

TI_GERICHTE 12.2015.124 vom 1. Dezember 2016

TI Tribunale d'appello, 2016-12-01, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2015.124_d20161201

FR: TI_GERICHTE 12.2015.124 du 1 décembre 2016

IT: TI_GERICHTE 12.2015.124 del 1 dicembre 2016

Regeste

Banca - responsabilità per gestore esterno - churning

Erwägungen

E. 1

Il 10 gennaio 2002 AA 1, cittadina _____ residente in _____, ha aperto presso la succursale _____ di AP 1 la relazione bancaria “_____” (cfr. doc. C-Q), su cui ha in seguito fatto confluire titoli e liquidità in valute diverse per complessivi € 2'321'743.19 (cfr. perizia giudiziaria di cui al doc. CC p. 4, redatta in una precedente causa tra le stesse parti, inc. n. OA.2004.30). A quel momento essa, oltre ad aver concordato che la corrispondenza trimestrale doveva essere conservata in “fermo banca” (doc. C), ha tra le altre cose conferito una procura generale al proprio figlio _____ V _____ (doc. N) e un mandato di gestione esterna, con il relativo complemento per una gestione dinamica con effetto leva, a favore dell'ing. _____ D _____ (doc. P e Q). Il 7 maggio 2003 essa ha revocato il mandato di gestione esterna (doc. R) e ha ordinato la chiusura della relazione bancaria (doc. S). Il conto presentava allora un valore di € 1'072'613.04 (cfr. perizia giudiziaria di cui al doc. CC p. 4).

E. 2

Con petizione 7 settembre 2011 AP 1, al beneficio della necessaria autorizzazione ad agire (doc. II), ha convenuto in giudizio innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, AO 1, nuova ragione sociale di AO 1 (doc. B), per ottenerne la condanna al pagamento di € 367'920.40 oltre interessi. Essa, rimproverando alla controparte di essere responsabile delle perdite accumulate sul conto dopo il 31 maggio 2002, ha in estrema sintesi preteso, a titolo di risarcimento del danno, la differenza tra il saldo alla chiusura della relazione bancaria (€ 1'072'613.04) e il saldo al 31 maggio 2002 (€ 1'809'980.70) ridotto però del 20% per la perdita di cambio \$/€ nel frattempo intervenuta (€ 361'996.14), ritenuto che dal risultato così ottenuto (di € 357'371.52) ha poi dedotto un ulteriore 1.985% (€ 7'451.12) per la perdita dell'indice Nasdaq frattanto pure intervenuta. La convenuta si è integralmente opposta alla petizione.

E. 3

Esperita l'istruttoria di causa e raccolti gli allegati conclusivi delle parti, il Pretore, con la decisione 9 giugno 2015 qui oggetto di impugnativa, ha respinto la petizione, ponendo la tassa di giustizia e le spese di fr. 2'500.- a carico dell'attrice, tenuta altresì a rifondere alla controparte fr. 22'500.- per ripetibili. Il giudice di prime cure ha in sostanza escluso che la convenuta potesse essere responsabile delle perdite intervenute sul conto dell'attrice dopo il 31 maggio 2002 e non ha così ritenuto necessario pronunciarsi sull'entità del danno da lei rivendicato.

E. 4

Con l'appello 10 luglio 2015 che qui ci occupa, avverso dalla convenuta con risposta 24 agosto 2015, l'attrice ha chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi. Essa ha confermato l'esistenza di una responsabilità della convenuta.

E. 5

Nella prima parte del suo giudizio il Pretore ha esaminato se la responsabilità della convenuta potesse risultare dall'avvenuto perfezionamento tra le parti di un contratto aggiuntivo (rispetto a quelli in essere) e in particolare di consulenza o di supervisione, nel senso che la convenuta avrebbe dovuto informare l'attrice in presenza di ulteriori perdite, concludendo che la stipulazione di un tale contratto non era stata sufficientemente dimostrata: tra i documenti di apertura del conto non vi era in effetti traccia di un contratto scritto di consulenza o di supervisione con la convenuta (nel doc. NN12 si leggeva anzi il contrario), né un siffatto contratto era stato sottoscritto in occasione dell'incontro avvenuto in banca il 22 maggio 2002 tra il procuratore generale e figlio dell'attrice _____ V_____ e il funzionario della convenuta _____ C_____; e neppure era stato provato che un tale contratto fosse stato allora stipulato verbalmente o per atti concludenti, le deposizioni testimoniali dei due partecipanti a quell'incontro, di tenore opposto, annullandosi a vicenda e non essendovi altri indizi che militassero a favore della tesi dell'attrice. Per altro a quest'ultima doveva essere rimproverato il fatto che _____ V_____ si fosse fidato acriticamente delle informative, non ufficiali e scritte a mano, fornitegli in seguito dall'ing. _____ D_____, che a suo dire si sarebbero poi rivelate false.

