

Civile Ord. Sez. 1 Num. 12015 Anno 2019
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: TRICOMI LAURA
Data pubblicazione: 07/05/2019

sul ricorso 4753/2015 proposto da:

_____, presso lo studio dell'avvocato _____
rappresentata e difesa dall'avvocato _____ giusta
procura a margine del ricorso;

-ricorrente-

contro

_____, nella quale

si è fusa per incorporazione la _____
elettivamente domiciliata in Roma, _____ presso

R.G.N. 4753/2015
Cons. est. Laura Tricomi

ORB.
476
2019

lo studio dell'avvocato che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente-

contro

-intimata-

avverso la sentenza n. 4445/2014 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 07/11/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 21/02/2019 dal cons. TRICOMI LAURA.

RITENUTO CHE:

conveniva in giudizio, dinanzi al
e contestava, relativamente all'esecuzione di nove ordini di acquisto di azioni, in via principale la violazione del combinato disposto degli artt. 23 del TUF e 30 e 47 del Regolamento CONSOB n. 11522/1998 per avere la banca intermediaria finanziato gli investimenti del cliente disattendendo la disciplina precettiva contemplata dalle suddette norme, mentre in via subordinata deduceva la violazione degli artt. 21 del TUF e 29 del citato Regolamento CONSOB per non avere la banca intermediaria provveduto ad astenersi dal dare esecuzione ai menzionati ordini di acquisto stante la palese inadeguatezza per dimensioni dei medesimi. Chiedeva in via principale la nullità derivata delle citate operazioni di acquisto e, in via subordinata, la risoluzione per inadempimento delle stesse operazioni. La banca contestava le avverse domande.



Il Tribunale adito aveva accolto la domanda principale e, previa declaratoria di nullità del contratto di finanziamento intercorso tra le parti, aveva condannato la banca alla restituzione della somma di €.113.994,15 oltre interessi ed alla restituzione della somma di €.25.142,43, a titolo di interessi illecitamente addebitati sulle somme utilizzate per l'acquisto dei titoli azionari. Il Tribunale aveva altresì puntualizzato che sussistevano anche i presupposti per configurare l'inadempimento contrattuale (domanda subordinata) in considerazione della conclamata "inadeguatezza per dimensione", quanto meno perché il si era servito del fido concessogli senza avere sul conto fondi sufficienti per effettuare le singole operazioni.

Questa decisione è stata riformata dalla Corte di appello di Napoli con la sentenza in epigrafe indicata, che, in accoglimento dell'appello della banca, ha rigettato tutte le domande originariamente proposte da l con compensazione integrale delle spese di lite.

Secondo la Corte, in relazione al contratto di apertura di credito, collegato con quello di conto corrente, mancava la prova che fosse stato aperto (ed il credito concesso) allo scopo di svolgere attività di intermediazione finanziaria, sicché il contratto non era nullo per ragioni di forma (mancando quella scritta). Né erano stati violati gli obblighi informativi di cui all'art. 29, in quanto l'investitore, che aveva acquistato titoli azionari, possedeva, al momento dell'inizio delle operazioni, un ampio portafoglio di azioni dello stesso tipo di quelle poi acquistate tramite l'intermediario

propone ricorso per cassazione con tre mezzi, corroborato da memoria. La

nella quale si è fusa per incorporazione la , replica con controricorso e memoria.

Il ricorso è stato fissato per l'adunanza in camera di consiglio ai sensi degli artt. 375, ultimo comma, e 380 bis 1, cod. proc. civ.

CONSIDERATO CHE:

1.1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia l'omesso esame, da parte della Corte di appello, di un fatto storico la cui esistenza risulti dagli atti del processo, abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo, ai sensi dell'art.360, primo comma, n.5, cod. proc. civ.

