

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 18 NOVEMBRE 2020

GIURISPRUDENZA	3
Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
✓ TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 3 novembre 2020, n. 11304 - Legittimo il limite del 40% previsto per il subappalto.	3
✓ Tar Campania, sez. VIII, 15 ottobre 2020, n. 919 - Sulla giurisdizione del Giudice Amministrativo in caso di esecuzione dell'appalto in mancanza di stipula del contratto e sulla revoca/annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva del bando di gara con conseguente caducazione degli effetti del provvedimento di avvio anticipato del servizio.	5
Diritto Civile e Processuale Civile	10
✓ Corte di Cassazione, Sez. 1 [^] Civ., 22 ottobre 2020, n. 23139 - Momento in cui si perfeziona la cancellazione di ipoteca nel caso di cessione del bene nell'ambito di un concordato preventivo.	10
✓ Corte di Cassazione, Sez. 1 [^] Civ., ordinanza, 27 ottobre 2020, n. 23570 - Nel caso di perdita del capitale investito la banca non è responsabile se informa il cliente del rischio	14

GIURISPRUDENZA

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO

**TAR Lazio, Roma, Sez. III
quater, 3 novembre 2020, n.
11304** – Legittimo il limite del 40%
previsto per il subappalto.

Massima

La Corte di Giustizia europea ha considerato in contrasto con le direttive comunitarie il limite del 30% al subappalto ma non ha escluso che il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo.

Non può pertanto ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite al subappalto - previsto dall'art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019 - pari al 40% dell'affidamento.

Caso di specie

Un operatore economico ha impugnato gli atti di una procedura di gara bandita da una Azienda sanitaria locale finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per il servizio di ventilo-terapia meccanica domiciliare censurando, in particolare, il limite posto al subappalto che veniva consentito nella misura massima del 40% dell'importo complessivo.

Il Tar, sotto tale profilo, ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato.

Motivi della decisione

Nel richiamare un proprio precedente pronunciamento (Tar Lazio, sez. I, 24 aprile 2020 n. 4183), il Tar ha confermato che l'attuale limite del 40%, previsto per il subappalto non si pone in contrasto con le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza 27 novembre 2019, C - 402/18 e 26 settembre 2019 C - 63/18 con cui ha affermato che *“la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della*

Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi".

Secondo il Collegio adito, infatti, la suddetta decisione della Corte di Giustizia, pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la compatibilità di limiti superiori rispetto al diritto dell'Unione. In altre parole, la Corte non avrebbe considerato il limite fissato dal legislatore interno *tout court* in contrasto con le direttive comunitarie in materia, riconoscendo al contrario la possibilità di individuare comunque - al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari - un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo.

Per tali ragioni il Tar ha ribadito che non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite del 40%, previsto dall'art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019, secondo cui: *"Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori".*

Tar Campania, sez. VIII, 15 ottobre 2020, n. 919 - Sulla giurisdizione del Giudice Amministrativo in caso di esecuzione dell'appalto in mancanza di stipula del contratto e sulla revoca/annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva del bando di gara con conseguente caducazione degli effetti del provvedimento di avvio anticipato del servizio.

Massima

- 1) È affidata alla giurisdizione del Giudice Amministrativo una controversia che interessi un appalto pubblico posto in esecuzione, in caso di mancata stipula del contratto, non essendo *“a tal fine sufficiente che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione”* (Cass. SS.UU. S n. 13191/2018) e dovendosi piuttosto fare riferimento *“anche, e soprattutto, (alla) causa petendi, ossia (alla) oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio”* (così come richiamato da Consiglio di Stato, Ad. Pl. n. 13/2014).
- 2) Poiché *“spetta alla S.A. delineare in modo palese ciò che ha natura essenziale per lo svolgimento del servizio”*, non rileva quale causa escludente la mancanza o discordanza di un elemento non previsto dal disciplinare di gara né dal CSA quale requisito di ammissione alla procedura, pena la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.
- 3) In assenza di un'adeguata ponderazione degli interessi coinvolti, è viziato il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva del bando di gara subentrato dopo il termine di 18 mesi di cui all'art. 21 *nonies* del D.lgs. n. 50/2016.

Caso di specie

Un Comune indiceva una gara per l'affidamento del servizio triennale di raccolta integrata dei rifiuti. Il servizio veniva aggiudicato a una ditta che, in data 22 gennaio 2018, dava avvio al servizio in via urgente e anticipata.

Ciononostante, il Comune disponeva poi "(...) *la revoca in autotutela dell'aggiudicazione definitiva (...) con conseguente caducazione degli effetti del provvedimento di avvio anticipato del servizio*", prevedendo parimenti che, data l'essenzialità del servizio offerto, la società provvedesse ad assicurarne la continuazione fino alla individuazione di altra azienda.

