

TI_GERICHTE 12.2016.131 vom 23. Juli 2018

TI Tribunale d'appello, 2018-07-23, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2016.131

FR: TI_GERICHTE 12.2016.131 du 23 juillet 2018

IT: TI_GERICHTE 12.2016.131 del 23 luglio 2018

Regeste

Banca - responsabilità

Erwägungen

E. 1

e AP 2, cittadini _____ domiciliati in _____, il 7 ottobre 2008 hanno sottoscritto con la banca una serie di documenti ed in particolare, per quanto qui interessa, un atto di costituzione di pegno, una convenzione di base per crediti lombard, una convenzione quadro per transazioni in derivati e operazioni a termine (tutti nel plico doc. 4) e un accordo sull'accesso diretto a AO 1 Investment Banking con la relativa autorizzazione di accesso 24 ore su 24 (entrambi nel plico doc. A).

E. 2

Fornite le necessarie coperture, costituite da un conto margine di EUR 3'000'000.- (con cui era stata autorizzata una leva di 1:16), e ottenuta il 9 ottobre 2008 la conferma della possibilità di operare telefonicamente “ chiamando direttamente la sala cambi al numero +41 91 _____ dalle 07.30 alle 18.30 ” (doc. G), AP 1 e AP 2, tramite il loro gestore, hanno iniziato ad effettuare, mediante quella modalità, alcune operazioni forex con le valute europea (EUR) e sudafricana (ZAR). Dopo le prime tre operazioni (effettuate la prima il 9 ottobre 2008, la seconda il 10 ottobre 2008, rispettivamente la terza tra il 13 e la mattina del 15 ottobre 2008) conclusesi complessivamente con un utile, nel pomeriggio del 15 ottobre 2008 essi hanno dato avvio a una quarta operazione, con cui hanno acquistato, in 6 tranches successive di EUR 5'000'000.- l'una (alle ore 12.02, 12.28, 12.50, 12.54, 15.47 e 16.35), ZAR per un controvalore di EUR 30'000'000.- (al cambio di 12.630, di 12.680, di 12.730, di 12.800, di 12.850 e poi di 13.000): l'operazione, dopo che durante la notte lo ZAR aveva raggiunto 14.300 per poi ridiscendere al mattino presto a 13.750, è stata chiusa il 16 ottobre 2008, vendendo, in due tranches successive di EUR 10'000'000.- prima (alle ore 9.51) e di EUR 20'000'000.- poi (alle ore 15.12), gli ZAR così acquistati (al cambio di 13.600 e poi di 14.070), causando un'importante perdita sul conto margine. Tra il 24 ed il 29 ottobre 2008 sono state effettuate altre cinque operazioni, per importi ridotti di EUR 1'000'000.-, di EUR 1'000'000.-, di complessivi EUR 6'000'000.-, di EUR 6'000'000.- e ancora di EUR 6'000'000.-, che si sono concluse con un'ulteriore perdita (i dettagli di tutte queste operazioni sono stati estrapolati dall'allegato 1 della perizia giudiziaria).

E. 3

Con petizione 15 dicembre 2010 AP 1 e AP 2, rilevando che nell'ambito della quarta operazione la banca durante la notte non aveva permesso una chiusura al momento desiderato ed al mattino, quando era invece stato chiesto di tener aperta la posizione, aveva imposto degli stop loss che avevano di fatto portato a una chiusura forzata, rispettivamente

che in occasione delle ultime cinque operazioni essa non aveva rispettato lo spread denaro/lettera concordato, hanno convenuto in giudizio AO 1 innanzi alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud per ottenerne la condanna al pagamento di CHF 5'167'599.-, domanda poi mutata con la replica in EUR 3'384'916.-, oltre interessi e spese dal 16 ottobre 2008 nonché il rigetto in via definitiva dell'opposizione interposta al PE n. _____ dell'UE di Zurigo, ritenuto che in sede conclusionale la richiesta è stata limitata alla somma di EUR 2'753'211.- oltre interessi al 5% dal 30 ottobre 2008. Essi, in estrema sintesi, hanno auspicato che la controparte fosse tenuta a risarcir loro il danno subito nell'ambito di quelle sei operazioni, costituito dalle perdite conseguite con le medesime (EUR 1'733'211.- per la quarta operazione e EUR 420'000.- per le ultime cinque operazioni) e dalla perdita di guadagno risultante dalla chiusura forzata della quarta operazione (EUR 600'000.-) La convenuta si è integralmente opposta alla petizione.