E. 5.1

In questa sede l'attrice ha ribadito la tesi secondo cui il contratto aggiuntivo di consulenza o di supervisione, a suo dire poi non rispettato dalla convenuta, sarebbe stato stipulato verbalmente e per atti concludenti in occasione dell'incontro avvenuto il 22 maggio 2002 tra _____ V_____ e _____ C_____. I vari indizi da lei illustrati e qui riproposti permetterebbero in effetti di ritenere maggiormente attendibile la versione del teste _____ V_____ rispetto a quella resa dal teste _____ C_____.

E. 5.2

Per poter evadere con cognizione di causa la censura, occorre riprendere le testimonianze rese dai due protagonisti dell'incontro del 22 maggio 2002 (entrambe nel plico doc. GG). Sul tema, _____ C_____ ha riferito quanto segue: " Mi viene osteso il doc. 2. Confermo che ... vi è stato, dopo una telefonata di un paio di giorni prima, l'incontro del 22.5.2002. ... Questo incontro è stato richiesto dal dott. V_____ Ricordo che V_____ aveva già sentito anche il D_____. ... questo incontro era dovuto al fatto che dal gennaio al maggio 2002 era intervenuta una perdita pari al 21% in euro. V_____ mi chiese delle spiegazioni. Io preparai allora una tabella excel, dove erano indicate le posizioni giorno per giorno, sia con i valori in euro sia con quelli in dollari. ... Mi viene chiesto se il dottor V_____ era preoccupato in occasione di quell'incontro. Rispondo che non era preoccupato di come fosse gestito il conto ma come tutti era preoccupato dal fatto che i mercati calavano e il dollaro si deprezzava. Mi viene chiesto perché allora V_____ è venuto da me in banca. Ripeto che in quel momento si era generata una perdita e il D_____ disse a V_____ di andare in

banca a verificare se non contribuiva alla stessa un problema legato ad un tardivo ingresso di un titolo. Lo dico perché fu lo stesso D_____ a dirmelo. In realtà la perdita non era generata da un tardivo ingresso di un titolo ma era effettiva. In occasione di quell'incontro chiamammo il D_____ al telefono, con il viva voce. Discutemmo sul perché e il perché in definitiva convennero lui e V_____ che la perdita era dovuta soprattutto alla perdita di terreno dei mercati. Mi ricordo che loro due convennero pure che d'ora in avanti V_____ avrebbe ricevuto dal D_____ stesso una valutazione patrimoniale mensile di quella che era la posizione del conto AP 1. Il D_____ mi ha detto che sentiva regolarmente il V_____ e che lo aggiornava regolarmente su quella che era la posizione della mamma. Mi viene chiesto come mai V_____ e D_____ giunsero a questo accordo. Rispondo che avevo offerto a V_____ che fossi io ad inviargli regolarmente la posizione del conto della mamma (in aggiunta a quello che è il servizio usuale per tutti i clienti ovvero di informarli telefonicamente, su richiesta, della loro posizione). V_____ mi disse che non era necessario poiché egli aveva con D_____ uno scambio e-mail frequente per cui mi disse che le informazioni le riceveva dal D_____ stesso. ... In quell'incontro del 22.5.2002 il V_____ non disse a D_____, al telefono, di voler un approccio più difensivo. ... Con particolare riferimento al doc. 2 io l'ho redatto il giorno 22.5.2002. In questo documento sta scritto quanto io ho detto sopra in particolare le proposte che io feci al sig. V_____. Mi viene chiesto se ho mai garantito a V_____ un'informazione regolare circa l'andamento del conto ed in particolare in caso di perdita. Rispondo di no. ... Ripeto che all'incontro del 22 maggio 2002 V_____ non mi disse che bisognava avere una gestione più tranquilla del conto. ... ". Da parte sua _____ V_____, sulla questione, così si è espresso: " ... questo incontro del maggio 2002 è dovuto al fatto che poco dopo l'apertura il conto segnava già una perdita importante. ... Pertanto quando io telefonando in banca e telefonando a D_____ mi resi conto che vi era una perdita importante sono corso in banca ... In occasione di quell'incontro del 22.5.2002 eravamo presenti io, C_____ e la sua assistente. Io ero sconvolto per la perdita intervenuta e C_____ mi disse che benché i mercati fossero in flessione, una perdita di quel tipo non l'aveva mai vista. Proposi allora che si poteva andare avanti ancora un po' ma che l'andamento del conto doveva essere monitorato da parte della banca nel senso di verificare che non ci fossero altre perdite e qualora vi fossero di avvisarmi. Ricordo che C_____ mi propose allora di poter accedere direttamente al sistema internet della banca così da avere la posizione del conto on line. Siccome non ero particolarmente esperto di internet ho preferito invece chiedere di essere informato telefonicamente dalla banca non appena si fossero realizzate delle perdite in conto. In occasione di quell'incontro del 22.5.2002 io dissi a D_____, telefonicamente, che forse non aveva ben capito quella che era stata l'istruzione iniziale ossia che volevamo un approccio difensivo. Ribadii pertanto a D_____ che l'investimento doveva essere a valenza conservativa. Il D_____ mi disse che non c'erano problemi, che era stato spiazzato dalla perdita del mercato borsistico e che senz'altro avrebbe adottato un approccio più conservativo. C_____ era d'accordo con me e mi disse che senz'altro pure lui avrebbe optato per un approccio più conservativo. ... ".

