



Servizi di investimento:
prodotti; regole di comportamento
degli intermediari; tecniche di
risoluzione delle controversie

Camera degli Avvocati di Portogruaro
Portogruaro, 20 maggio 2011

I rimedi alla violazione delle regole di comportamento



Avv. Damiano Tommasini

Dottore di ricerca in Diritto dei mercati finanziari

STUDIO DE POLI - VENEZIA

www.studiodepoli.it



Il piano dell'intervento

I rimedi:

1. la nullità;
2. l'annullamento per vizio del consenso;
3. la risoluzione per inadempimento;
4. il risarcimento del danno.



Una premessa: le fonti applicabili

- d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo unico in materia di intermediazione finanziaria* (di seguito t.u.f.);
- Regolamento Consob Intermediari (n. 11522 del 1998 e, dal novembre 2007, n. 16190 del 2007);
- Regolamento congiunto Consob Banca d'Italia (29 ottobre 2007);
- codice civile;
- d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo* (di seguito c.cons.).

(1)

La nullità (relativa)

Il sillogismo applicato al caso:

- le regole di condotta hanno natura imperativa [cfr. art. 21, lett. a) del t.u.f.];
- *“Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”* (art. 1418, 1° co., c.c.);
- il contratto concluso in violazione delle regole di condotta è nullo.



Vantaggi/Criticità

- La nullità comporta l'obbligo restitutorio del capitale investito.
- L'azione è imprescrittibile (salvo la prescrizione del relativo indebitto).
- Dubbia applicabilità nell'ipotesi di violazione di precetti non sufficientemente specificati.
- Dubbio che possa non essere una nullità relativa.
- Il rimedio non considera eventuali concorsi di colpa dell'investitore e lascia spazio a comportamenti opportunistici.



Il principio espresso dalle SS.UU.

“La violazione dei doveri d’informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d’investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d’intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d’investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può determinare la nullità del contratto d’intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell’art. 1418, 1° co., c.c.” (così S.U. Cass. 19 dicembre 2007, n. 26724).



La distinzione sottostante

- Le regole di validità stabiliscono le condizioni alle quali il contratto deve corrispondere per essere ritenuto vincolante.
- Le regole di condotta sono dirette ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni.

Nel giudizio di validità non possono interferire valutazioni relative alla condotta (se non diversamente previsto).



Tentativi di superare il principio

- Informazione intesa come requisito strutturale del contratto e consenso informato come requisito essenziale (mancata informazione come ipotesi di nullità *ex* art. 1418, 2° co., c.c.).
- Rilievo alle regole di condotta che costituiscono obblighi di astensione o, meglio, *divieti di contrarre*, la cui violazione determina la nullità del contratto.



In ogni caso: le nullità testuali

Art. 30, 7° co., t.u.f. (“*omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari*” nell’ipotesi di offerta fuori sede).

Art. 100 bis, 3° co., t.u.f. (“*qualora non sia stato pubblicato un prospetto*” nell’ipotesi di sistematica rivendita di titoli oggetto di collocamento riservato a investitori professionali).

Art. 67 septies decies, 4° co., c.cons. (“*nel caso in cui il fornitore... viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche*” nell’ipotesi di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori).

Oltre che art. 23, 1° co., t.u.f. (requisito di forma)

(2)

L'annullamento per vizio del consenso: l'errore

Gli obblighi di condotta (*in primis*, quelli informativi) risultano funzionali alla formazione di un consenso consapevole.

La mancata, spontanea, conoscenza di un dato può dar luogo all'errore, che deve essere:

- *essenziale*, ad esempio, quando cade sulla “*natura o sull'oggetto del contratto*” o su una “*qualità*” dell'oggetto della prestazione “*che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso*” (es. contratti *4 You o My Way*);
- *riconoscibile* dall'altro contraente, in quanto indotto colpevolmente dallo stesso o, comunque, in ragione degli obblighi di informazione *passiva*.



(*segue*): il dolo

La mancata informazione può indurre in errore (*non spontaneo, ma provocato*) ed integrare il dolo omissivo.

Quando la mera reticenza integra il dolo?

In presenza di un obbligo di fornire informazioni.

Il dolo può essere *determinante* ovvero *incidente*.



Vantaggi/Criticità

- L'annullamento comporta l'obbligo di restituzione del capitale investito.
- Difficoltà probatorie in ordine ai presupposti di ciascuna fattispecie.
- Termine di prescrizione quinquennale (salva la possibilità di far valere la responsabilità *precontrattuale*, se sussistente e sempre che le si riconosca natura di responsabilità da inadempimento).

(3)



La risoluzione per inadempimento

Le regole di condotta, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili destinate ad integrare il regolamento negoziale (vizio funzionale del contratto quadro e non vizio genetico del contratto concluso con l'ordine).

L'inadempimento di tali regole, ove *non* sia di *scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte*, conduce alla risoluzione del contratto (art. 1455 c.c.).



Vantaggi/Criticità

- La risoluzione comporta l'obbligo restitutorio del capitale investito.
- Non è possibile stabilire *ex ante* quando ricorrano gli estremi di *gravità* dell'inadempimento (si tratta di valutazione di fatto rimessa al giudice del merito e insindacabile in sede di legittimità).
- Dubbio che si possa applicare al contratto quadro.
- Dubbio che si possa ottenere la restituzione in relazione alle prestazioni già eseguite.

(c)

Il risarcimento del danno

In caso di:

A) responsabilità precontrattuale;

B) responsabilità per inadempimento,

B1) come domanda accessoria ad una domanda di risoluzione;

B2) come domanda autonoma.



L'onere probatorio nei giudizi risarcitori

Art. 23, 6° co., t.u.f. “Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l’onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta”.

(in termini analoghi: art. 143, 3° co, t.u.f.)



Ambito di applicazione

- Responsabilità per inadempimento.
- Responsabilità precontrattuale.

Dubbi:

- Responsabilità per atto illecito?
- ... e per gli altri rimedi?



Ripartizione dell'onere probatorio

L'art 23, 6° co., t.u.f. è vera deroga?

Tesi maggioritaria:

investitore: prova del danno e del nesso di causalità;
intermediario: prova di aver agito con la specifica
diligenza richiesta

Tesi minoritaria:

investitore: prova del danno;
intermediario: prova di aver agito con la specifica
diligenza richiesta e inesistenza del rapporto causale.



Ulteriori effetti della disposizione

L'art. 23, 6° co., t.u.f.:

- determina l'inapplicabilità dell'art. 1229 c.c.;
- determina l'impossibilità di distribuire diversamente l'onere probatorio.

In quest'ultimo caso, però, se il cliente è *consumatore* la clausola viene presuntivamente ritenuta vessatoria, fino a prova contraria [art. 33, 2° co., lett. *t*), c.cons.].



Vantaggi/Criticità

- È un approccio di tipo “manutentivo”: tende a salvaguardare l’operazione giuridica e riequilibrarla attraverso responsabilità e risarcimento.
- Attribuisce rilievo al comportamento dell’investitore (concorso di colpa).
- La prova del danno può non essere agevole.
- La prova del nesso di causalità può non essere agevole nella violazione di regole che non comportino astensione.



Tutti i diritti sono riservati.

Le informazioni contenute nel presente documento non sono da considerare né un esame esaustivo, né un parere legale e non prescindono dalla necessità di ottenere pareri specifici in ordine alle singole fattispecie. I soggetti tenuti all'applicazione della disciplina cui si riferiscono tali informazioni non sono esonerati dall'esame della stessa.