E. 4

Con l'appello 12 settembre 2016 che qui ci occupa, avverso dalla convenuta con risposta 2 novembre 2016 (a cui hanno fatto seguito la replica spontanea 17 novembre 2016 e la duplice spontanea 1° dicembre 2016), gli attori, preso atto che con la sentenza 18 luglio 2016 il Pretore aveva respinto la petizione (dispositivo n. 1) ponendo a loro carico, in solido, la tassa di giustizia di CHF 50'000.-, le spese e le ripetibili di CHF 120'000.- (dispositivo n. 2), hanno chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione così come preteso in sede conclusionale, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi. Delle rispettive argomentazioni delle parti e del giudice si dirà, se e per quanto necessario, nei prossimi considerandi.

E. 5

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero (CPC). 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). 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

Preliminarmente va senz'altro disattesa l'obiezione della convenuta secondo cui la replica spontanea 17 novembre 2016 degli attori dovrebbe essere espunta o comunque ignorata, siccome non prevista dal codice di rito, non ordinata da questo Tribunale e con ciò inammissibile giusta l'art. 316 cpv. 2 CPC. Per giurisprudenza invalsa, il diritto alla replica, che sgorga dall'art. 29 cpv. 2 Cost. e dall'art. 6 n. 1 CEDU, è in effetti concesso alle parti in tutte le procedure, anche se la procedura applicabile - com'è il caso per quella federale - non lo preveda espressamente (DTF 133 I 98 consid. 2.1, 137 I 195 consid. 2.3.1, 138 III 252 consid. 2.2, 138 I 484 consid. 2.2, 144 III 117 consid. 2.1; TF 4 aprile 2012 4A_334/2011 consid. 3.3).

E. 7

Nella sua decisione il Pretore ha innanzitutto ritenuto che la convenuta non potesse essere resa responsabile delle perdite occorse agli attori nell'ambito della quarta operazione. In questa sede gli attori hanno censurato tale conclusione.

E. 7.1

In un primo capitolo il Pretore ha respinto la tesi degli attori secondo cui la convenuta, nella notte tra il 15 ed il 16 ottobre 2008, non avrebbe permesso loro, contrariamente all'accordo sull'accesso diretto a AO 1 e alla relativa autorizzazione di accesso 24 ore su 24 (entrambi nel plico doc. A), di operare sul mercato dei cambi ed in particolare di chiudere l'operazione in corso: a suo giudizio, questi ultimi accordi, sottoscritti il 7 ottobre 2008, necessitavano di essere implementati (teste G _____ p. 2 e perizia p. 10) ed a tal fine la convenuta, richiama il giorno dopo di indicare se e in che modo era possibile fare un'operatività telefonica in attesa di poter operare in maniera telematica (doc. F e 10), aveva risposto l'indomani che l'operatività telefonica sarebbe stata possibile " chiamando direttamente la sala cambi [N.d.R. a _____] al numero +41 91 _____ dalle 07.30 alle 18.30 " (doc. G e 10), senza che, dopo questa comunicazione, il gestore esterno degli attori e i suoi collaboratori avessero poi richiesto di operare anche su altre sale cambi attive overnight . E in ogni caso agli attori andava imputata una grave concolpa tale da far venir meno ogni loro pretesa, per aver deciso di avviare nelle particolari circostanze un'operazione poco prima dell'orario di chiusura, senza essersi in alcun modo premurati di verificare come avrebbero potuto eventualmente operare overnight .