La censura riguarda, segnatamente, nella prospettazione del ricorrente l'omesso esame dei seguenti documenti: 1) *i contratti di negoziazione del 7/10/1998 e del 17/1/2001*, rispetto ai quali il giudice di primo grado aveva specificatamente lamentato la mancata indicazione delle modalità di costituzione e ricostituzione della provvista a garanzia delle operazioni; 2) *il contratto di apertura del c/corr. 9562/82 datato 4/12/1998*, che all'art.6 si limitava ad ipotizzare un'apertura di credito, mai contrattualmente concordata in epoca anteriore alla concessione del fido avvenuta nel 2001; 3) *la richiesta di fido del 12/1/2001*, ritenuta – erroneamente, a parere del ricorrente- dalla Corte di appello una integrazione dell'apertura di credito già concessa con il contratto di accensione del c/corr. 9562/82; 4) *la scheda informativa del cliente sottoscritta dal _____* in occasione del primo contratto di negoziazione del 7/10/1998, priva di informazioni, e, successivamente, del secondo contratto del 17/1/2001, con l'indicazione della propensione al rischio "alta" e non "molto alta" come ritenuto dalla Corte di appello; 5) *il visto per benefondi, per autentica e poteri di firma*, che sebbene presente in calce a tutti i nove ordini di acquisto contestati, era stato trascurato dalla Corte di appello, mentre aveva decisiva importanza perché lo stesso avrebbe dovuto indurre l'intermediario a controllare

se il c/corr. presentasse una capienza sufficiente a pagare il controvalore dei titoli; 6) *la clausola di inadeguatezza* apposta in calce ai cinque ordini di acquisto impartiti dal _____ in data 12/1/2001 e non apposta sugli ordini del 30/1/2001, del 27/3/2001 e del 18/4/2001.

1.2. Il primo motivo è inammissibile.

1.3. Come già affermato da questa Corte *«Il mancato esame di un documento può essere denunciato per cassazione solo nel caso in cui determini l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia e, segnatamente, quando il documento non esaminato offra la prova di circostanze di tale portata da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la "ratio decidendi" venga a trovarsi priva di fondamento. Ne consegue che la denuncia in sede di legittimità deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione delle ragioni per le quali il documento trascurato avrebbe senza dubbio dato luogo a una decisione diversa.»* (Cass. n. 16812 del 26/06/2018; n. 19150 del 28/09/2016).

Nel caso di specie non c'è omesso esame di fatti. I documenti risultano presi in considerazione, laddove ritenuti utili e pertinenti, e la contestazione riguarda piuttosto l'interpretazione degli stessi e la valutazione di singole clausole o contenuti, che non integrano la violazione dedotta. Il ricorrente, inoltre, pur ritenendo che, sulla base di tali documenti, la Corte di appello avrebbe dovuto dare altra soluzione, non chiarisce l'esatta connessione tra la predetta "altra soluzione" e il percorso argomentativo e interpretativo alternativo che la Corte territoriale non avrebbe compiuto.

2.1. Con il secondo motivo si denuncia la violazione dell'art.23 del d.lgs. n.24 febbraio 1998, n.58, e degli artt. 30 e 47 del Regolamento CONSOB n.11522/1998.

A parere del ricorrente, la Corte di appello avrebbe errato nell'escludere l'applicabilità nel caso in esame dell'art.47 del Regolamento, ritenendo che la provvista era stata fornita dall'intermediario mediante una apertura di credito precedente all'acquisto dei titoli e non funzionalmente collegata alle operazioni di investimento.

In proposito sostiene che così limitando l'applicabilità della norma solo alle forme di finanziamento tipizzate e concesse simultaneamente all'operazione di acquisto titoli proprio al fine di consentirla, si vanificherebbe la portata della norma.

Lamenta quindi che la Corte di appello, avendo rilevato che l'apertura di credito concessa il 12/2/2001 era destinata all'attività imprenditoriale del ricorrente, abbia ritenuto che gravasse sull'investitore l'onere di provare che la banca aveva avuto conoscenza che scopo del fido era l'investimento in titoli - non previsto dall'apertura di credito - e sostiene che il collegamento tra i due contratti va definito come "necessario" e non come "volontario", con l'effetto di far venir meno l'onere probatorio erroneamente addossato al ricorrente. Richiama, infine, la disciplina prevista per il credito al consumo sostenendo che entrambe le ipotesi costituirebbero "fattispecie obbligatorie tipizzate dal legislatore" configuranti un collegamento negoziale a carattere funzionale volto a tutelare la parte comune dei due contratti, cioè il consumatore, in uno finanziato ed acquirente.