E. 5.3

Ciò detto, come si vedrà qui di seguito, le quattro circostanze indiziarie ora evocate dall'attrice non sono in realtà tali da far ritenere preferibile la versione fornita dal teste _____ V _____. L'attrice ha in primo luogo evidenziato che l'incontro del 22 maggio 2002 era stato voluto da _____ V _____, aggiungendo che “ se davvero ” quest'ultimo “ avesse ricevuto informazioni dal D _____ stesso, allora l'incontro presso la banca non avrebbe avuto scopo alcuno! ”. La circostanza, per altro non meglio dettagliata, è in realtà lungi dal dimostrare che in occasione di quell'incontro la convenuta si sia necessariamente impegnata ad informare l'attrice in caso di ulteriori perdite sul conto. Del resto nemmeno _____ V _____, nella sua testimonianza, aveva preteso di non essere stato informato dal gestore esterno, aggiungendo anzi che le perdite conseguite fino ad allora gli erano state comunicate da costui in un colloquio telefonico. L'attrice ha in seguito sostenuto che il fatto che in occasione di quell'incontro _____ C _____ avesse proposto ad _____ V _____ di trasmettergli regolarmente la documentazione bancaria o di accedere ad internet-banking non poteva che scaturire da una “ precisa richiesta di essere tenuti costantemente informati per controllare il conto bancario ”. Quanto addotto dall'attrice, che costituisce una mera illazione priva di fondamento, non basta per ammettere la venuta in essere di un contratto aggiuntivo di consulenza o di supervisione, tanto più che nulla permette di concludere che la convenuta, a fronte di quell'eventuale domanda, fosse stata richiesta e si fosse poi impegnata ad intervenire attivamente in caso di ulteriori perdite. Nemmeno _____ V _____, nella sua deposizione testimoniale, ha per altro confermato l'esistenza di un impegno della convenuta in tal senso, avendo parlato al più di alcune proposte e richieste, senza però aver riferito se le stesse fossero state accettate. L'attrice ha inoltre ritenuto che il fatto che _____ C _____ fosse al corrente che il suo patrimonio aveva subito una perdita di circa il 20% in pochi mesi rendeva assai dubbio che egli non fosse poi stato richiesto da _____ V _____ di essere informato se la situazione fosse ulteriormente peggiorata. In realtà la conoscenza da parte di _____ C _____ delle importanti perdite subite dall'attrice in precedenza non è sufficiente ad indiziare che tra le parti possa in seguito essere stato perfezionato l'accordo di cui essa intende qui prevalersi. Analoghe considerazioni possono essere fatte anche con riferimento all'ultima circostanza evocata dall'attrice, quella secondo cui essa aveva provveduto a revocare tutte le relazioni bancarie con la controparte non appena era venuta a conoscenza delle ulteriori perdite. Anche in questo caso si tratta in effetti solo di un indizio assai labile, non sufficiente per ammettere che quel contratto sia stato perfezionato. Si aggiunga, per completezza di motivazione, che in questa sede l'attrice non si è confrontata con l'assunto pretorile secondo cui a lei doveva essere rimproverato il fatto che _____ V _____ si fosse fidato delle informative, non ufficiali e scritte a mano, fornitegli dall'ing. _____ D _____, a suo dire poi rivelatesi false.

E. 5.4

Oltretutto, le due seguenti circostanze, entrambe risultanti dall'incarto, avrebbero semmai fatto ritenere maggiormente attendibile la versione fornita dal teste _____ C _____. La convenuta ha in effetti versato agli atti quale doc. 2 il “memorandum de visite” dell'incontro del 22 maggio 2002, allestito da _____ C _____, che confermava sostanzialmente quanto da lui riferito in sede testimoniale: “ Sono state discusse due diverse problematiche: 1) aspetti amministrativi (a carico della banca); 2) performance del conto (a carico proc. amministr.) ”. Sul primo punto è stato indicato che “ il trasferimento del deposito e dei saldi ha avuto pieno compimento solo con l'immissione