E. 7.1.1

In questa sede gli attori, oltre ad aver contestato l'esistenza e la portata della grave concolpa imputata loro dal giudice di prime cure, hanno obiettato che la comunicazione ricevuta il 9 ottobre 2008 (doc. G) non era sufficiente a derogare dal chiaro, opposto, tenore dell'accordo sull'accesso diretto a AO 1 Investment Banking e della relativa autorizzazione di accesso 24 ore su 24 (entrambi nel plico doc. A) e che essi, in assenza di ulteriori informative, potevano così attendersi che al di fuori dei normali orari di ufficio, ossia dalle 18.30 alle 7.30, le loro eventuali telefonate alla sala cambi di _____ sarebbero senz'altro state deviate in automatico ad altre sale cambi, segnatamente a quelle di _____ o di _____. La censura dev'essere disattesa. L'istruttoria ha in effetti permesso di accertare che l'8 ottobre 2008 gli attori, consapevoli della necessità di dover implementare gli accordi contrattuali e in attesa di poter poi operare in maniera telematica (ciò che avrebbe necessitato di altri 10 - 15 giorni, doc. F e 10), avevano domandato alla convenuta di indicare se nel frattempo, temporaneamente, l'operatività telefonica, di per sé contemplata anche dall'accordo sull'accesso diretto a AO 1 e dalla relativa autorizzazione di accesso 24 ore su 24 (entrambi nel plico doc. A), " era possibile e com'è la procedura " (doc. F e 10), al che era stato loro risposto che quell'operatività sarebbe stata possibile " chiamando direttamente la sala cambi al numero +41 91 _____ dalle 07.30 alle 18.30 " (doc. G e 10), senza che essi avessero poi avuto da ridire. Nelle particolari circostanze è incontestabile che la possibilità così comunicata di operare telefonicamente " chiamando direttamente la sala cambi ... dalle 07.30 alle 18.30 ", a cui gli attori si erano in tal modo implicitamente adagiati, andava in buona fede intesa nel senso che quell'operatività non era invece possibile al di fuori di quegli orari e che non era neppure prevista o prevedibile una deviazione in automatico ad altre sale cambi delle eventuali telefonate effettuate al di fuori di quegli orari (già solo perché l'eventuale sala cambi "deviata" non era a conoscenza dei clienti e degli accordi contrattuali con loro in essere), ritenuto che quanto indicato a quel momento non costituiva tanto una deroga o modifica definitiva dell'accordo contrattuale di poter accedere ai servizi desk della banca 24 ore su 24 (anche perché se gli attori non fossero stati d'accordo con la modalità operativa indicata con quella comunicazione

avrebbero potuto obiettare ed esigerne l'estensione) quanto piuttosto un'accettazione tacita della "modalità di implementazione" di quell'accordo così proposta, limitata solo a un breve periodo e giustificata per altro dal fatto che allora neppure era prevista un'operatività overnight (cfr. teste A _____ p. 4 secondo cui il gestore degli attori gli aveva in precedenza indicato che le operazioni sarebbero state svolte tra le 9.00 e le 17.00; in tal senso pure la lettera 22 gennaio 2009 della convenuta [doc. 15] non contestata, sul tema, dagli attori nella loro successiva presa di posizione del 30 gennaio 2009 [doc. 16]), a cui gli attori dovevano così attenersi. Stando così le cose, non è necessario esaminare se agli attori potesse pure essere attribuita la grave concolpa, tale da far venir meno ogni loro pretesa, imputata loro dal giudice di prime cure.

