

TI_GERICHTE 12.2019.102 vom 21. Juli 2020

TI Tribunale d'appello, 2020-07-21, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2019.102

FR: TI_GERICHTE 12.2019.102 du 21 juillet 2020

IT: TI_GERICHTE 12.2019.102 del 21 luglio 2020

Regeste

Banca - responsabilità per investimenti - onere della prova - restituzione di commissioni

Volltext

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 21.07.2020 12.2019.102

Banca - responsabilità per investimenti - onere della prova - restituzione di commissioni

Incarto n. 12.2019.102 Lugano 21 luglio 2020 /fb In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Fiscalini, presidente, Bozzini e Stefani vicecancelliere: Bettelini sedente per statuire nella causa - inc. n. OR.2015.176 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 - promossa con petizione 28 luglio 2015 da AP 1 rappr. da PA 1 contro AO 1 rappr. da PA 2 con cui l'attore ha chiesto la condanna della convenuta in via principale al pagamento di EUR 95'000.- e di CHF 3'200.- oltre interessi al 5% dal 30 ottobre 2013 su EUR 82'730.23, dal 3 giugno 2015 sul saldo e, per quanto riguarda le eventuali retrocessioni e commissioni, dalla data in cui tali importi erano stati percepiti dalla convenuta, e in via subordinata al pagamento di EUR 84'430.24 e di CHF 3'200.- oltre interessi al 5% dal 30 ottobre 2013 su EUR 84'430.24, dal 3 giugno 2015 su CHF 3'200.- e, per quanto riguarda le eventuali retrocessioni e commissioni, dalla data in cui tali importi erano stati percepiti dalla convenuta, somme poi ridotte in sede conclusionale a EUR 94'742.85 e a CHF 3'200.- oltre interessi al 5% dal 30 ottobre 2013 su EUR 82'730.23, dal 30 luglio 2010 su EUR 2'201.50 e dal 3 giugno 2015 sul saldo; domanda avversata dalla convenuta, che ha postulato la reiezione della petizione, e che il Pretore aggiunto con decisione 14 maggio 2019 ha respinto; appellante l'attore con appello 14 giugno 2019, con cui ha chiesto la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre la convenuta con risposta 19 agosto 2019 ha postulato la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili; letti ed esaminati gli atti e i documenti prodotti; ritenuto in fatto e in diritto: 1. Il 28 aprile 2005 AP 1 ha aperto presso la succursale _____ di AO 1, sottoscrivendo tra le altre cose le condizioni generali (doc. B) e la convenzione posta a trattenere (doc. D p. 3), il conto cifrato n. _____, con cui ha in seguito effettuato, facendo capo al consulente della banca L. _____, degli investimenti in fondi azionari. Il 26 luglio 2007 (cfr. plico doc. L) la banca, previo riscatto di 347 parti del fondo azionario "COMINVEST FONDAK P" e di 26 parti del fondo azionario "_____ EF LUX SM GER B", ha acquistato per conto del cliente, ad un prezzo di EUR 85'000.- oltre a una commissione del 2%, 85 quote del prodotto strutturato "Bonus Certificates PLUS in EUR on Insurance Companies" (doc. F). Alla scadenza dell'investimento, il 30 luglio 2010, sul suo conto sono stati accreditati EUR 2'269.76 (doc. G). 2. Con petizione 28 luglio 2015 AP 1, al beneficio della necessaria autorizzazione ad agire (doc. A), ha convenuto in giudizio AO 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano,

