

TI_GERICHTE 12.2014.20 vom 23. Juni 2015

TI Tribunale d'appello, 2015-06-23, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2014.20

FR: TI_GERICHTE 12.2014.20 du 23 juin 2015

IT: TI_GERICHTE 12.2014.20 del 23 giugno 2015

Regeste

Contratto di gestione patrimoniale - responsabilità del mandatario - calcolo del danno

Erwägungen

E. 1

Il 4 aprile 2003 AP 1 ha conferito ad AO 1 un mandato d'amministrazione relativo a tutti i beni e i valori da lei depositati presso la Banca _____ (doc. C). Nel formulario "profilo d'investimento" annesso al contratto le parti hanno concordato una categoria d'investimento "bilanciata / tolleranza di rischio media".

E. 2

Con petizione 1° settembre 2009 AP 1 ha convenuto in giudizio AO 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, per ottenere la sua condanna al pagamento di una somma poi modificata in € 200'000.- oltre interessi al 5% dal 17 giugno 2009 nonché il rigetto in via definitiva dell'opposizione interposta al PE n. _____ dell'UE di Lugano. In sintesi, essa ha rimproverato alla controparte di non aver rispettato il profilo d'investimento concordato, nella misura in cui aveva provveduto ad investire parte dei suoi averi nei tre Hedge Funds altamente speculativi "Luxalpha American Selection B", "Groupement Financier EUR" e "Groupement Financier USD", il cui valore iniziale, pari a circa € 200'000.-, nel corso del 2009 si era azzerato (siccome rientranti tra quelli legati al faccendiere americano Bernard L. Madoff ed oggetto della clamorosa truffa da lui orchestrata a danno di una miriade di investitori di tutto il mondo secondo il noto "schema Ponzi"). Il convenuto si è integralmente opposto alla petizione.

E. 3

Con la sentenza 30 dicembre 2013 qui impugnata il Pretore ha respinto la petizione, ponendo la tassa di giustizia e le spese di complessivi fr. 12'000.- a carico dell'attrice, tenuta altresì a rifondere alla controparte fr. 16'500.- per ripetibili. Pur avendo rilevato che l'inserimento dei tre titoli nel portafoglio dell'attrice non era conforme, sotto diversi punti di vista, alle regole di una sana gestione patrimoniale e rappresentava dunque una violazione del dovere di diligenza del convenuto, il giudice di prime cure ha in sostanza ritenuto che l'attrice non aveva dimostrato l'ammontare del suo pregiudizio, che nel caso concreto non corrispondeva alla differenza tra il prezzo di acquisto dei titoli e il loro valore nel 2009.

E. 4

Con l'appello 31 gennaio 2014, che qui ci occupa, l'attrice chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi. Oltre a lamentare la violazione del diritto di essere sentita, essa ritiene di aver

senz'altro dimostrato il pregiudizio da lei subito, che per altro sarebbe stato accertabile anche d'ufficio dal Pretore. Con risposta 14 luglio 2014 il convenuto postula invece la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili. Egli ribadisce di non aver mai violato il contratto di mandato.

E. 5

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero (CPC; RS 272). Ritenuto che la procedura innanzi al Pretore è stata avviata prima di quella data, la stessa, fino alla sua conclusione, resta disciplinata dal diritto cantonale previgente (art. 404 cpv. 1 CPC) e meglio dal codice di procedura civile ticinese (CPC/TI; RL 3.3.2.1). Non così invece la procedura ricorsuale in rassegna, che, avendo preso avvio a seguito di una decisione pretorile comunicata dopo quella data, è retta dalle nuove disposizioni federali (art. 405 cpv. 1 CPC).