Sicché l'aggiudicataria proponeva ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, di tale determina, adducendo i seguenti motivi:

- a) Violazione e falsa applicazione degli articoli 21 *quinquies* e *nonies* della L.n. 241/1990 in relazione all'art. 3 della medesima, posto che, a dispetto del *nomen iuris* attribuitogli dalla S.A., il provvedimento gravato è da considerarsi quale atto di annullamento d'ufficio e come tale adottato in carenza del presupposto temporale previsto dal citato art. 21 *nonies* e al di fuori di un adeguato contemperamento degli interessi in gioco. Inoltre, anche qualora il provvedimento sia qualificabile quale revoca, ex art. 21 *quinquies*, difetterebbe l'esternazione dei motivi posti alla base della richiesta;
- b) Violazione e falsa applicazione degli articoli 21 *quinquies* e *nonies* della L.n. 241/1990 in relazione all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, dovuta all'applicazione, da parte dell'ente appaltante, di una causa escludente non prevista nel disciplinare né tantomeno dal CSA;
- c) Violazione ed omessa applicazione dell'art. 32, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 31 c.p.a. nonostante le reiterate diffide inoltrate al Comune in questione.

La ricorrente chiedeva altresì "*la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni in forma specifica, con l'ordine di prosecuzione del servizio / affidamento de quo*"; l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere alla stipula del contratto di appalto, in ossequio all'articolo 32, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016; ovvero per l'illegittimo silenzio serbato dall'ente sulla diffida avente ad oggetto la stipula del contratto; nonché, se del caso, l'indennizzo ai sensi dell'articolo 21 *quinquies* della L. n.241/1990.

Motivi della decisione

In via preliminare, il Tribunale ha accertato e dichiarato la propria giurisdizione nel caso di specie (ai sensi dell'articolo 133, comma 1, lett. E), n.1) c.p.a.), richiamando la precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato formatasi in materia secondo cui, seppure i casi di esecuzione anticipata dello stipulando contratto siano da ricondursi ad una fase puramente esecutiva, le misure adottate in tale ambito non sono necessariamente rimesse alla cognizione del giudice ordinario.

Infatti, stando a quanto affermato dal Consiglio di Stato, è invero necessario operare le dovute distinzioni sulla base della misura adottata; ove, come ritenuto nel caso di specie, *“l'Amministrazione adotti misure intese alla rimozione, in prospettiva di autotutela, degli atti di gara, la relativa giurisdizione spetterà, naturalmente, al giudice amministrativo”* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 2/8/2019 n. 5498, ripreso da TAR Sicilia, sez. II, sent. 8/11/2019 n. 2574).

In coerenza con quanto ribadito dal Supremo Consesso, *“la giurisdizione si determina non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, della causa petendi, ossia della oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione”* (per tutte si veda Ord. 20 novembre 2013, n. 26032).

In particolare, nel presente caso, *“(…) l'azione amministrativa, per come esercitata e per come motivata nell'atto impugnato, lungi dal contestare all'aggiudicataria inadempimenti nell'esecuzione del servizio consegnato in via d'urgenza, si connota in termini di esercizio autoritativo di autotutela”* sicché sussiste la giurisdizione del G.A.

Quanto poi al merito della questione inerente al provvedimento impugnato, il Tribunale ha osservato come, nonostante questo sia stato qualificato dalla medesima S.A. in termini di 'revoca', sia in realtà ascrivibile alla fattispecie di annullamento d'ufficio della illegittima aggiudicazione definitiva; in proposito, la disciplina di riferimento è quella di cui all'art. 21 *nonies* della L.n. 241/1990 alla cui stregua, essendo trascorso un tempo maggiore a quello di 18 mesi prescritto per l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, il primo motivo di impugnazione addotto dalla ricorrente deve reputarsi fondato.

L'atto impugnato dalla ricorrente è parimenti censurabile sotto il profilo della carente ponderazione degli interessi in gioco, non essendo sufficiente la sola finalità di autotutela adottata dall'amministrazione resistente al fine di annullare il provvedimento aggiudicatorio della gara, giacché non esaustivo dell'ambito delle *"più ampie e articolate valutazioni che l'Amministrazione pubblica è chiamata ad operare, essendo invece imprescindibile una compiuta comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato, oltre alla ragionevole durata del tempo intercorso tra l'atto illegittimo e la sua rimozione"* (Tar Sardegna, sez. I, sent. 16/1/2019 n. 21).

Il Tar ha altresì evidenziato come l'aggiudicazione disposta in favore della ricorrente non sia invece da ritenersi illegittima, non essendo rinvenibile né nel disciplinare di gara né nel CSA la causa escludente imputata alla ricorrente medesima.

