

Intermediario infedele: quali i rimedi esperibili?

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Sommario: Premessa; Intermediario finanziario: inquadramento giuridico; Gli obblighi informativi dell'intermediario finanziario e della banca; Le false informazioni e responsabilità da prospetto; Intermediario infedele: quali i rimedi esperibili? La tesi della nullità; La tesi dell'inadempimento-risoluzione-annullabilità; La tesi della responsabilità precontrattuale.

Premessa

Nel corso degli anni novanta il mercato finanziario è stato interessato da radicali mutamenti evolutivi che si sono succeduti rapidamente nel tempo. La normativa di legge ha accompagnato, sospingendo e realizzando un assetto finanziario più consono ed adeguato all'apertura internazionale [[1]].

Intermediario finanziario: inquadramento giuridico

Nell'ambito della intermediazione finanziaria ruolo centrale è svolto dall'intermediario, il quale nel rapporto diretto con il cliente è tenuto a particolari doveri informativi ([2]) e comportamentali che "costituiscono un reticolo idoneo a conferire all'attività di intermediazione finanziaria natura e consistenza di rapporto complesso" ([3]).

Parte della dottrina afferma che il contratto quadro di intermediazione finanziaria sia qualificabile quale contratto normativo e quindi rientri in una fase di formazione del contratto; in tale fase incombono sull'intermediario obblighi di informazione e comportamentali la cui violazione incide sulla libertà in contrahendo delle parti ex artt. 1337-1338 cc ([4]).

Altra parte della dottrina tuttavia qualifica il contratto normativo il fulcro dell'operazione negoziale e parte genetica dei futuri contratti d'investimento; pertanto se ne afferma la natura contrattuale il cui inadempimento è sanzionato dalle regole ex art. 1218 e ss cc, applicando, d'altronde le regole della responsabilità per inadempimento in caso di violazione degli obblighi connessi alla stipulazione del contratto ([5]).

La giurisprudenza degli ultimi anni, a seguito dei crack Parmalat e Cirio, e del cd default dell'Argentina (detto anche caso tango bond), ha discusso sulla natura degli obblighi a carico degli intermediari finanziari e di conseguenza sui rimedi da applicare in caso di violazione degli stessi ([6]).

Gli obblighi informativi dell'intermediario finanziario e della banca

La materia dei servizi di investimento - D. Lgs. 58/98 (T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria o T.U.F.)- e il Regolamento di attuazione, emanato dalla Consob [[7]], contengono le regole tecniche dell' attività degli intermediari finanziari.

L'art. 21 del T.U.F. (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) pone i principi basilari a cui si deve informare il rapporto intermediario/investitore [[8]].

Gli obblighi di comportamento definiti dal T.U.F. tendono ad informare l'attività di prestazione dei servizi a finalità di efficienza, trasparenza e tutela del risparmiatore, congiuntamente a finalità di stabilità, competitività e buon funzionamento del mercato finanziario.

I servizi finanziari possono essere svolti, per conto dei clienti, solo dopo aver stipulato un contratto che abbia ad oggetto i servizi medesimi (cd. contratto-quadro) [[9]], per il quale l' art. 23 del T.U.F. richiede la forma scritta ad substantiam.

L' assenza della forma scritta determina quindi la nullità del contratto-quadro, la quale però, per espressa disposizione dell'art. 23, 3° comma D. Lgs. 58/98, può essere fatta valere solo dal cliente, in deroga alla

regola generale fissata dall' art. 1421 c.c., secondo la quale tale patologia negoziale può essere fatta valere da qualsiasi soggetto interessato.

Le singole operazioni di investimento sono perciò rese sulla base del suddetto contratto-quadro, cosicché i relativi atti negoziali, comunque qualificati, presentano con il primo una relazione di collegamento cd. necessario (in quanto previsto dalla legge, nel senso che uno dei contratti non può esistere senza l'altro), genetico (in quanto instaurato nella fase costitutiva del rapporto relativo alle singole prestazioni di investimento e accessorie) e unilaterale (in quanto il rapporto di dipendenza non è reciproco).

In assenza del contratto-quadro sono perciò nulle le operazioni di investimento realizzate dalla banca per conto del cliente [[10]].

Sulla stessa linea anche il Regolamento Consob n. 11522/98 che all'art. 30 [[11]] disciplina separatamente il contratto quadro e le operazioni di esecuzione.