E. 6

A questo stadio della lite è pacifico che tra le parti sia venuto in essere un contratto di gestione patrimoniale, retto dal diritto svizzero, e meglio dalle norme del mandato di cui all'art. 394 seg. CO (DTF 124 III 155 consid. 2b, 132 III 460 consid. 4.1; TF 31 agosto 2010 4A_484/2009 consid. 2; II CCA 4 giugno 2008 inc. n. 12.2005.174). Il mandatario è così responsabile verso il mandante della buona e fedele esecuzione degli affari affidatigli (art. 398 cpv. 2 CO; DTF 131 III 377 consid. 4.1). La sua responsabilità sottostà, in generale, alle medesime regole di responsabilità del lavoratore nel rapporto di lavoro. Egli deve quindi eseguire diligentemente il compito e salvaguardare fedelmente gli interessi legittimi della controparte (art. 321a cpv. 1 CO). La diligenza necessaria si valuta più severamente allorquando il mandatario fornisce servizi professionali contro remunerazione e accetta di determinare lui stesso gli investimenti che verranno effettuati con i fondi del mandante (DTF 119 II 333 consid. 5a, 124 III 155 consid. 3a; II CCA 26 giugno 2013 inc. n. 12.2011.167, 4 novembre 2013 inc. n. 12.2012.122).

E. 7

Esprimendosi sul tema della violazione contrattuale, il Pretore ha ritenuto che il convenuto, investendo nei tre titoli in parola, non aveva rispettato, sotto diversi punti di vista, le regole di una sana gestione patrimoniale e con ciò i suoi obblighi di diligenza, visto e considerato che in base alla perizia giudiziaria quegli investimenti comportavano un rischio da medio-alto ad alto, per uno di loro (il fondo "Groupement Financier EUR") non era stato rispettato il principio della corretta diversificazione ed il loro inserimento in portafoglio avrebbe dovuto essere subordinato ad un'espressa autorizzazione da parte del cliente, poco importando invece se quei titoli fossero apparentemente ritenuti affidabili e sicuri così da essere stati acquistati anche da importanti investitori privati e istituzionali, tanto più che neppure risultava che l'attrice avesse ratificato l'operato del convenuto.

E. 7.1

In questa sede il convenuto ribadisce di non aver in realtà violato il contratto, rimproverando al perito prima e al Pretore poi di aver deciso a suo sfavore con una classica valutazione a posteriori. E ritiene che il suo operato sia stato ratificato dalla controparte, alla quale andava comunque imputata un'importante concolpa.

E. 7.2

Le obiezioni del convenuto non possono essere condivise. Il convenuto, pur rilevando che i fondi in questione permettevano di ottenere risultati del tutto conformi alla strategia bilanciata prescelta, disponevano di ottime credenziali ed erano ricercati per la loro stabilità, bassa volatilità e liquidità, non ha in effetti spiegato, violando così l'obbligo di motivazione dell'art. 311 cpv. 1 CPC, per quali ragioni non si potesse condividere l'assunto pretorile - per altro corretto - fondato sulla valutazione del perito giudiziario (che, contrariamente a quanto preteso nel gravame, non ha reso la sua valutazione con il senno di poi, né si è basato sulla semplice denominazione dei fondi), secondo cui gli stessi, investendo con l'ausilio di strumenti derivati call e put di carattere speculativo, comportavano un rischio da medio-alto ad alto (perizia p. 6 e 9), non conforme dunque a quello concordato. Egli pretende in seguito di aver rispettato i dettami in ambito di diversificazione e di assenza di concentrazione dei rischi in quanto la percentuale dei tre fondi era pari a circa il 35% della consistenza totale degli averi in conto, ma in realtà non si avvede che il perito, seguito dal Pretore, gli aveva più che altro rimproverato un'eccessiva concentrazione nel fondo "Groupement Financier", pari a circa il 33% (quello in EUR del 28.4% e quello in USD del 4.5%), che effettivamente risulta ben superiore al limite ammissibile del 10% (perizia p. 8) e persino a quello del 15-20% da lui proposto in questa sede. Ed è pure a ragione che il perito, e con lui il Pretore, ha ritenuto che in tali circostanze i tre investimenti avrebbero necessitato un'espressa informazione al cliente, l'autorizzazione ad effettuare investimenti in fondi alternativi, tra cui gli Hedge Funds, genericamente contenuta nel contratto (doc. C) potendo valere solo per i fondi tradizionali che rientravano nel profilo d'investimento concordato (perizia p. 6 seg. e 10). Quanto poi alla presunta ratifica dei tre investimenti da parte dell'attrice, ribadita in questa sede dal convenuto, quest'ultimo non è stato in grado di dimostrare che l'attrice fosse stata informata del fatto che gli stessi non erano conformi a quanto previsto negli accordi contrattuali ed avesse nondimeno accettato il loro inserimento nel suo portafoglio, il semplice fatto che l'investimento in quei fondi risultasse dagli estratti conto messi a disposizione non costituendo una tacita ratifica. Analoghe considerazioni valgono infine per l'ulteriore rilievo secondo cui all'attrice dovrebbe in ogni caso essere ascritta un'importante concolpa per non aver immediatamente contestato l'effettuazione di questi investimenti, tanto più che la circostanza è stata evidenziata per la prima volta solo in questa sede e sarebbe con ciò stata persino irricevibile (art. 317 cpv. 1 CPC).