sezione 1, per ottenerne la condanna al pagamento di una somma poi ridotta in sede conclusoria a EUR 94'742.85 e a CHF 3'200.- oltre interessi al 5% dal 30 ottobre 2013 su EUR 82'730.23, dal 30 luglio 2010 su EUR 2'201.50 e dal 3 giugno 2015 sul saldo. Rilevando come la vendita dei fondi “ COMINVEST FONDAK P ” e “ _____ EF LUX SM GER B ” e il contestuale acquisto del prodotto strutturato “ Bonus Certificates PLUS in EUR on Insurance Companies ” (indicati in seguito anche come “operazione” o “operazione litigiosa”) non fossero mai stati da lui ordinati o ratificati, egli ha preteso il risarcimento della perdita subita (EUR 45'314.43 mancato incasso della vendita del fondo “ COMINVEST FONDAK P ” + EUR 45'694.29 mancato incasso della vendita del fondo “ _____ EF LUX SM GER B ” + EUR 2'400.39 mancato incasso dei relativi dividendi + EUR 1'402.- liquidità impiegata per l'acquisto del prodotto strutturato “ Bonus Certificates PLUS in EUR on Insurance Companies ” ./). EUR 2'269.76 ricavo dalla vendita di quest'ultimo prodotto), delle spese legali preprocessuali (CHF 3'200.-) e delle retrocessioni incassate dalla controparte (EUR 2'201.50). La convenuta si è integralmente opposta alla petizione. 3. Con decisione 14 maggio 2019 il Pretore aggiunto ha respinto la petizione, ponendo la tassa di giustizia di CHF 5'500.- e le spese di complessivi CHF 5'866.- (comprehensive di quelle della procedura di conciliazione) a carico dell'attore, tenuto altresì a rifondere alla convenuta CHF 8'000.- a titolo di ripetibili. 4. Con l'appello 14 giugno 2019 che qui ci occupa, avverso dalla convenuta con risposta 19 agosto 2019, l'attore ha chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi. 5. A questo stadio della lite è pacifico che tra le parti non è stato concluso un mandato di gestione patrimoniale né un contratto di consulenza agli investimenti e che la banca convenuta è unicamente stata incaricata di ricevere ed eseguire gli ordini del cliente attore (nella forma del cosiddetto “ execution only”). Le parti risultano in definitiva legate tra loro da un contratto di conto corrente e di deposito aperto, combinato con un contratto di commissione, a cui sono in ogni caso applicabili le regole del mandato (Mazzucchelli , Il contratto di mandato nel diritto bancario, in: AAVV , Il contratto di mandato nell'ordinamento giuridico, CFPG, p. 107; DTF 133 III 221 consid. 5.1; II CCA 23 maggio 2007 inc. n. 12.2005.154 pubbl. in NRCP 2007 p. 228, 11 ottobre 2011 inc. n. 12.2009.136, 23 novembre 2011 inc. n. 12.2009.137, 5 febbraio 2013 inc. n. 12.2010.127). 6. Con riferimento alla pretesa volta al risarcimento della perdita subita dalla vendita dei fondi “ COMINVEST FONDAK P ” e “ _____ EF LUX SM GER B ” e dal contestuale acquisto del prodotto “ Bonus Certificates PLUS in EUR on Insurance Companies ”, il Pretore aggiunto ha ritenuto che l'attore non avesse né allegato né provato di aver contestato, entro il termine di un mese previsto dall'art. 7 delle condizioni generali (doc. B), l'estratto conto e la distinta patrimoniale al 31 dicembre 2007 che li riportavano (doc. I° rich.), depositati il 1° gennaio 2008 nella sua posta a trattenere, e che non vi fossero indizi che la convenuta commetteva un abuso di diritto prevalendosi della finzione di ricezione di quei documenti (doc. D p. 3). Egli ha in ogni caso ritenuto che l'attore avesse pure ratificato l'operazione in occasione della sua visita in banca con il fratello E _____, avvenuta il 9 aprile 2008, nell'ambito della quale, previa consegna del factsheet del prodotto “ Bonus Certificates PLUS in EUR on Insurance Companies ” (doc. E), della distinta patrimoniale (dalla quale emergeva che a quel momento le 85 quote acquistate avevano già perso circa il 35% del loro valore, doc. 1) e della corrispondenza trattenuta in banca fino ad allora (doc. 2), era stato reso edotto della stessa dal nuovo consulente della convenuta _____ M _____: l'attore non aveva in effetti dimostrato di aver immediatamente reclamato durante la menzionata visita, la sua

