vermögensverwaltung, in: AJP 2000 p. 64 e Lombardini , Droit bancaire suisse, 1^a ed., p. 514 n. 50) e una sentenza del Tribunale federale (TF 17 ottobre 2001 4C.74/2001 consid. 4a/cc). A ben vedere, però, solo il secondo autore sembra andare nella direzione auspicata dalla convenuta, mentre il primo e l'Alta Corte si esprimono in quei termini solo riferendosi alle operazioni contrarie al contratto che hanno causato dei benefici. Sennonché la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria vanno decisamente nella direzione opposta e escludono che i guadagni ottenuti da operazioni conformi al contratto possano essere posti in compensazione con le perdite derivanti da operazioni effettuate in violazione del contratto (SJ 1994 p. 284; Walter , op. cit., p. 114; Pachmann/von der Crone , op. cit., p. 154; Gross , Fehlerhafte Vermögensverwaltung – Klage des Anlegers auf Schadenersatz, in: AJP 2006 p. 165; Bizzozero , Le contrat de gérance de fortune, p. 176). La censura ricorsuale deve di conseguenza essere respinta.

13.3 La convenuta chiede infine una riduzione del risarcimento in misura dell'80% in considerazione della concolpa imputabile all'attore, reo a suo dire di aver costantemente e per anni avuto a disposizione la documentazione bancaria completa senza aver mai eccepito alcunché, rispettivamente di essere stato improvvisamente "latitante" tra il settembre 1999 e il febbraio 2001, periodo nel quale erano state eseguite gran parte delle operazioni oggetto di contestazione e durante il quale si erano verificate quasi interamente le perdite di cui era chiesto il risarcimento. Il rilievo dev'essere disatteso già per il fatto, accertato in precedenza (cfr. consid. 8), che l'attore e il suo procuratore non erano in grado di sapere che la banca stava agendo in violazione del contratto con riferimento ai 15 titoli in discussione. In tali circostanze il fatto che egli non abbia avuto nulla da ridire al momento in cui ha preso visione della documentazione bancaria non può essergli di nocumento, come del resto non lo può essere il fatto che, ad un certo punto, neppure si sia più presentato in banca per visionare gli estratti (cfr., per analogia, TF 1° giugno 2007 4C.5/2007 consid. 8).

14. Ne discende, in parziale accoglimento dell'appello, che la convenuta dev'essere condannata a pagare all'attore la somma di USD 161'836.- oltre interessi. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili di entrambe le sedi seguono la soccombenza (art. 148 CPC), ritenuto che per la procedura di seconda istanza si è tenuto conto di un valore litigioso ampiamente superiore a fr. 30'000.- (€ 1'149'661.- + USD 1'349'925.- + fr. 701'836.- + CAD 13'631.-). Per i quali motivi, richiamati l'art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 2 giugno 2008 di AP 1 è parzialmente accolto . Di conseguenza la sentenza 8 maggio 2008 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, è così riformata:

1. La petizione è parzialmente accolta e di conseguenza AP 1 è condannata a versare a AO 1 USD 161'836.- oltre interessi al 5% dal 28 gennaio 2002. § È facoltà della banca convenuta di pagare questo importo in franchi svizzeri al tasso di cambio vigente il giorno 28 gennaio 2002.

2. La tassa di giustizia di fr. 20'000.- e le spese, da anticipare così come anticipate, sono poste a carico dell'attore per 19/20 e della convenuta per 1/20. L'attore rifonderà alla convenuta fr. 108'000.- per parti di ripetibili.

II. Le spese della procedura d'appello consistenti in:

giustizia	fr.	19'900.-	b) spese	fr.	100.-
T o t a l e		fr.	20'000.-		

da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico per 1/15 e per 14/15 sono poste a carico dell'appellato, che rifonderà all'appellante fr. 45'000.- per parti di ripetibili di appello.

III. Intimazione: - -

Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile
del Tribunale d'appello La presidente Il segretario

Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in materia civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113, 117 LTF). La parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (art. 119 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.