2.2. Il motivo è inammissibile, oltre che infondato.

2.3. L'art.47 (Concessione di finanziamenti agli investitori) cit. prevede «1. In aggiunta a quanto previsto dall'articolo 30, il contratto con gli investitori deve indicare i tipi di finanziamento previsti, il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati o i criteri oggettivi per la loro determinazione, nonché gli eventuali maggiori oneri applicabili in caso di mora; la possibilità di variare in senso sfavorevole all'investitore il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola specificamente approvata dall'investitore. 2. Configura concessione di finanziamenti l'effettuazione di operazioni di pronti contro termine, di riporto, di prestito titoli e di ogni altra analoga operazione finalizzata all'acquisizione da parte dell'investitore a titolo di provvista di somme di denaro o strumenti finanziari contro pagamento di un interesse: a) il cui ricavato sia destinato all'esecuzione di operazioni relative a strumenti finanziari nelle quali interviene l'intermediario; b) in cui l'intermediario acquisisca dall'investitore, a fronte del finanziamento concesso, adeguate garanzie; di regola, gli strumenti finanziari costituiti in garanzia sono gli stessi oggetto delle operazioni di cui alla lettera a). Il valore degli strumenti finanziari acquisiti in garanzia deve risultare congruo rispetto all'importo del finanziamento concesso.»

2.4. La Corte di appello con sindacato di fatto non censurabile in sede di legittimità se non per omesso esame di fatti decisivi - censura che risulta proposta con il primo motivo che, per le ragioni già espresse, non merita accoglimento - ha accertato, contrariamente a quanto assume il ricorrente, che non ricorreva la fattispecie disciplinata dall'art.47 cit. in quanto il contratto di conto corrente sin dalla sua stipula, avvenuta per iscritto nel 1998 prevedeva la disciplina dell'apertura di credito, da erogarsi sul conto corrente, e

che tale disciplina era stata solo integrata nel febbraio 2001 mediante l'indicazione del massimo fido consentito in €.300.000,00 con la espressa indicazione che l'apertura di credito era destinata a sostenere le attività imprenditoriali del correntista, rimarcando, inoltre, che solo a partire dal 17/1/2011 il Costanzo aveva utilizzato il fido per l'acquisto di numerosi titoli attraverso la banca che era anche intermediaria nell'acquisto.

La Corte territoriale ha quindi escluso che ciò fosse sufficiente a far ricadere la fattispecie concreta sotto l'applicazione della disciplina invocata sulla considerazione che il fenomeno tenuto presente dal legislatore – e sanzionato con la nullità relativa - non era quello della coincidenza soggettiva tra finanziatore ed intermediario, ma quello in cui l'intermediario diveniva finanziatore per una specifica operazione di investimento, poiché solo in tal caso si poteva ravvisare un collegamento funzionale oggettivo tra il finanziamento e l'investimento, ed ha concluso infine che, nel caso specifico, detto collegamento funzionale, anche alla luce della cronologia degli eventi, non era stato provato.

2.5. La censura non coglie la *ratio decidendi* insita nella decisione impugnata e non si confronta con il nucleo motivazionale costituito dalla mancanza di prova del collegamento funzionale oggettivo tra il finanziamento e l'investimento.

Invero con riguardo al contratto di apertura di credito, questa Corte ha più volte affermato che «*In tema di disciplina della forma dei contratti bancari, del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 117, comma 2, stabilisce che il C.I.C.R., mediante apposite norme di rango secondario, possa prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, siano stipulati in forma diversa da quella scritta. Ne discende che, in forza della Delib. C.I.C.R. 4 marzo 2003, il contratto*

*di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto a pena di nullità" (Cass. Sez. 1, 27 marzo 2017, n. 7763), pur precisando che "l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicale soppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio"» (Cass. 27 novembre 2017, n. 27386). Del resto già in precedenza, ma sempre con riferimento al regime successivo all'entrata in vigore della legge 17 febbraio 1992, n. 154, art. 3, questa Corte aveva espressamente ammesso la dimostrazione del contratto di apertura di credito anche *per facta concludentia*, nel caso in cui risulti applicabile la deroga al requisito della forma scritta, prevista nelle disposizioni adottate dal C.I.C.R. e dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 117 del t.u.l.b. (e, anteriormente, della L. n. 154 del 1992, ex art. 3), per essere stato tale contratto già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto (Cass. 15 settembre 2006, n. 19941 e 9 luglio 2005, n. 14470).*