deposizione in tal senso (verbale 5 settembre 2016 p. 8) essendo stata smentita da _____ M _____, che aveva riferito come l'attore fosse stato convinto a tenere il prodotto acquistato nella speranza di un suo recupero (verbale 2 maggio 2016 p. 3), mentre la testimonianza di E _____, la cui attendibilità era già dubbia per il suo rapporto di parentela con l'attore, era irrilevante, siccome questi, pur avendo riferito di un'avvenuta contestazione, non aveva saputo precisare se la stessa fosse riferita all'operazione litigiosa (verbale 5 settembre 2016 p. 4). Di qui la tardività della contestazione effettuata dall'attore la prima volta solo a fine 2012 (doc. H). 6.1. A mo' di premessa, l'attore, in questa sede, ha evidenziato che l'operazione era stata eseguita dalla convenuta senza la sua autorizzazione. Il rilievo è corretto. Pur non potendosi condividere la sua tesi secondo cui ciò sarebbe stato "pacifico e incontestato" siccome non contestato dalla convenuta nel suo allegato responsivo (cfr. anzi risposta p. 3 seg. e 9), resta comunque il fatto che la convenuta, gravata dell'onere della prova (art. 8 CC; ZR 2007 Nr. 1 consid. B3; II CCA 20 marzo 2009 inc. n. 10.2002.17, 5 agosto 2011 inc. n. 12.2009.163, 11 ottobre 2011 inc. n. 12.2009.136, 23 novembre 2011 inc. n. 12.2009.137, 5 febbraio 2013 inc. n. 12.2010.127; in merito all'onere della prova per la fattispecie, analoga a quella che ci occupa, dell'esistenza di nuove istruzioni alla banca, cfr. TF 4A_90/2011 del 22 giugno 2011 consid. 2.2.2, 4C.18/2004 del 3 dicembre 2004 consid. 1.5 e 1.8), non ha assolutamente dimostrato l'esistenza di un ordine scritto (come da lei ammesso nei doc. I e N) o verbale del cliente in tal senso. 6.2. Con la prima serie di obiezioni, l'attore ha censurato l'assunto pretorile principale secondo cui l'operazione non sarebbe stata da lui contestata tempestivamente, entro 30 giorni dal deposito nella sua posta a trattenere dell'estratto conto e della distinta patrimoniale al 31 dicembre 2007, senza che alla controparte potesse essere rimproverato un abuso di diritto. A ragione. 6.2.1. L'attore non può invero essere seguito laddove ha preteso che la convenuta non si fosse prevalsa, né in sede preprocessuale né in quella processuale, del mancato rispetto del termine di un mese previsto dall'art. 7 delle condizioni generali: quest'ultima aveva in effetti evidenziato la circostanza già con lo scritto 18 gennaio 2013 (doc. I, come del resto rilevato anche dallo stesso attore a p. 5 della petizione e a p. 4 del suo appello) e l'aveva poi nuovamente ribadita nel suo allegato responsivo (p. 7 seg. e 10). Egli non può nemmeno essere seguito laddove ha rilevato che la convenuta non aveva allegato e provato che l'estratto conto e la distinta patrimoniale al 31 dicembre 2007 sarebbero effettivamente stati archiviati elettronicamente e fisicamente il 1° gennaio 2008: la presunta mancata archiviazione elettronica e fisica di quei documenti alla data del loro allestimento è in effetti stata da lui addotta per la prima volta e con ciò irritualmente (art. 317 cpv. 1 CPC) solo nella procedura ricorsuale. 6.2.2. Sennonché, è con pertinenza che l'attore ha evidenziato che nel caso di specie, prevalendosi della mancata tempestiva contestazione dei documenti depositati a quel momento nella sua posta a trattenere, la convenuta abusava del suo diritto. La giurisprudenza ha in effetti già avuto modo di stabilire che le clausole, come quelle di cui all'art. 7 delle condizioni generali (doc. B) e di cui alla convenzione posta a trattenere (doc. D p. 3), istituenti la finzione della consegna al cliente della corrispondenza e la tacita accettazione da parte sua in caso di tardiva reazione, pur essendo di principio lecite, possono eccezionalmente essere ritenute inefficaci qualora la finzione dell'accettazione conduca a un risultato iniquo o contrario al senso di giustizia, ciò che in particolare si verifica qualora la banca agisca scientemente a detrimento del cliente, oppure quando, dopo aver gestito un conto durante numerosi anni in conformità alle istruzioni verbali di un cliente, essa si scosta intenzionalmente dalle stesse senza che nulla lo lasciasse prevedere