Il dovere di informare l'investitore viene unito al dovere di informarsi dall'investitore determinando un insieme di obblighi informativi di contenuto ampio ed articolato. Tale flusso di informazioni deve accompagnare il momento in cui viene istaurato il rapporto fra intermediario ed investitore in maniera che il successivo svolgimento delle operazioni in titoli avvenga nella piena conoscenza e consapevolezza degli elementi necessari.

All'art. 28 del Regolamento Consob si prevede che gli intermediari finanziari, prima dell'inizio delle prestazioni debbono chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché la sua propensione al rischio. Si aggiunge inoltre che l'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare da contratto ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore.

Si tratta, di obblighi di natura contrattuale i quali si impongono all'intermediario quali effetti giuridici prodotti dal contratto-quadro stipulato con il cliente.

L' adempimento di tali obblighi costituisce quindi attività esecutiva del contratto; la loro violazione, che sia imputabile alla banca all'atto della prestazione dei servizi di investimento, la espone alle conseguenze giuridiche proprie della responsabilità contrattuale [[12]].

Le false informazioni e responsabilità da prospetto

La libertà a contrarre viene lesa non solo nel caso in cui l'informazione sia totalmente omessa o risulti incompleta, ma anche quando ne sia fornita una falsa o inesatta che abbia indotto a concludere un contratto che altrimenti non si sarebbe concluso ovvero ove si sia dissuaso dal concludere un contratto che si stava per concludere .

Rileva a riguardo la cd responsabilità da prospetto, cioè quella responsabilità a carico di banche o altri intermediari finanziari, che inducono il pubblico dei risparmiatori ad investire in determinati titoli mediante la divulgazione di prospetti non veritieri [[13]].

In dottrina si differenzia a seconda che gli intermediari siano gli autori del materiale informativo oppure l'hanno soltanto messo in circolazione, e in relazione alla posizione dei destinatari del prospetto, a seconda che si tratti di risparmiatori che hanno stipulato un negozio di sottoscrizione di titoli fidandosi (e affidandosi) del prospetto della società emittente, o di altri soggetti terzi, danneggiati altrimenti dal prospetto non veritiero.

Intermediario infedele: quali i rimedi esperibili?

Nel contenzioso sottoposto ai giudici di merito si sono avute soluzioni non omogenee, che oscillavano dalla declaratoria di nullità dei contratti di acquisto dei bonds, con conseguente obbligo di restituzione delle somme investite dal cliente [[14]], alla responsabilità della banca per inadempimento, che conduce talvolta alla risoluzione del contratto di acquisto, pronunciata a norma dell' art. 1453 c.c. [[15]], altre volte alla condanna della banca al risarcimento del danno cagionato al cliente [[16]], secondo la regola generale dell' art. 1218 c.c.

Solo con la sentenza della Cassazione 29 sett. 2005, n. 19024, si è fatta chiarezza sulle regole giuridiche da applicare.

Vediamo in breve le varie soluzioni proposte.

La tesi della nullità

La giurisprudenza prevalente propende per la nullità dei contratti di acquisto dei prodotti finanziari, quando l'intermediario abbia violato gli obblighi che la normativa di settore gli impone di osservare nello svolgimento dei servizi di investimento ed accessori [[17]].

Alla banche convenute viene imputata la violazione degli obblighi informativi bidirezionali previsti dagli artt. 21-23 del T.U.F. (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e l'art. 30 Regolamento Consob n. 11522/98: non avrebbero, prima del compimento dell'operazione di compravendita dei titoli, raggiunto un adeguato livello di conoscenza dei prodotti finanziari né informato il cliente dei rischi connessi all'operazione, omettendo inoltre di comunicare l'inadeguatezza dell'investimento rispetto alla sua propensione al rischio e circa la precipitosa riduzione del valore dei titoli acquistati.

I giudice di prime cure che aderiscono a tale interpretazione sostengono che le norme ex artt. 21-23 del T.U.F. (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e l'art. 26-30 Regolamento Consob n. 11522/98 hanno carattere imperativo, in quanto rivolte alla tutela di interessi di natura pubblicistica, cosicché, si legge nella sentenza, la loro violazione determina la nullità del contratto di acquisto dei titoli, ai sensi dell'art. 1418, 1° comma c.c.

La tesi dell'inadempimento- risoluzione-annullabilità

Secondo altri giudici di prima istanza in tali casi dovranno applicarsi le regole relative alla risoluzione del contratto per inadempimento, ovvero per vizio del consenso, o per errore rilevante. [[18]].