2.6. Nel caso di specie, la Corte di appello non ha affatto affermato che la disciplina evocata si applica solo alle forme di finanziamento descritte nell'art.47 del Reg. Consob, tanto è che ha espressamente riconosciuto che potrebbe estendersi anche all'apertura di credito, né ha affermato che deve sussistere una rigorosa simultaneità temporale tra finanziamento ed investimento, ma ha sottolineato la necessità della sussistenza di un collegamento funzionale oggettivo tra le due operazioni, soffermandosi sugli elementi che non deponevano in tal senso e cioè, da un lato, la anteriorità dell'apertura di credito – in linea con le decisioni prima

richiamate sul rapporto tra contratto di conto corrente ed apertura di credito – e, dall'altro, il fatto che il _____ aveva acquisito la disponibilità economica per ragioni connesse alla attività imprenditoriale da lui svolta e ne poteva fruire, pertanto, in autonomia senza vincoli di destinazione all'investimento finanziario e, sulla scorta di tali emergenze, ha escluso che ciò consentisse di ascrivere le operazioni nell'ambito delle fattispecie disciplinate dall'art.47 cit: orbene tale ultimo decisivo passaggio della motivazione è totalmente ignorato dalla doglianza, con evidenti ricadute sull'ammissibilità del motivo.

2.7. Va aggiunto che non appare centrata nemmeno la critica alla ripartizione dell'onere probatorio, che necessariamente incombe sul soggetto che intende far valere la nullità relativa, in un caso – come il presente – in cui la fattispecie concreta non sia immediatamente riconducibile alla fattispecie astratta normativamente prevista, come accertato dalla Corte di appello, senza che ciò comporti alcuna contraddizione motivazionale; né può darsi seguito al tentativo del ricorrente di aggirare le incombenze probatorie invocando una sorta di collegamento necessario *ex lege* tra finanziamento ed investimento, anche attraverso un improprio riferimento alla disciplina del credito al consumo, attesa la netta autonomia delle due discipline.

Invero l'assunto difensivo si fonda sul presupposto che sia la legge stessa a configurare il collegamento negoziale a carattere funzionale, ma è evidente che tale prospettazione nel presente caso è priva di rilievo, atteso che la concreta fattispecie, così come accertato dalla Corte di appello, non corrisponde né alla fattispecie prevista al comma 2, lett. a), né a quella prevista al comma 2 lett. b) dell'at.47 cit.

3.1. Con il terzo motivo si lamenta la violazione dell'art 21 D. Lgs 58/1998 e 29 Reg. Consob n. 11522/1998 e si contesta la motivazione nella parte in cui si afferma che era un investitore esperto e propenso al rischio (portafoglio) e che i doveri informativi sono inversamente proporzionali alla specifica preparazione dell'investitore; infine, si sostiene che, con riferimento all'inadeguatezza delle operazioni, il giudice aveva confuso tra disponibilità delle somme e dimensione dell'investimento.

3.2. La doglianza è inammissibile, oltre che infondata.

3.3. Il motivo è inammissibile poiché – nel silenzio della sentenza - non è premesso, in modo autosufficiente, quale tipo di rapporto contrattuale intercorreva tra il Costanzo e l'intermediario; inoltre, per la maggior parte, il motivo prospetta questioni di merito e sollecita una diversa valutazione delle emergenze istruttorie, quanto alla natura ed alle caratteristiche dei titoli in portafoglio, incompatibili con la denuncia di violazione di legge.

3.4. A ciò va aggiunto che non coglie nemmeno la *ratio decidendi*. Sotto quest'ultimo profilo, va osservato che, la Corte di appello, dopo aver rammentato che il Tribunale aveva ravvisato la responsabilità dell'intermediario nel mancato adempimento degli obblighi informativi, ne ha riformato la statuizione ritenendo dirimente la circostanza accertata in fatto – ma non considerata dal Tribunale – che il Costanzo, come dallo stesso evidenziato nella comparsa conclusionale, all'epoca in cui furono effettuate le operazioni (2001) in concreto era un investitore esperto e propenso ad acquistare titoli certamente non sicuri, rimarcando, a sostegno, sia che gli importi investiti erano notevoli e riguardavano anche in titoli in perdita, sia il fatto il effettuava anche operazioni speculative e rischiose di "mediazione al ribasso" e che il suo *modus operandi*, quale investitore

era lo stesso seguito anche in precedenza, giacché gran parte dei titoli sui quali il aveva operato "mediando al ribasso" erano dello stesso tipo di quelli che aveva in portafoglio già alla fine del 2000 e che erano già in perdita allorché egli aveva compiuto nuovi acquisti, ben consapevole della loro "inadeguatezza", rimarcando che la dimensione dell'investimento non era significativamente superiore a quelli in precedenza compiuti, e non contestati, e che non era pertinente a tale doglianza il profilo della disponibilità delle somme.