in deposito della posizione 603 Commerz. xx50 in data 29.4.2002. Dal nostro punto di vista abbiamo come unica scusante il fatto che la _____ (banca d'origine) di propria iniziativa qualche titolo lo ha venduto (a posteriori 4 posizioni) e il resto invece trasferito. Non sapendo cosa e a che prezzo avesse venduto il controllo ne è risultato più aleatorio. Però è a nostro carico l'erronea indicazione data a febbraio su sua espressa domanda se fosse entrato tutto, la nostra risposta (che è stata quella che il servizio titoli aveva a noi dichiarato) fu che avevamo ricevuto tutto. Di questo mi sono scusato con il cliente. La circostanza che questo trasferimento era partito male per colpa della _____ che ne aveva ritardato l'inizio, rende ancora più inopportuna questa nostra erronea indicazione perché fa sorgere il dubbio nel cliente che il ritardo iniziale fosse dovuto anche a nostre inadempienze". Sul secondo punto è invece stato indicato che " il suo valore di riferimento è costituito dal valore del deposito c/o _____ di € 2'200/-. Il valore a fine febbraio era di € 2'000/-, a fine marzo € 1'904/-, a fine aprile nonostante l'entrata di € 212/- il valore rimane a € 1'909/-. Prende anche visione della posizione ad oggi che risulta essere di € 1'822/- (firmata posizione + pagina con il prodotto strutturato entrato al 29.4 [N.d.R. come per altro risulta dai doc. UU e VV]). Insieme telefoniamo all'ing. D_____ il quale si dice non preoccupato per la situazione patrimoniale, il cliente darà ancora tempo al suo gestore amministrativo, però vuole che il valore migliori notevolmente altrimenti revocherà la gestione e trasferirà il conto. Gli aggiornamenti sulla gestione sono stati chiesti direttamente dal sig. V_____ a D_____, indico al cliente la possibilità di monitorare il valore del deposito con il nostro sistema internet ..., dice che trova più conveniente continuare a rivolgersi a D_____ per gli aggiornamenti". Sentita in qualità di testimone, _____, assistente di _____ C_____, ha pure confermato, conformemente a quanto attestato nel doc. 2, che quel giorno essa ebbe modo di dire ad _____ V_____ che vi era stato un problema con un titolo (doc. HH). Ma, soprattutto, con l'allegato responsivo la convenuta aveva indicato a chiare lettere che il doc. 2 era stato archiviato elettronicamente poco dopo la sua redazione (p. 4), rispettivamente che lo stesso, una volta classato, non poteva più essere modificato (p. 9), senza che l'attrice con l'allegato di replica avesse ritenuto di contestare queste due circostanze, che devono essere considerate corrette, come il loro contenuto.

E. 6

Nella seconda parte della sua decisione il Pretore ha quindi provveduto ad esaminare se la convenuta potesse essere resa responsabile in applicazione dell'art. 33 cpv. 3 CO, per non aver segnalato tempestivamente all'attrice rispettivamente impedito le perdite causate dal gestore esterno, quesito a cui ha dato risposta negativa. A suo giudizio, le operazioni messe in atto dall'ing. _____ D_____ sul conto dell'attrice, pur essendo estremamente speculative siccome riconducibili a un'operatività "intraday" assai spinta (con in particolare la generazione di un volume di transazioni di ben € 64'000'000.- e la movimentazione di un capitale medio di soli € 726'000.- [recte : € 716'000.-] per ben 64 volte dal gennaio 2002 al maggio 2003), rientravano in effetti nel mandato di gestione esterna di cui ai doc. P e Q (cfr. perizia giudiziaria di cui al doc. CC p. 5) e non potevano essere considerate irragionevoli ma tutt'al più "poco oculate" (cfr. perizia giudiziaria di cui al doc. CC p. 7), poco importando se le stesse avessero poi causato perdite importanti alla cliente (di € 1'249'130.15, pari al 54%) ben superiori all'andamento dell'indice Nasdaq (che nell'arco di un anno e qualche mese aveva perso solo il 31.5%). Del resto in occasione dell'incontro del 22 maggio 2002 _____ V_____, pur confrontato con perdite ingenti, aveva rinnovato la fiducia nel gestore esterno, lasciando con ciò intendere che

l'operato di quest'ultimo era conforme agli accordi.

E. 6.1

In questa sede l'attrice ha ribadito che l'operatività del gestore esterno non era compresa nel mandato conferitogli e che la convenuta era in malafede a non essersene resa conto. Essa ha in sostanza argomentato che la strategia chiamata "analisi tecnica" illustrata dall'ing.

_____ D_____ nelle sue pubblicazioni e scelta nell'occasione dall'attrice tramite _____ V_____, che per altro non era esperto della materia, non era sinonimo di strategia di investimento aggressiva, tanto più che sin dall'inizio al gestore esterno era stato chiesto un approccio difensivo (cfr. teste _____ V_____); ed ha in ogni caso aggiunto che quella strategia nulla aveva a che fare con l'operatività "intraday" poi messa concretamente in atto con i suoi averi, che nelle particolari circostanze doveva essere considerata irrazionale, insensata, assurda o "scellerata", tanto più che in occasione dell'incontro del 22 maggio 2002 al gestore esterno era stato nuovamente richiesto di tenere un approccio conservativo (cfr. teste _____ V_____).