E. 7.1.2

. A prescindere da quanto precede, va rilevato che gli attori neppure hanno a ben vedere dimostrato, pur avendolo preteso (cfr. petizione p. 6), di aver effettivamente cercato di contattare la convenuta nella notte tra il 15 e il 16 ottobre 2008, e meglio verso le 22.00 - 22.30 quando il cambio EUR/ZAR aveva raggiunto la quota di 13.300, al numero di telefono fisso +41 91 _____ e soprattutto al numero di cellulare del vice-responsabile della sala cambi di _____ della convenuta, circostanza questa contestata a suo tempo dalla convenuta (cfr. in particolare risposta p. 8 e duplica p. 8) ma su cui il Pretore non aveva ritenuto di esprimersi. In effetti, se è vero che i collaboratori del gestore esterno degli attori hanno dichiarato di essersi a più riprese attivati in tal senso (in particolare il teste D _____ p. 4 seg., mentre il teste F _____ p. 2 si è limitato a riferire dei tentativi di contattare la convenuta al numero di telefono fisso), è però altrettanto vero che il funzionario della convenuta titolare del numero di cellulare fornito ai clienti ha negato di aver ricevuto, quella sera, telefonate, SMS o e-mail (teste A _____ p. 5) e agli atti non sono state versate altre prove (ad es. i relativi tabulati telefonici, ecc.) tali da comprovare l'esistenza di tutti questi eventuali tentativi di prese di contatto. Oltretutto si osserva, sia pure solo a titolo indiziario, che neppure è stato provato, contrariamente a quanto preteso dagli attori (petizione p. 7 e 18 e replica p. 14) ma contestato dalla convenuta (risposta p. 9), che al mattino essi si fossero lamentati in tal senso con il funzionario della convenuta _____ o con la direzione della stessa, come sarebbe stato lecito attendersi, la prima contestazione comprovata risalendo solo al 29 dicembre 2008 e al 9 gennaio 2009 (doc. 13 e 14, ritenuto per altro che nello scritto di risposta 22 gennaio 2009 [doc. 15] la convenuta aveva evidenziato di non aver mai ricevuto, successivamente alle date topiche del 15 e 16 ottobre 2008, alcun reclamo, senza che la controparte avesse contestato tale asserzione con la sua successiva presa di posizione del 30 gennaio 2009 [doc. 16]).

E. 7.1.3

Ma quand'anche, per mera ipotesi, si volesse ritenere provato (considerando così unicamente le testimonianze rese da F _____ e da D _____, non smentite su quel tema da altri testimoni) che gli attori avevano effettivamente cercato di contattare la convenuta nella notte tra il 15 e il 16 ottobre 2008 al numero di telefono fisso +41 91 _____, si osserva che il fatto che essi, pur disponendo del numero di cellulare del funzionario della convenuta (in tal senso, oltre alla petizione p. 6, il teste D _____ p. 5, il quale ha per altro aggiunto, a p. 4, che quel numero era noto anche al collega F _____), non abbiano allora ritenuto di inviargli un SMS o un e-mail (di cui non vi è traccia agli atti), e il fatto che non

sia stato provato (la testimonianza in tal senso del solo D _____ essendo stata smentita dal teste A _____) che quel funzionario era allora stato chiamato telefonicamente a quel numero sarebbero in ogni caso idonei a fondare una concolpa talmente grave da far venir meno ogni loro pretesa.

E. 7.2

In un secondo capitolo il Pretore ha ritenuto che nemmeno il comportamento tenuto dalla convenuta al mattino del 16 ottobre 2008 potesse essere criticato. Da una parte essa non aveva provveduto a chiudere forzatamente l'operazione per cui neppure era tenuta a chiedere preventivamente un'eventuale reintegrazione del conto margine (come in tal caso avrebbe dovuto fare secondo il punto 2 dell'atto di costituzione di pegno [nel plico doc. 4]) e dall'altra l'inserimento degli stop loss - che invero, si aggiunga qui, per il perito giudiziario parrebbe essere avvenuto solo per la vendita degli ZAR per il controvalore di EUR 20'000'000.- (cfr. perizia p. 12) - era stato accettato dagli attori (teste A _____ p. 5) senza che questi ultimi avessero mai proposto l'aumento del conto margine.