La banca, violando gli obblighi informativi che derivano, dal contratto-quadro, incorre nella responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. Al suddetto contratto va quindi riferita l'azione di inadempimento esercitata dal risparmiatore, anziché al contratto con il quale l'investimento è stato realizzato.

Il giudice dovrà valutare l'illegittimità del comportamento tenuto dall'intermediario e la sua efficienza causale sul danno allegato dall'attore: dovrà, pertanto, accertarsi in giudizio che, ove la banca avesse prontamente ed adeguatamente informato il cliente circa la natura dell'investimento, questi non avrebbe

compiuto l'operazione o l'avrebbe realizzata con modalità diverse [[19]] evitando o comunque limitando il pregiudizio sofferto [[20]].

Il risparmiatore potrà, in alternativa all'azione risarcitoria, esercitare l'azione di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., ove ritenga che l'inadempimento della banca sia tale da pregiudicare del tutto l'equilibrio del rapporto contrattuale, impedendone così la prosecuzione.

I giudici che aderiscono a tale soluzione più che di "vizio genetico" relativo alla conclusione del contratto, parlano di "vizio funzionale che inerisce il contratto ormai perfezionatosi, e cioè di difetto che riguarda le prestazioni che dovevano essere rese sulla base del negozio concluso"[[21]].

Dalla relazione di collegamento necessario, esistente fra il contratto-quadro ed i successivi contratti di investimento, consegue inoltre che le vicende giuridiche del primo si riflettono anche sui secondi, in applicazione del principio simul stabunt, simul cadent.

Quindi, una volta ottenuta la risoluzione del contratto-quadro e del contratto di investimento, il risparmiatore ha diritto alla restituzione dell'intero capitale investito, giusta la regola della retroattività del rimedio della risoluzione, disposta dall'art. 1458, 1° comma c.c.

Il diritto alla restituzione del capitale segue le regole proprie della ripetizione dell'indebitto, cosicché, trattandosi di un debito di valuta, spetta comunque al risparmiatore la prova dell'eventuale danno da svalutazione sofferto, non compensato dalla sola attribuzione degli interessi.

Altra variante interpretativa all'interno di questo orientamento propende per la tesi della risoluzione del contratto accompagnata dal risarcimento del danno, sulla base di un'argomentazione testuale e sistematica [[22]evidente simmetria della fattispecie de qua con quella del consenso informato in materia di responsabilità medica (e professionale in genere)]. Più precisamente si ritiene che "l'espressa previsione, per l'ipotesi di inosservanza degli obblighi di condotta di cui all'art. 21, comma 1, TUF, della sanzione del risarcimento del danno, è chiaramente sintomatica dell'opzione legislativa per la riconducibilità della violazione alla categoria dell'inadempimento contrattuale, piuttosto che della invalidità negoziale (cfr. art. 23, ultimo comma, TUF)" e si afferma l'

La tesi della responsabilità precontrattuale

Sul tema è intervenuta di recente la Corte di Cassazione (29 sett. 2005, n. 19024) la quale ha stabilito che

l'inosservanza dei vincoli di forma e dei doveri informativi prescritti per le dichiarazioni relative alle operazioni compiute dall'intermediario finanziario è fonte di responsabilità precontrattuale (ex art 1337), relativa alla conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente.

La conclusione raggiunte dalle corti di merito non convincono la Cassazione, in particolare la tesi della nullità per nullità virtuale.

Il fondamento giuridico della decisione è la nullità virtuale, ossia la sanzione che l'ordinamento commina ai contratti "contrari a norme imperative"; si tratta di una norma di chiusura, avente cioè carattere residuale, che può trovare applicazione solo quando la legge non preveda una sanzione espressa per il negozio contra legem.

La corte stabilisce che "la "contrarietà" a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c., quale "causa di nullità" del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.) I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore [[23]].

Norme imperative, ai fini dell' applicazione della citata norma, sono innanzi tutto quelle che mirano alla tutela di interessi di carattere generale e che perciò sono inderogabili in senso assoluto per tutti i soggetti di diritto.

La Cassazione ritiene pertanto necessario rivalutare gli obblighi comportamenti prescritti in capo agli intermediari finanziari alla luce degli artt. 1337-1338.