E. 6.2

Anche in questo caso, per poter evadere con cognizione di causa la censura, occorre riassumere le testimonianze rese _____ C_____ e _____ V_____ (entrambe nel plico doc. GG). Sulla tematica, il primo, oltre a quanto già riportato in precedenza (cfr. supra consid. 5.2), ha riferito quanto segue: "... io sono stato il funzionario che ha aperto il conto della signora AP 1. Prima di questa apertura formale ci fu un incontro propedeutico alla presenza del sig. V_____ ... A V_____ chiesi parecchie domande perché la sua intenzione era quella di far gestire il conto della mamma dall'ing. D_____ ovvero un gestore esterno, che era conosciuto dalla banca siccome alcuni altri clienti (non molti) erano gestiti dal D_____. Sapendo che D_____ aveva un taglio altamente speculativo io ho voluto accertarmi tra l'altro di quale fosse la situazione patrimoniale della signora AP 1 così da assicurarmi che gli averi gestiti dal D_____ erano "rischiabili". Preciso che V_____ conosceva D_____, mi disse che erano venuti apposta nella nostra banca perché D_____ vi gestiva altri clienti Vi_____ sapeva esattamente come operava il D_____ tanto che riceveva persino la newsletter settimanale partorita dal D_____. Ricordo che il conto fu aperto poi in gennaio 2002 e mi ricordo anche che nel febbraio 2002 avremmo dovuto vederci, io, un mio collega e V_____ ad un corso di 2 giorni che il D_____ teneva a _____ in materia finanziaria. Mi vengono ostensi i documenti da D a D13 [N.d.R. ora doc. C-Q] ... Si vede altresì che la signora AP 1 ha firmato il doc. D13 [N.d.R. ora doc. Q] che è il verso del doc. D12 [N.d.R. ora doc. P] e dove ella ha permesso un effetto leva su operazioni su titoli. Io spiegai alla signora, che era d'accordo, che la gestione D_____ poteva anche ingenerare degli "effetti leva" ... Quello che posso dire invece è che V_____ era una persona dotta dal punto di vista finanziario e aveva tra l'altro letto tutti i libri del D_____. Pertanto il V_____ sapeva che D_____ investiva soprattutto su titoli Nasdaq, in dollari, utilizzando una tecnica di trading veloce". Quanto al secondo, lo stesso, oltre a quanto detto in precedenza (cfr. supra consid. 5.2), così si è espresso: "... io conoscevo l'ing. D_____, di cui avevo letto tutti i libri e che mi sembrava una persona preparata. Siccome il D_____ mi diceva che a

_____ lavorava con la convenuta e siccome questa banca ha una grossa fama e una grossa solidità io la raccomandai a mia madre. ... È vero che avevamo dato un mandato di gestione ampio, ma avevamo anche richiesto a D _____, in presenza di C _____, un approccio molto difensivo ... Ripeto che anche mia mamma in occasione dell'apertura della relazione aveva chiesto più volte al D _____ di avere un approccio molto difensivo. Mi viene osteso dal Pretore il plico doc. 3 e mi viene chiesto perché allora è stato scelto il D _____. Io avendo letto di D _____ i libri "Guadagnare in borsa con l'analisi tecnica", ritenevo che non avesse un approccio particolarmente aggressivo. Mi viene osteso il doc. D13 [N.d.R. ora doc. Q], confermo che è firmato da mia madre. Rispondo che benché in questo documento stia scritto effetto leva, ci è stato spiegato che in realtà si trattava di uno strumento di copertura di investimento in dollari a fronte del rischio di perdita di valore della moneta ...".

E. 6.3

L'accertamento dei fatti reso sul tema dal Pretore resiste alle critiche dell'attrice e può essere confermato.

E. 6.3.1

L'attrice non può innanzitutto essere seguita laddove ha preteso, oltretutto per la prima volta e quindi irritualmente (art. 317 cpv. 1 CPC) solo in questa sede, che _____ V _____ non potesse essere considerato una persona esperta in ambito bancario, tanto più che in sede conclusionale (p. 9) e nuovamente in appello (p. 14) ha ammesso che in quegli anni costui si stava avvicinando al mondo della finanza. Ad ogni buon conto nella sua deposizione testimoniale _____ V _____ aveva ammesso di essere il direttore ricerche di una banca e di aver letto tutti i libri dell'ing. _____ D _____ (che era considerato un vero e proprio "guru" dell'"analisi tecnica rispettivamente un grande esperto di "trading" e struttura dei mercati finanziari, cfr. doc. 5 e 5A p. 3; cfr. pure il suo "curriculum" di professore universitario e di divulgatore in materia finanziaria sub doc. 4) in particolare quello intitolato "Guadagnare in borsa con l'analisi tecnica". Anche il teste _____ C _____ aveva del resto riferito, fornendo varie circostanze a favore della sua valutazione, che _____ V _____ era una persona dotta dal punto di vista finanziario.