(per esempio in caso di un contratto di gestione patrimoniale), oppure ancora quando la banca sa che il cliente non approberebbe le comunicazioni della posta trattenuta (per esempio laddove agisca senza autorizzazione nel quadro di un contratto “ execution only” o di consulenza agli investimenti) (TF 4A_119/2018 del 7 gennaio 2019 consid. 6.1.1 - 6.1.3, 4A_386/2019 del 26 maggio 2020 consid. 4.3.1 e 4.3.2). Ed è proprio quello che è capitato nel caso concreto, trattandosi per l'appunto di un caso in cui la convenuta aveva agito senza autorizzazione dell'attore nel quadro di un contratto “ execution only” (cfr. supra consid. 6.1).

6.3. L'attore ha censurato anche l'assunto pretorile abbondanziale secondo cui l'operazione non sarebbe stata da lui contestata, e dunque sarebbe stata da lui ratificata, in occasione della sua visita in banca del 9 aprile 2008, avvenuta alla presenza del fratello E_____ e del nuovo consulente della convenuta _____ M_____, e nell'ambito della quale era stato reso edotto dell'operazione. Come si vedrà qui di seguito, la censura dev'essere respinta in quanto l'attore, gravato dell'onere della prova (art. 8 CC), non ha dimostrato di aver allora debitamente reclamato per quell'operazione e soprattutto di volerla stornare.

6.3.1. È incontestabile che la testimonianza del funzionario della convenuta _____ M_____, il quale aveva riferito come l'attore, dopo essere stato dettagliatamente informato sul prodotto, fosse stato allora convinto a tenerlo nella speranza di un suo recupero (verbale 2 maggio 2016 p. 3 segg.), sia almeno altrettanto attendibile della deposizione dell'attore e della testimonianza di E_____, i quali avevano invece riferito della sua volontà di disconoscere l'operazione (verbale 5 settembre 2016 p. 4 e 8) e avevano escluso ogni informazione sul prodotto (verbale 5 settembre 2016 p. 8): contrariamente a AP 1 e a E_____, che erano interessati all'esito della lite in quanto parte attrice il primo e fratello della medesima il secondo, _____ M_____ era disinteressato al suo esito, non essendo colui che aveva a suo tempo effettuato l'operazione (eseguita in un momento in cui il consulente della convenuta era L_____) e non essendo pacificamente più alle dipendenze della convenuta; oltretutto la versione di quest'ultimo era stata confermata dal rapporto “ client notes ” (cfr. resoconto interno della visita del 9 aprile 2008 a p. 5 del punto 4 del classificatore verde doc. rich. I°), mentre la versione degli altri due non aveva trovato alcuna conferma né in punto all'avvenuta contestazione, la testimonianza del consulente finanziario dell'attore G_____, il quale aveva riferito che in occasione di un incontro in banca avvenuto nel 2012 _____ M_____ non avrebbe contestato - ma nemmeno ammesso - il riferimento fatto dall'attore a una sua precedente contestazione di quel prodotto (verbale 5 settembre 2016 p. 6), avendo solo una (per altro debole) valenza indiziaria, né in punto alla mancata informativa sul prodotto, non essendo anzi più contestata a questo stadio della lite l'avvenuta consegna a quel momento dei doc. 1 e 2 nonché del factsheet di cui al doc. E. Dovendosi, nella migliore - per l'attore - delle ipotesi, concludere che queste due versioni dei fatti, contrapposte, si elidevano vicendevolmente, la questione dev'essere pertanto risolta a sfavore della parte gravata dell'onere della prova.