Parte della dottrina

legge gli artt. 1337-1338 in chiave sistematica: il comportarsi secondo buona fede nelle trattative induce un collegamento con le norme di analogia portata ex artt. 1175 e 1375, affermando un'assimilazione tra gli obblighi di correttezza, che insistono nella fase delle trattative, con gli obblighi di protezione nell'esecuzione del rapporto contrattuale; parificando, di conseguenza, il trattamento sanzionatorio in caso di inadempimento agli obblighi stessi, ovvero l'applicazione delle regole ex art. 1218 e ss cc.

Sulla stessa scia di pensiero altri autori sottolineano come dagli artt. 1337-1338 nasca un cd obbligo di protezione puro, ovvero un obbligo di protezione della controparte negoziale che prescinde da una prestazione specifica, la cui violazione incide sul contatto sociale qualificato che si è istaurato tra le parti.

Si ritiene ormai superata la tesi secondo cui con la stipula del contratto ogni questione relativa agli obblighi comportamentali prenegoziali sia preclusa, in quanto la tutela del contraente sarebbe affidata solo alle norme in tema di invalidità ed inefficacia del contratto.

La tesi oggi più accreditata dalla giurisprudenza afferma che la responsabilità precontrattuale si estende, non solo ai casi di trattative infruttuose o di stipula di contratti invalidi, ma anche ai casi per cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la vittima del comportamento scorretto.

Parte della dottrina [[24]], riprendendo la tradizionale ripartizione tra norma sull'atto e norme sul comportamento, ritiene che le norme ex artt. 1337-1338, siano norme sul comportamento e quindi la loro violazione comporti esclusivamente risarcimento del danno.

La Cassazione con la sentenza n. 19024/05 dà atto del ruolo centrale dell'art. 1337 cc, il quale assume valore di clausola generale applicabile anche alle ipotesi in cui la trattativa si è conclusa, ma il contratto risulta pregiudizievole per la parte vittima di comportamenti scorretti.

In tale ipotesi risulta difficile riconoscere quale risarcimento del danno il solo interesse negativo, così come è stato tradizionalmente inteso; si è rivisitato il criterio di calcolo dell'interesse negativo, non escludendo la possibilità che il soggetto leso dal comportamento scorretto dia prova di "danni ulteriori".

Il danno lamentato dalla vittima consiste non nella lesione dell'interesse all'esecuzione del rapporto contrattuale (c.d. interesse positivo), ma nel c.d. interesse negativo, consiste nel pregiudizio subito:

1. per aver inutilmente confidato nella conclusione o nella validità del contratto ovvero;
2. per aver stipulato un contratto che senza l'altrui ingerenza non avrebbe stipulato o avrebbe stipulato a condizioni diverse.

Parte della dottrina [[25]] ha visto di buon occhio l'apertura fatta dalla Corte di Cassazione in tema di valutazione del danno nella responsabilità precontrattuale: il problema si verifica non solo nei casi di dolo incidente, ma anche nei casi di cd. vizi incompleti [[26]].

In tali ipotesi il criterio di calcolo dell'interesse negativo, normalmente utilizzato, la cui ratio è quella di porre il soggetto leso nella posizione in cui si sarebbe trovata se non avesse iniziato la trattativa, sarebbe inutile. La Cassazione propone il criterio di risarcimento ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti [[27]], a seconda delle circostanze. Pur apprendo tale apertura non può non sottolinearsi l'indeterminatezza data all'interpreta per individuare il quantum da risarcire [[28]].

[1] Così espressamente Marcelli, *Mala gestio nei servizi finanziari*, in *Quaderni di overlex*, 2, 2006

[2] Si veda in tal senso la direttiva 15-3-1993, n. 93/6/CEE, ma soprattutto la direttiva 10-5-1993, n. 93/22/CEE; per quanto concerne la normativa nazionale cfr. Legge n. 1/1991, a cui è seguito il D. Lgs. n. 145/1996 (che da attuazione alle due direttive CEE del 1993) cd. Decreto Eurosim; infine D. Lgs 24-2-1998, n. 58 (TUIF) ed anche Regolamento Consob n. 11522/1998.

[3] Così espressamente M. Lobuono, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Edizioni, 1998, p. 26 ss.

[4] In tal senso M. Lobuono, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Edizioni, 1998, p. 22; cfr F. Realmente, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare*, a cura di S. Mazzamuto e G. Terranova, Napoli, 1993, p. 109 e ss; Castronovo, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 330.