E. 6.3.2

È poi manifestamente a torto che l'attrice ha sostenuto che l'operatività "intraday" messa in atto dall'ing. _____ D _____ non rientrasse nel mandato di gestione esterna di cui ai doc. P e Q. Il perito giudiziario lo ha in effetti chiaramente smentito (cfr. perizia giudiziaria di cui al doc. CC p. 5).

E. 6.3.3

Il fatto che in occasione dell'incontro del 22 maggio 2002 _____ V _____, confrontato con una perdita in poco più di 4 mesi di ben il 21.52% (pari a € 499'643.19, ritenuto che a fronte di un valore iniziale di € 2'321'743.19 si era scesi a un valore di € 1'822'100.-, cfr. doc. VV), pur essendosi detto sconvolto, non abbia provveduto a revocare il mandato al gestore esterno né gli abbia chiesto il risarcimento dell'ingente danno subito né tanto meno gli abbia mosso alcun rimprovero, sta inoltre a dimostrare che l'operatività messa in atto sino ad allora, riconoscibilmente di natura aggressiva e non certo conservativa (anche perché in quel periodo il \$, valuta in cui erano perlopiù stati effettuati gli investimenti, si era deprezzato rispetto all'€ solo del 7.60%, cfr. allegato A della perizia

giudiziaria di cui al doc. CC, che indicava un cambio \$/€ di 1.1555 nel febbraio 2002 e di 1.0676 a fine maggio 2002), era conforme al mandato conferitogli, dal che, pure, l'assenza di una responsabilità della convenuta, che a sua volta non era allora stata oggetto di rimproveri. Stando così le cose, il teste _____ V _____ non può assolutamente essere ritenuto attendibile laddove ha invece riferito di aver sin dall'inizio richiesto un approccio molto difensivo, tanto più la sua versione è stata contraddetta dal teste _____ C _____ e dal fatto che l'attrice avesse sin dall'inizio provveduto a sottoscrivere il documento "complemento al mandato di gestione conferito per una gestione dinamica con effetto leva" (doc. Q), che - come rilevato dal Pretore e non censurato in questa sede - era per definizione uno strumento speculativo. In questa sede l'attrice ha per altro ammesso che le carte da lei firmate in occasione dell'apertura del conto potevano far credere nel conferimento di un mandato ad altro rischio (appello p. 16).

E. 6.3.4

Nulla permette di ritenere che la situazione possa essersi modificata dopo l'incontro del 22 maggio 2002. Già si è detto che, nonostante l'opposta testimonianza di _____ V _____, non è stato sufficientemente provato che tra le parti sia allora venuto in essere un contratto aggiuntivo di consulenza o di supervisione nel senso che la convenuta si sarebbe impegnata ad informare l'attrice in caso di ulteriori perdite. L'attrice, fondandosi sempre sulla deposizione di _____ V _____, ha ciononostante ribadito che a quel momento al gestore esterno sarebbe stato ribadito di tenere un approccio difensivo, senonché anche in questo caso quella testimonianza è stata contraddetta dal teste _____ C _____ e dal fatto che il doc. 2 sia silente sul tema, di modo che, non essendo state addotte e provate altre circostanze indiziarie tali da far ritenere maggiormente attendibile il primo testimone rispetto al secondo, occorre in definitiva decidere a sfavore dell'attrice, gravata dell'onere della prova.

E. 6.3.5

L'attrice ha infine preteso che l'operatività "intraday" concretamente messa in atto dall'ing. _____ D _____, che a suo dire non le sarebbe mai stata illustrata e di cui ha sostenuto di non essere mai stata a conoscenza, sarebbe stata irrazionale, insensata, assurda o "scellerata", ciò che sarebbe stato riconoscibile alla convenuta. Il rilievo è infondato. Il perito giudiziario ha in effetti escluso che quella particolare operatività, pur caratterizzata da un numero impressionante di transazioni, potesse essere ritenuta "scellerata", concludendo invece nel senso che essa poteva essere considerata unicamente "poco oculata" (cfr. doc. CC p. 7). Contrariamente a quanto preteso dall'attrice, il fatto che questi, sempre a p. 7 del doc. CC, avesse poi aggiunto che "il "daytrading" presuppone le seguenti consapevolezze: a) il raggiungimento del breakeven avviene unicamente se le transazioni si chiudono con una performance di almeno 2.5% (copertura dei costi bancari). Con un mercato azionario costantemente al ribasso, l'obiettivo è difficilmente raggiungibile; b) il "daytrading" presuppone quindi delle condizioni bancarie (commissioni) bassissime, altrimenti diventa una "mission impossible", non migliora la sua posizione, non permettendo ancora di concludere per l'irragionevolezza dell'operatività "intraday" concretamente messa in atto dall'ing. _____ D _____: sulla prima "consapevolezza" si osserva in effetti che il fatto, qui evocato dall'attrice, che a quel momento il mercato fosse in una fase ribassista, non comportava però ancora (se non con il classico "senno di poi") che esso lo sarebbe necessariamente stato anche nel futuro, a breve, a medio o a lungo termine, così che quella