E. 8

Il Pretore ha in definitiva respinto la petizione rilevando che l'azione giudiziaria promossa dall'attrice non era convincente dal profilo del danno. In una causa del genere la giurisprudenza era in effetti orientata chiaramente verso il risarcimento del danno positivo, pari alla differenza tra lo stato attuale del conto del cliente e quello ipoteticamente conseguibile in caso di corretto adempimento del mandato (ossia con un portafoglio privo dei tre Hedge Funds in questione comprensivo - al loro posto - di strumenti d'investimento conformi alla logica del rischio medio prevista contrattualmente), e non verso la rifusione del danno negativo rivendicato invece dall'attrice, corrispondente alla differenza tra lo stato attuale del conto del cliente e il suo stato senza aver effettuato gli investimenti non conformi al contratto.

E. 8.1

In questa sede l'attrice non contesta l'assunto pretorile - per altro ineccepibile (cfr. TF 3 dicembre 2004 4C.18/2004 consid. 2 pubbl. in SZZZP 2005 p. 174, 10 novembre 2006 4C.158/2006 consid. 4.3 e 4.4, 30 novembre 2006 4C.295/2006 consid. 5.2.2, 15 gennaio

2008 4A_351/2007 consid. 3.2.2, 14 dicembre 2012 4A_481/2012 consid. 3 pubbl. in SJ 2013 I p. 487; II CCA 24 agosto 2009 inc. n. 12.2008.122, 26 giugno 2013 inc. n. 12.2011.167, 4 novembre 2013 inc. n. 12.2012.122, 26 marzo 2015 inc. n. 12.2013.23) - secondo cui il danno qui risarcibile consiste nella differenza tra il patrimonio attuale del cliente e quello che sarebbe stato ipoteticamente conseguibile con una gestione patrimoniale corretta (appello p. 5). Oltre a rimproverare al Pretore la violazione del suo diritto di essere sentito, essa pretende di aver tuttavia provato il pregiudizio da lei subito, a suo dire per altro accertabile d'ufficio anche dal giudice di prime cure sulla base dell'ampia documentazione versata agli atti.