E. 7.2.1

In questa sede gli attori hanno rimproverato al Pretore di non aver tratto le debite conclusioni dal fatto, da lui stesso accertato, che in base all'atto di costituzione di pegno ed alla convenzione di base per crediti lombard (entrambi nel plico doc. 4) la convenuta, prima di procedere alla realizzazione delle garanzie fornite, avrebbe dovuto chiedere la reintegrazione del conto margine. La censura deve senz'altro essere disattesa, visto e considerato che gli attori, in violazione del loro obbligo di motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC), non si sono minimamente confrontati con l'assunto pretorile, per altro del tutto condivisibile, secondo cui la questione era irrilevante siccome la convenuta non aveva provveduto a chiudere forzatamente l'operazione. Oltretutto, come rilevato dalla convenuta, non era affatto vero che nel caso in cui il margine fosse stato intaccato, gli accordi contrattuali le imponessero, prima di poter chiudere l'operazione in corso, di chiedere invano la reintegrazione dello stesso. Dal punto 1.8 della convenzione quadro per transazioni in derivati e operazioni a termine (nel plico doc. 4, secondo cui "... AO 1 ha parimenti il diritto di richiedere margini aggiuntivi ("margin calls") qualora, a causa delle variazioni dei prezzi di mercato successive alla stipulazione del contratto o a causa di altri parametri rilevanti, la liquidazione delle transazioni in essere generasse una perdita per il cliente, oppure per l'eventualità che il valore del margine si fosse nel frattempo ridotto ..."), non risultava in effetti che la banca, pur potendolo beninteso fare, fosse preventivamente tenuta ad agire in tal senso, ritenuto che il punto 2 dell'atto di costituzione di pegno, a cui la convenzione di base per crediti lombard rinviava, non era per contro applicabile alla presente fattispecie.

E. 7.2.2

In questa sede gli attori hanno ritenuto che il fatto, accertato dal Pretore, che l'inserimento degli stop loss fosse avvenuto non solo su iniziativa ma anche sulla base di una "comprensibile pressione" della convenuta fosse invece inammissibile, costituendo un'inaccettabile ingerenza nelle loro scelte di investimento. La censura dev'essere disattesa per il fatto che gli attori, in violazione del loro obbligo di motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC), non hanno censurato l'assunto pretorile, secondo cui l'inserimento degli stop loss era stato da loro accettato. Sempre in violazione del loro obbligo di motivazione (art. 311 cpv. 1

CPC), gli attori nemmeno hanno spiegato da quali circostanze si dovesse concludere che nell'occasione la convenuta avesse di fatto imposto l'inserimento degli stop loss.

E. 8

Nel suo giudizio il Pretore ha infine escluso che alla convenuta nell'ambito delle ultime cinque operazioni potesse essere rimproverata una violazione contrattuale con riferimento allo spread denaro/lettera da lei applicato, asseritamente maggiore di quello concordato. Egli, preso atto che in base alla perizia giudiziaria lo spread denaro/lettera, costituito di fatto dal margine di guadagno che la banca riteneva di realizzare sull'operazione di cambio e dallo spread imposto dal mercato, era determinato dal mercato per cui in caso di turbolenza sui mercati poteva ampliarsi in modo importante, ha da una parte ritenuto che lo spread denaro/lettera concordato a suo tempo tra le parti in ragione di 150 - 200 bps dovesse essere considerato solo indicativo, cioè fosse valido solo in presenza di condizioni stabili del mercato, e corrispondesse al margine che la banca intendeva realizzare in tali condizioni sull'operazione di cambio, come indicato da un funzionario della convenuta (teste A _____ p. 4) e dal perito giudiziario (perizia p. 7), e non fosse invece assoluto e inderogabile, come indicato dal gestore esterno degli attori (teste L _____ p. 2) e dai suoi collaboratori (testi F _____ p. 1 e D _____ p. 4). E dall'altra, sempre sulla base della perizia giudiziaria, ha rilevato che la convenuta mai aveva realizzato uno spread denaro/lettera superiore a 150 - 200 bps (complemento peritale p. 4).