strategia si sarebbe senz'altro rivelata perdente (oltretutto, per lo stesso perito giudiziario, con una tale strategia sarebbe stato possibile ottenere guadagni anche in un mercato ribassista, anche se beninteso ciò sarebbe stato oltremodo difficile); analoghe considerazioni possono essere fatte in merito alla seconda "consapevolezza", che per altro era stata riportata dall'attrice senza alcuna indicazione riferita alla situazione fattuale concreta. L'attrice pare in ogni caso scordare che la perdita del 54% conseguita dal gennaio 2002 al maggio 2003 era in larga misura dovuta alla discesa di oltre il 25% del cambio \$/€ (cfr. perizia giudiziaria di cui al doc. CC p. 5) e ad un calo dei mercati azionari su cui erano stati effettuati gli investimenti (confermato dalla perdita del 31.5% dell'indice Nasdaq, ammessa in questa sede dall'attrice), intervenuti nel frattempo.

E. 6.4

Ciò posto, ed appurato che l'operatività messa in atto dall'ing. _____ D. _____ dopo l'incontro del 22 maggio 2002 era sostanzialmente identica a quella svolta prima di allora - e semmai era perlopiù risultata meno intensa (cfr. allegato A della perizia giudiziaria di cui al doc. CC, che nei mesi da giugno 2002 a maggio 2003 indicava una movimentazione di capitale spesso inferiore alla movimentazione di capitale medio di € 716'000.-) - è del tutto escluso che alla convenuta possa essere rimproverato di non aver spontaneamente informato l'attrice o il suo procuratore delle ulteriori perdite che si stavano verificando dopo quella data, rispettivamente di non averle comunque impedito. Del resto, secondo costante giurisprudenza (TF 14 settembre 2016 4A_361/2015 consid. 3) la banca che si impegna unicamente ad eseguire delle puntuali istruzioni di un investitore, senza avere un mandato di gestione, non è tenuta ad assicurare una tutela generale degli interessi del suo cliente né sussiste un dovere generale di informazione. In linea di principio la banca deve unicamente fornire informazioni nel caso in cui il cliente le richieda; se è tuttavia senz'altro riconoscibile che quest'ultimo non ha alcuna idea dei rischi che corre, la banca deve attirare la sua attenzione su di essi. Tale dovere è più esteso se il cliente non specula solo con il proprio patrimonio, ma anche utilizzando un credito concesso dalla banca (DTF 133 III 97 consid. 7.1.1, 119 II 333 consid. 5). Nemmeno il dovere di fedeltà impone alla banca, incaricata di eseguire determinati ordini, di consigliare spontaneamente il cliente sui probabili sviluppi degli investimenti scelti e sulle misure da prendere per limitare i rischi. Tali principi valgono ancora maggiormente se la gestione del patrimonio è stata affidata a un gestore indipendente. Il Tribunale federale riconosce che in presenza di un gestore esterno al beneficio di un'estesa procura, la banca depositaria non deve rendere attento il cliente sugli elevati rischi che corre, né richiedere la sua autorizzazione prima di procedere alle operazioni affidate dal gestore. In altre parole la banca non è il tutore del suo cliente: essa deve in linea di principio eseguire gli ordini leciti che le sono stati regolarmente impartiti (TF 25 aprile 2016 4A_369/2015 consid. 2.3). L'obbligo di avvertire sussiste invece quando nel quadro di una relazione d'affari duratura si è instaurato un rapporto di fiducia particolare tra la banca e il cliente che permette a quest'ultimo di in buona fede aspettarsi consulenza e avvertimenti anche in assenza di una richiesta in tal senso (DTF 133 III 97 consid. 7.1.2).

E. 7

Nell'ultima parte della sua pronuncia il Pretore, sempre nell'ambito del giudizio sulla responsabilità della convenuta per non aver segnalato tempestivamente all'attrice rispettivamente impedito le perdite causate dal gestore esterno, ha infine esaminato se nella presente fattispecie fosse dato un caso di "churning", ossia se il gestore esterno

avesse moltiplicato le transazioni sulla relazione del cliente allo scopo di aumentare la sua remunerazione sotto forma di retrocessioni dalla banca (Bizzozero , Le contrat de gérance de fortune, p. 117 seg.; cfr. pure Watter , Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, in: AJP 1998 p. 1177; SJ 1999 I p. 126; TF 24 gennaio 2000 1A.247/1999; II CCA 7 aprile 2009 inc. n. 12.2007.255), concludendo che lo stesso non era stato provato: a suo giudizio quella moltiplicazione di transazioni non era in effetti artificiale, ma era insita nel concetto di “analisi tecnica” ancorata alla logica del “ daytrading ”, che l’attrice aveva voluto e conosceva tramite il suo procuratore generale e figlio _____ V _____ (cfr. perizia giudiziaria di cui al doc. CC p. 6). Ed ha pure escluso che la convenuta, che pure aveva incassato importanti commissioni dalle operazioni svolte dal gestore esterno (€ 482'000.- in quei 16 mesi, somme su cui erano poi avvenute le retrocessioni), si fosse trovata in una situazione di conflitto di interessi tale da fondare una sua responsabilità.