E. 8.2

L'attrice, nel suo cappello introduttivo iniziale (appello p. 2), ha preannunciato che nel gravame avrebbe invocato la "violazione del diritto di essere sentiti ... , il quale impone, tra l'altro, al giudice di apprezzare le prove rilevanti ... e di darne atto nella motivazione, in modo da permettere all'interessato di capire la portata del giudizio e di proporre i rimedi adeguati ...". Sennonché la censura non è poi stata concretizzata nel prosieguo del suo esposto: in effetti, a parte il fatto che l'attrice non ha postulato, neppure in via subordinata, l'annullamento del giudizio impugnato e il suo rinvio al primo giudice per una nuova decisione che in tal caso si sarebbero imposti, si osserva che essa, in violazione dell'art. 311 cpv. 1 CPC, nemmeno ha provveduto a spiegare come e dove il giudice avrebbe concretamente violato i suoi diritti. Fosse per ipotesi anche stata ricevibile in ordine, la censura, nella misura in cui è qui comprensibile, sarebbe stata in ogni caso da respingere, il Pretore avendo illustrato in fatto e in diritto le ragioni che l'avevano indotto a rigettare la petizione per la sua erronea impostazione sul tema del danno, motivazione questa che l'attrice ha senz'altro recepito e compreso, tanto da essere in grado di inoltrare un appello con cui ha preteso di aver portato elementi sufficienti per il risarcimento del danno da lei lamentato.

E. 8.3

L'attrice rimprovera in ogni caso al Pretore di non aver accertato d'ufficio il danno da lei subito, nonostante lo stesso fosse facilmente accertabile sulla base della documentazione prodotta. Ora, sebbene essa lamenti in questa sede la violazione da parte del primo giudice di diverse norme del diritto cantonale e federale (art. 87 cpv. 1 CPC/TI e 57 CPC), compresa la nozione giuridica di danno, le sue censure ruotano più che altro attorno alla quantificazione del pregiudizio che ritiene di aver subito. A questo proposito essa sa (appello p. 5) che l'accertamento dell'esistenza e dell'ammontare del danno è una questione di fatto, non di diritto (cfr. DTF 130 III 145 consid. 6.2; TF 31 agosto 2010 4A_484/2009 consid. 7.1, 21 gennaio 2014 4A_405/2013 consid. 3). Giova tuttavia ricordarle che, nell'ambito della responsabilità del gestore patrimoniale, attiene ai fatti anche la determinazione del portafoglio ipotetico che il cliente avrebbe se il contratto fosse stato rispettato (TF 3 dicembre 2004 4C.18/2004 consid. 2.2, 21 gennaio 2014 4A_405/2013 consid. 3). Ciò significa che, contrariamente a quanto preteso dall'attrice, la stessa non dev'essere accertata d'ufficio dal giudice, ma va esaminata solo sulla base dei fatti allegati e provati dalle parti.

E. 8.3.1

L'attrice rileva in primo luogo che in replica, affrontando la tematica della quantificazione del danno, essa aveva versato agli atti quale doc. R il prospetto dei due prodotti "UBS

Money Market Invest” e “Lyxor ETF EuroMTS Global” che, nel medesimo periodo in cui i suoi soldi erano stati utilizzati dal convenuto per comprare i tre Hedge Funds , avevano avuto performance positive, il che avrebbe quanto meno permesso di preservare il capitale, il tutto senza che il convenuto, in duplice, avesse contestato il confronto comparativo con quei prodotti, da lui anzi esplicitamente ammesso. Il rilievo è infondato. In replica (p. 6) l’attrice si era in effetti limitata ad affermare che il convenuto avrebbe dovuto “conservare” il suo patrimonio e che a tale scopo sarebbe bastato investire in prodotti sicuri conosciuti e privi di rischio, quali ad esempio quelli rappresentati nel plico doc. R, ben più adatti alla politica di investimento imposta dal mandato. Sennonché, a parte il fatto che il mandato non era in realtà volto alla conservazione del capitale bensì alla sua crescita con una politica d’investimento “bilanciata / tolleranza di rischio media” (doc. C), a quel momento non è mai stato preteso, né tanto meno dimostrato peritalmente, che proprio i prodotti proposti a posteriori a mero titolo d’esempio dall’attrice - semplici strumenti monetari o obbligazionari con propensione al rischio relativamente bassa (cfr. doc. R) - e non invece altri potessero e soprattutto dovessero essere presi in considerazione quali validi investimenti ipotetici comparativi, in sostituzione dei tre Hedge Funds in questione, nell’ambito di una categoria d’investimento “bilanciata / tolleranza di rischio media”. E nemmeno risulta che in duplice (p. 10) il convenuto abbia poi ammesso il confronto comparativo con quei prodotti, egli avendo anzi rammentato alla controparte che il suo profilo d’investimento non prevedeva una propensione al rischio bassa, né l’utilizzo di soli strumenti monetari o obbligazionari. Contrariamente a quanto preteso dall’attrice, il fatto che egli abbia in seguito aggiunto (duplice p. 10) che i prodotti da lui scelti non si scostavano (prima di quanto appreso per altro gradualmente, a partire dall’11 dicembre 2008) dal grado di sicurezza di quelli di cui al doc. R, non può essere ragionevolmente inteso nel senso che entrambi i prodotti fossero comparabili e che quelli proposti dall’attrice costituissero validi investimenti comparativi, ma solo nel senso che egli a quel momento riteneva - a torto, come si è detto - che i tre Hedge Funds comportassero rischi contenuti.