[5] In tal senso M. Lobuono, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Edizioni, 1998, p. 27 ss, il quale richiama la tesi di Bochicchio, *Intermediazione mobiliare e al pubblico risparmio nella disciplina del mercato mobiliare*, in *Tratt. dir. comm. pubb. ec.*, diretto da Galgano, XX, Padova, 1994, p. 5 ss.

[6] Per un ampio quadro della situazione si veda Trib. Genova, sez. I, 18-4-2005, Trib. Genova, sez. I, 15-5-2005, Trib. Mantova, sez. II, 1-12-2004, Trib. Venezia, sez. II, 22-11-2004, in *Danno e resp.*, 6,2005, p. 604 ss.

[7] Sono Imprese di investimento, ai fini dell' applicazione della normativa de quo, le Sim e le imprese, diverse dalle banche, autorizzate a svolgere servizi di investimento ed aventi sede legale in uno Stato comunitario diverso dall' Italia o in uno Stato extra-comunitario (art.1,1° comma, lett. h), D.Lgs. 58 cit.)

[8] 21 del T.U.F. (D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Tali obblighi sono individuati in:

a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per

l'integrità dei mercati;

b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;

c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento;

d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi;

e) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

[9] Art. 23, 1° comma, D.Lgs. 58/98 e art. 30, 1° comma, Regol. Consob n° 11522/98.

[10] In tal senso espressamente BARZAGHI, Bond Cirio, Parmalat e Argentina: come tutelare il risparmiatore nella giungla dei rimedi giurisdizionali, in www.altalex.com

[11] L'art. 30 del Regolamento, nel ribadire che gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto, prevede inoltre che tale contratto debba,:

a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche;

b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare

per le modificazioni del contratto stesso;

c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni;

d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire

all'investitore a rendiconto dell'attività svolta;

e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità

di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando

separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti

finanziari derivati e warrant;

f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la

prestazione del servizio.

[12] In tal senso espressamente BARZAGHI, Bond Cirio, Parmalat e Argentina: come tutelare il risparmiatore nella giungla dei rimedi giurisdizionali, in www.altalex.com

[13] G. Visintini, op. cit. ult., p. 225 ss, 1999, cedam; sul tema della responsabilità da prospetto cfr. Ferrarini, La responsabilità da prospetto, Milano, 1986.

[14] In questo senso: Trib. Palermo, III sez. civile, sent. 07/07/05, n° 3293; Trib. Ferrara, sentenze 25/02/05, n°217 e 1594; Trib. Taranto, sent. 22/11/04, n° 2273; Trib. Mantova, sent. 18/03/04, n° 614; Trib. Bologna, sez. II civile, sentenza 31/10/05, n° 1842.

[15] In questo senso: Trib. Genova, sent. 15/03/05, n° 1230.

[16] Trib. Milano, sez. civ., sent. 25/07/05.

[17] Ex multis Trib. Palermo, III sez. civile, sent. 07/07/05, n° 3293; Tribunale di Mantova, sentenza 18.03.2004;

[18] Trib. Milano, sez. civ., sent. 25/07/05; Trib. Genova, sent. 15/03/05, n° 1230

[19] Trib. Milano, sez. civ., sent. 05/01/06,
Tribunale Foggia, sez. II civile, sentenza 21.04.2006, Tribunale Genova, sentenza 15.03.2005 n° 1230

[20] In tal senso espressamente BARZAGHI, Bond Cirio, Parmalat e Argentina: come tutelare il risparmiatore nella giungla dei rimedi giurisdizionali, in www.altalex.com

[21] Tribunale Genova, sentenza 15.03.2005 n° 1230

[22] Tribunale Foggia, sez. II civile, sentenza 21.04.2006

[23] Cassazione, sentenza 29-09-2005 n. 1902

[24] Roppo e Afferni, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, *Danno e resp.*, 1, 2006, p.29 ss

[25] Roppo e Afferni, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, *Danno e resp.*, 1, 2006, p.29 ss.

[26] Ad esempio errore sui motivi determinante del consenso e riconosciuto da controparte, Roppo e Afferni, op. cit ult., *Danno e resp.*, 1, 2006, p.29 ss.

[27] Criterio già proposto da Bianca, op. cit., 3

[28] Così Roppo e Afferni, op. cit ult., Danno e resp., 1, 2006, p.29 ss.

<https://www.diritto.it/intermediario-infedeleguali-i-rimedi-esperibili/>