Su tale premessa la Corte di appello ha, quindi, affermato che gli obblighi informativi erano inversamente proporzionali al livello di preparazione specifica dell'investitore.

3.5. Orbene, da questa articolata motivazione, si evince che la Corte di appello, pur concludendo per l'esclusione dell'inadempimento da parte della banca, in realtà non ha smentito le conclusioni del Tribunale circa le carenze informative attribuibili all'intermediario, ma non le ha ritenute determinanti in quanto ha focalizzato la sua attenzione sulla specifica condotta del così giungendo ad escludere sostanzialmente la ricorrenza del nesso causale tra il comportamento della banca e l'evento dannoso lamentato.

A fronte di ciò, la censura trascura l'accertamento in fatto centrato sulla valutazione del diverso, ma strettamente connesso, profilo del nesso di causalità tra inadempimento, condotta dell'investitore e danno lamentato e si muove in termini del tutto astratti, senza peraltro precisare della mancanza di quale specifica informazione ci si intenda dolere e senza illustrare in che differente modo l'investitore avrebbe potuto orientarsi.

Risulta peraltro non pertinente la riproposizione della questione concernente la provvista utilizzata e la situazione finanziaria dell'investitore, stante il rigetto del secondo motivo del ricorso.

3.6. La decisione impugnata risponde, invece, al principio già espresso da questa Corte secondo la quale *«In tema di intermediazione finanziaria, la disciplina dettata dall'articolo 23, comma 6, del d.lgs. n. 58 del 1998, in armonia con la regola generale stabilita dall'articolo 1218 c.c. , impone all'investitore, il quale lamenti la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario, nel quadro dei principi che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova, di allegare specificamente l'inadempimento di tali obblighi, mediante la pur sintetica ma circostanziata individuazione delle informazioni che l'intermediario avrebbe omesso di somministrare, nonché di fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno, nesso che sussiste se, ove adeguatamente informato, l'investitore avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole; incombe invece sull'intermediario provare che tali informazioni sono state fornite, ovvero che esse esulavano dall'ambito di quelle dovute»* (Cass. n.10111 del 24/04/2018), mentre il ricorrente non illustra della mancanza di quali specifiche informazioni abbia inteso dolersi e di come le stesse avrebbero potuto altrimenti determinarlo.

3.7. Quanto alla denuncia per inidoneità/insufficienza dell'avvertenza formulata per gli ordini di acquisto del 30/1/2001, 27/3/2001 e 18/4/2001 ai sensi dell'art.29, comma 3, cit. perché priva di espliciti riferimenti a tutti i motivi di inadeguatezza, va osservato che nulla è dedotto in merito al concreto contenuto informativo fornito dalla banca, se non per assumerne la generica mancanza.

Giova ricordare in proposito che, contrariamente a quanto ritiene la ricorrente, questa Corte ha chiarito che *«In tema di intermediazione finanziaria, nel quadro di applicazione dell'art. 29 del*

regolamento Consob n. 11522 del 1998, la segnalazione di inadeguatezza ivi contemplata al comma 3, laddove si riferisce ad "esplicito riferimento alle avvertenze ricevute", non richiede l'indicazione del contenuto delle informazioni al riguardo somministrate dall'intermediario; in tal caso e cioè in mancanza di indicazione del contenuto delle informazioni omesse, la sottoscrizione da parte del cliente della segnalazione di inadeguatezza non incide sul riparto del relativo onere di allegazione e prova, nè tantomeno costituisce prova dell'adempimento, da parte dell'intermediario, dell'obbligo informativo posto a suo carico, ma fa soltanto presumere che l'obbligo sia stato assolto, sicchè, ove il cliente allegghi quali specifiche informazioni siano state omesse, grava sull'intermediario l'onere di provare, con ogni mezzo, che invece quelle informazioni siano state specificamente rese, ovvero non fossero dovute» (Cass. n.10111 del 24/04/2018).

3.8. La decisione impugnata non si distacca da questi principi ed il motivo risulta pertanto anche infondato.

4.1. In conclusione, il ricorso va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

Sussistono i presupposti di cui all'art.13, comma 1 quater, del d.P.R. n.115 del 30.05.2002.

P.Q.M.

- Rigetta il ricorso;
- Condanna il ricorrente alla rifusione delle spese de giudizio di legittimità che liquida in €. 6.000,00=, oltre €.200,00= per esborsi, spese generali liquidate forfettariamente nella misura del 15% ed accessori di legge;