E. 8.3.2

L’attrice ritiene infine che un ulteriore elemento di comparazione da considerare sarebbe stato la performance del suo portafoglio in quegli anni: preso atto da una parte che dal 2003 al 2009 il suo portafoglio aveva avuto un rendimento stabile con performance positive, salvo poi registrare nel solo anno 2008 una perdita del 49.27% a seguito dell’azzeramento del valore dei tre Hedge Funds (cfr. doc. E p. 2), e dall’altra che i tre titoli costituivano il 37.5% dell’intero portafoglio (cfr. doc. D), ne ha dedotto che se il convenuto, invece di investire nei tre fondi, si fosse anche solo limitato ad investire in prodotti simili agli altri da lui stesso selezionati per costituire il suo portafoglio, il capitale sarebbe stato preservato. La censura dev’essere disattesa. Le circostanze di fatto su cui l’attrice fonda la sua deduzione, ed in particolare la performance del suo portafoglio nel tempo, la perdita registrata nel 2008 rispetto all’anno precedente a seguito dell’azzeramento del valore dei tre Hedge Funds (per altro causata anche dagli altri investimenti) e la percentuale costituita dall’investimento complessivo in questi ultimi, sono in effetti state addotte per la prima volta solo in questa sede e non possono pertanto essere prese in considerazione (art. 317 cpv. 1 CPC). Fosse anche stata ricevibile in ordine da questo punto di vista, la censura sarebbe comunque stata destinata all’insuccesso, visto e considerato che mai in precedenza era stato preteso che, in sostituzione dei tre Hedge Funds in questione, si dovesse prendere in considerazione quale investimento ipotetico comparativo il portafoglio gestito senza quei titoli, tanto più che nulla permette di ritenere che una gestione di quel genere, evidentemente meno rischiosa, e

la sua conseguente performance , corrispondesse a quella che sarebbe stata ipoteticamente conseguibile con una gestione patrimoniale corretta nell'ambito della categoria d'investimento "bilanciata / tolleranza di rischio media" concordata a suo tempo.

E. 9

Ne discende che l'appello dell'attrice deve essere respinto nella misura in cui è ricevibile, con conseguente conferma della decisione del Pretore. Le spese processuali e le ripetibili della procedura di secondo grado, calcolate sulla base di un valore litigioso di € 200'000.-, seguono la soccombenza (art. 106 CPC). Per i quali motivi, richiamati l'art. 106 CPC e la TG decide: I. L'appello 31 gennaio 2014 di AP 1 è respinto nella misura in cui è ricevibile. II. Le spese processuali di fr. 8'000.- sono a carico dell'appellante, che rifonderà alla controparte fr. 10'300.- per ripetibili. § Ad avvenuta crescita in giudicato della presente decisione, la cauzione processuale di fr. 10'300.- prestata dall'appellante a seguito della decisione 30 aprile 2014 della presidente di questa Camera sarà liberata a favore della controparte. III. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il vicecancelliere 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. 74 cpv. 1 e 100 cpv. 1 LTF).

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