6.3.2. Ma se anche si volesse invece dar maggior credito alla versione dell'attore, secondo cui “ nell'aprile 2008, quando dissi a M_____ ... che volevo disconoscere l'acquisto di questo strumento finanziario che io non volevo, M_____ mi rispose che non bisognava lasciarsi la testa in anticipo e bisognava attendere l'evoluzione del corso del BC ” al che “ da parte mia pensavo che la cosa fosse a posto, nel senso che fosse accettata dalla banca la mia contestazione inerente all'acquisto del BC” e “per me era chiaro che M_____ aveva accolto la mia contestazione relativa al BC pur chiedendomi di attendere l'evoluzione dello stesso ” (verbale 5 settembre 2016 p. 8), si osserva che dalla

stessa, che di fatto concretizzava un'attitudine ambigua / contraddittoria dell'attore (con l'iniziale disconoscimento dell'operazione e la successiva accettazione della proposta - nulla prova invece che si fosse trattato di un consiglio - di attenderne l'evoluzione nel senso cioè di un suo, sia pure condizionato, mantenimento), non si potrebbe in ogni caso concludere con certezza (circostanza colta anche dall'attore laddove ha usato l'espressione " da parte mia pensavo ... per me era chiaro ...") che _____ M _____ avesse inteso, rispettivamente avesse ragionevolmente potuto e dovuto intendere, l'esistenza di una sua chiara e incondizionata contestazione dell'operazione (TF 4C.194/2005 del 28 settembre 2005 consid. 3.2.3.1), a cui non è dunque stato dato seguito. Una tale situazione avrebbe imposto in buona fede all'attore (cfr. per analogia TF 4C.194/2005 del 28 settembre 2005 consid. 3.2.3.1, 4A_42/2015 del 9 novembre 2015 consid. 5.5) di chiarire la sua posizione e con ciò di formalizzare la sua ferma contestazione almeno in occasione delle due successive visite in banca, quelle del 17 febbraio e del 13 novembre 2009, nel corso delle quali gli erano stati consegnati gli estratti conto e le distinte patrimoniali a quelle date (doc. 3 e 4), dai quali emergeva che a quel momento le 85 quote acquistate avevano perso oltre il 97% del loro valore (cfr. punto 1 del classificatore verde doc. rich. I°), ciò che egli ha tuttavia ommesso di fare. 7. La pretesa dell'attore volta al risarcimento delle spese legali preprozessuali di CHF 3'200.- occorsegli per chiarire la pretesa risarcitoria di cui al considerando precedente, riproposta in questa sede, non può a sua volta essere accolta. Ritenuto che, per giurisprudenza invalsa, le spese legali preprozessuali possono essere riscalate alla parte interessata solo proporzionalmente al grado di soccombenza della controparte nella relativa procedura giudiziaria (TF 4C.11/2003 del 19 maggio 2003 consid. 5.2, 4A_692/2015 del 1° marzo 2017 consid. 6.1.3), che in concreto, come si è detto, era pari a zero, è evidente che l'attore non possa pretendere alcunché a tale titolo (TF 4C.22/2002 dell'8 luglio 2002 consid. 5.2.2). 8. Il Pretore aggiunto ha infine respinto anche la pretesa di EUR 2'201.50 avanzata dall'attore a titolo di restituzione delle remunerazioni che la convenuta aveva ricevuto da terzi nell'ambito dell'acquisto delle 85 quote del prodotto " Bonus Certificates PLUS in EUR on Insurance Companies ", rilevando che una loro restituzione ai sensi dell'art. 400 cpv. 1 CO non entrava in linea di conto in quanto quelle remunerazioni non erano in relazione intrinseca con l'esecuzione del contratto di " execution only " stipulato dalle parti, ritenuto che non vi era il rischio che avessero incitato la convenuta a non considerare sufficientemente gli interessi dell'attore. A torto. Come giustamente rilevato dall'attore, la giurisprudenza (DTF 138 III 755 consid. 4, 5 e 8, 143 III 348 consid. 5.1.2) ha già avuto modo di stabilire che nell'ambito di un contratto di gestione patrimoniale dev'essere oggetto di restituzione al mandante ai sensi dell'art. 400 cpv. 1 CO non solo ciò che il mandatario ha ricevuto da quest'ultimo ma anche ciò che egli ha ricevuto da terzi, ritenuto che in quest'ultima categoria rientrano anche i vantaggi indiretti ricevuti nell'ambito dell'adempimento del mandato, segnatamente le retrocessioni e le commissioni di mantenimento (" Bestandespflegekommissionen ") versate da società emittenti interne o esterne al gruppo: decisivo è in effetti il fatto che il mandatario, al quale in un tale quadro giuridico era permesso scegliere liberamente i prodotti da investire, potrebbe essere indotto, a seguito di questi vantaggi indiretti a suo favore e dunque nell'ambito di un conflitto di interessi, a favorire determinati investimenti a scapito del mandante. Nonostante la giurisprudenza abbia lasciato indecisa la questione a sapere se l'obbligo di restituzione di questi vantaggi s'imponga anche nell'ambito di un contratto " execution only " o di consulenza agli investimenti (DTF 138 III 755 consid. 5.5), nel caso di specie, in cui - come detto - la convenuta, agente nell'ambito di un contratto " execution only ", ha nondimeno