E. 8.1

In questa sede gli attori non hanno a ben vedere censurato gli accertamenti del Pretore (tant'è che hanno esplicitamente dato atto che lo spread denaro/lettera era determinato dal mercato per cui in caso di turbolenza sui mercati poteva ampliarsi in modo importante; che nel caso concreto lo spread denaro/lettera concordato a suo tempo tra le parti in ragione di 150 - 200 bps doveva essere considerato solo indicativo, come indicato dai testi A _____, L _____, F _____ e D _____; e che la convenuta non aveva mai realizzato per sé uno spread denaro/lettera superiore a 150 - 200 bps) ed anzi hanno aggiunto di neppure aver mai "rimproverato alla banca di aver lucrato un margine eccedente i parametri convenuti". A fronte di queste chiare affermazioni ed in assenza di censure al giudizio impugnato, non è possibile rimettere in discussione la conclusione, per altro del tutto condivisibile, con cui il Pretore aveva escluso l'esistenza di una violazione contrattuale con riferimento allo spread denaro/lettera applicato dalla convenuta. Gli attori si sono più che altro limitati ad evidenziare, sul tema, che "pertanto le dichiarazioni in proposito degli intermediari ... [N.d.R. quelle rese dai testi L _____, F _____ e D _____ sul carattere indicativo dello spread denaro/lettera concordato tra le parti] devono ritenersi assolutamente genuine e non possono essere revocate in dubbio come sembra fare il giudice di prime cure"; e che sarebbe "errato per contro dedurre da questa circostanza [N.d.R. dal fatto che la convenuta non aveva mai realizzato per sé uno spread denaro/lettera superiore a 150 - 200 bps] l'inesistenza di una violazione contrattuale da parte della banca anche in relazione alle poche operazioni eseguite tra il 24 e il 30 ottobre 2008 e tradottesi in un'ulteriore perdita a saldo di EUR 420'000.- ...: in effetti" alla controparte andava rimproverato "di aver ancora una volta fissato degli stop loss improponibili, che con l'allargarsi degli spread denaro/lettera dai 200 tiks [N.d.R. o bps] concordati fino a 1'300 tiks, che durante la notte arrivavano anche a 5'000 tiks, hanno avuto

per effetto di chiudere a priori e con qualsiasi andamento dei tassi di cambio le posizioni prima che le stesse potessero generare utile ” sicché “ in buona sostanza agli appellanti ... è stata preclusa fino all’ultimo la possibilità di operare in modo efficace, in urto, ancora una volta, con le facoltà attribuite ai clienti dal doc. A e con le modalità operative concordate ”. Tutte queste circostanze, nella misura in cui sono comprensibili, sono in realtà irrilevanti per il giudizio sulla questione in esame, non spiegando se e per quali ragioni il Pretore aveva errato ad escludere l’esistenza di una violazione contrattuale della convenuta con riferimento allo spread denaro/lettera da lei applicato. E per altro, in violazione dell’obbligo di motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC), nemmeno è stato indicato da quali risultanze istruttorie risulterebbe che la convenuta aveva allora fissato agli attori degli stop loss improponibili.

E. 8.2

Si aggiunga, per completezza di motivazione, che il perito giudiziario neppure è stato in grado di indicare la situazione in cui si sarebbero venuti a trovare gli attori qualora nelle ultime cinque operazioni la convenuta avesse applicato lo spread denaro/lettera di 150 - 200 bps concordato (perizia p. 8).

E. 9

Ne discende che l’appello degli attori dev’essere respinto nella misura in cui è ricevibile. Le spese giudiziarie della procedura di secondo grado, calcolate sulla base del valore qui ancora litigioso di EUR 2'753'211.-, seguono la soccombenza (art. 106 CPC). Per questi motivi, richiamati l’art. 106 CPC, la LTG e il RTar decide: I. L’appello 12 settembre 2016 di AP 1 e AP 2 è respinto nella misura in cui è ricevibile. II. Le spese processuali di CHF 50'000.- sono a carico degli appellanti in solido, che rifonderanno all’appellata, sempre in solido, CHF 40'000.- per ripetibili. III. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud 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 CHF 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.