E. 7.1

In questa sede l’attrice ha invece ritenuto che fossero date le condizioni per ammettere l’esistenza di un caso di “ churning ” rispettivamente di una situazione di conflitto di interessi e che ciò fosse tale da innescare una responsabilità della convenuta.

E. 7.2

La censura dell’attrice non può trovare accoglimento.

E. 7.2.1

La tematica del “ churning ” invero nemmeno avrebbe dovuto essere esaminata dal Pretore, non essendo stata sostanziata sufficientemente negli allegati preliminari, dove l’attrice si era limitata ad evidenziare che l’operato del gestore esterno le aveva causato perdite per € 1'249'130.15 e nel contempo aveva però generato commissioni per € 482'000.- alla convenuta e non meglio precisate retrocessioni a quest’ultimo, ma non aveva affatto preteso che queste ultime non fossero connesse con l’operatività concordata e che ciò sarebbe stato riconoscibile alla convenuta, così da fondare una sua responsabilità. Fosse anche stata allegata in modo sufficiente, la stessa sarebbe comunque stata destinata all’insuccesso nel merito, l’attrice non avendo fornito alcuna prova a sostegno della sua tesi ed anzi il perito giudiziario avendo confermato - come si è visto - che l’operatività “ intraday ” messa in atto dal gestore esterno non era “scellerata” ma era semmai da ritenersi solo “poco oculata” (doc. CC p. 6 seg.), il che lasciava evidentemente intendere che fosse connessa ed insita all’attività di “ daytrading ”. Oltretutto - come detto - il fatto che _____ V _____ in occasione dell’incontro del 22 maggio 2002 avesse rinnovato la sua fiducia al gestore esterno nonostante le importanti perdite conseguite fino a quel momento era senz’altro tale da indurre la convenuta a ritenere che quella sua aggressiva operatività, continuata anche successivamente, era senz’altro conforme al mandato conferito al gestore esterno, tanto più che nulla agli atti provava che essa avesse allora motivo di ritenere che l’operatività “ intraday ” concretamente messa in atto, quand’anche non fosse stata conosciuta da _____ V _____ (ciò che è invero smentito dal teste _____ C _____, secondo cui _____ V _____ sapeva esattamente come operava l’ing. _____ D _____ ed in particolare sapeva che costui utilizzava una tecnica di “trading veloce”, del resto menzionata anche nei suoi libri, cfr. doc. 3 e 5), potesse invece non rientrare in quell’ampio mandato. E in ogni caso, non essendo stata allegata, ancor prima che provata, nemmeno a grandi linee, l’entità delle retrocessioni

riversate dalla convenuta all'ing. _____ D _____ _____, nemmeno è possibile stabilire se quelle somme potessero essere in concreto rilevanti e con ciò tali da essere riconosciute come sospette dalla convenuta.

E. 7.2.2

Nemmeno l'esistenza di un conflitto d'interessi in punto alla convenuta per il fatto di essere stata la prima beneficiaria delle commissioni generate dall'operatività del gestore esterno avrebbe dovuto essere esaminata dal Pretore, in quanto non era stata sollevata negli allegati preliminari. L'attrice è pertanto malvenuta a prevalersene in questa sede (art. 317 cpv. 1 CPC). È in ogni caso a ragione che il Pretore ha rilevato che la situazione non era tale da innescare una responsabilità della convenuta. Già si è detto che la banca è di principio tenuta ad eseguire gli ordini leciti che le sono stati regolarmente impartiti dal gestore esterno (consid. 6.4) e ciò anche se gli stessi sono pacificamente atti a generare commissioni a suo favore, circostanza questa che l'attrice non ha mai preteso di aver ignorato. E nel caso di specie non sono date le condizioni per derogare a questo principio, nulla avendo permesso di ritenere, come si è visto, che la convenuta potesse nell'occasione aver favorito in malafede l'operato del gestore esterno a scapito dell'attrice: quest'ultima non ha in effetti addotto e provato l'esistenza di circostanze in tal senso, il solo fatto che le commissioni incassate dalla convenuta fossero state di € 482'000.- non potendo bastare a tale scopo.

E. 8

Ne discende che l'appello della convenuta deve essere respinto nella misura in cui è ricevibile, con conferma del primo giudizio. Le spese processuali e le ripetibili della procedura di secondo grado, calcolate sulla base di un valore litigioso di € 367'920.40, seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC). Per questi motivi, richiamati l'art. 106 CPC, la LTG e il RTar decide: I. L'appello 10 luglio 2015 di AP 1 è respinto nella misura in cui è ricevibile. II. Le spese processuali di fr. 12'000.- sono a carico dell'appellante, che rifonderà alla controparte fr. 10'000.- per ripetibili. III. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il 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.