scelto l'investimento senza autorizzazione dell'attore, appare senz'altro giustificato concludere per l'affermativa, visto che la situazione venutasi a creare è in definitiva analoga a quella che si verificerebbe nell'ambito di un contratto di gestione patrimoniale. Atteso poi che, per stessa ammissione della convenuta (risposta all'appello p. 11), le remunerazioni qui in discussione, versate da una società emittente interna al gruppo _____ (cfr. doc. E), erano assimilabili a delle " Bestandespflegekommissionen " e che, contrariamente a quanto da lei preteso, la richiesta di restituzione non era soggetta a un termine di prescrizione annuale ma a quello decennale dell'art. 127 CO (DTF 143 III 348 consid. 5.2.1) e dunque non era prescritta, nulla osta al suo accoglimento. 9. Ne discende, in parziale accoglimento dell'appello dell'attore, che la petizione dev'essere accolta limitatamente alla pretesa di cui al considerando precedente aumentata dei relativi interessi. Le spese giudiziarie di entrambe le sedi seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 2 CPC), ritenuto che per la procedura secondo grado sono state calcolate sulla base del valore ancora litigioso di EUR 94'742.85 e di CHF 3'200.-. Per questi motivi, richiamati l'art. 106 CPC, la LTG e il RTar decide: I. L'appello 14 giugno 2019 di AP 1 è parzialmente accolto. Di conseguenza la decisione 14 maggio 2019 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, è così riformata: 1. La petizione è parzialmente accolta. Di conseguenza AO 1 è condannata a pagare a AP 1 EUR 2'201.50 oltre interessi al 5% dal 30 luglio 2010. 2. La tassa di giustizia di CHF 5'500.- e le spese di complessivi CHF 5'866.- (comprehensive di quelle della procedura di conciliazione) sono poste a carico della convenuta per il 2.5% e per il 97.5% sono poste a carico dell'attore, che rifonderà alla controparte CHF 7'600.- a titolo di ripetibili. II. Le spese processuali di CHF 6'000.- sono poste per il 2.5% a carico dell'appellata e per il 97.5% sono poste a carico dell'appellante, che rifonderà alla controparte CHF 3'800.- 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 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.