Si ricorda a tal fine che, ove la *lex specialis* di gara non qualifichi un determinato elemento quale requisito di ammissione alla procedura, l'eventuale assenza dello stesso non potrà essere causa di esclusione del concorrente, a pena di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione posto dall'art. 83, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016. Quanto alla qualificazione, operata dalla stessa amministrazione, del provvedimento impugnato in termini di revoca, ne difettano i presupposti stabiliti dall'art. 21 *quinquies* della richiamata legge n. 241/1990, non essendo riscontrabili in concreto né sopraggiunti motivi di pubblico interesse, né un mutamento della situazione di fatto non prevedibile, né tantomeno una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (comunque esclusa in caso di provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici).

Infine, con riferimento all'azione esperita avverso il silenzio serbato dal Comune a fronte della diffida datata 27 settembre 2019, essa è da ritenersi inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Difatti, specularmente a quanto stabilito in precedenza sulla sussistenza della giurisdizione del G.A. in materia di annullamento in autotutela di un provvedimento, *"(...) ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice ordinario non è indispensabile la stipula del contratto tra amministrazione aggiudicatrice e appaltatrice, essendo a tal fine sufficiente che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione"* (Cass., SS.UU., n. 6068 del 2009 e ancora Cass. SS.UU. S. del 25 maggio 2018, n. 13191).

Ciò che rileva, invero, è la natura oggettiva del rapporto che si viene a instaurare tra le parti in riferimento alle posizioni la cui tutela è richiesta al giudice. In questa seconda fattispecie – essendo intervenuta l’esecuzione anticipata dei lavori – non residua alcun interesse legittimo in capo alla ricorrente ma, al contrario, entrano in gioco diritti soggettivi e obblighi giuridici, quale l’obbligo alla stipula del contratto di appalto previsto in capo alla S.A. dall’art.32, comma 8, del D.lgs. n.50/2016. La circostanza attiene pertanto ad una fase puramente esecutiva, dunque di competenza del giudice ordinario.

Il Tribunale adito ha ricordato all’uopo come “(...) *il rito speciale del silenzio non ha lo scopo di tutelare, come rimedio di carattere generale, la posizione del privato di fronte a qualsiasi tipo di inerzia comportamentale della P.A., bensì quello di apprestare una garanzia avverso il mancato esercizio di potestà pubbliche discrezionali*”, da cui in ordine al riparto, è necessario guardare “*alla natura della pretesa sostanziale cui si riferisce la dedotta inerzia amministrativa*”.

**Corte di Cassazione, Sez. 1^a
Civ., 22 ottobre 2020, n. 23139**
- Momento in cui si perfeziona la
cancellazione di ipoteca nel caso di
cessione del bene nell'ambito di un
concordato preventivo.

Massima

Non opera la cancellazione delle iscrizioni pregiudizievoli nell'ipotesi in cui il piano di continuità gestionale preveda il trasferimento degli alloggi ai soci della cooperativa in concordato sotto forma di assegnazione onerosa, se non viene avviata una procedura competitiva ad evidenza pubblica. Infatti, la condizione per la purgazione (ex art. 108 comma 5 Legge Fallimentare) è che si ricorra ai principi di stima, pubblicità e competitività.

Caso di specie

Un architetto vantava un credito nei confronti di una società cooperativa edilizia che si occupava di costruire e assegnare ai soci gli immobili.

Dopo aver ottenuto un decreto ingiuntivo nei confronti della società, iscriveva ipoteca sui beni della stessa.

La debitrice veniva ammessa alla procedura di concordato preventivo, sulla base di un piano che prevedeva (*i*) la liquidazione delle proprietà della compagine e (*ii*) la continuità dell'attività edile al fine di concludere i cantieri e definire i contratti di assegnazione degli alloggi ai soci.

Nel predetto piano, al passivo, veniva iscritto anche il citato credito dell'architetto.

Una volta intervenuta l'omologa del concordato preventivo e in seguito all'assegnazione dell'alloggio al socio, il Giudice Delegato disponeva la cancellazione dell'ipoteca iscritta dall'architetto (art. 108 comma 2 Legge Fallimentare).

Invece, l'ipoteca dell'istituto di credito non veniva cancellata, in quanto era a garanzia del

mutuo fondiario che l'assegnatario si era parzialmente accollato.

L'architetto proponeva reclamo avverso tale provvedimento del Giudice Delegato, ritenendo che l'art. 186 bis - avente ad oggetto il concordato con continuità aziendale - non richiamasse la norma sulla cancellazione dell'ipoteca (art. 108, comma 2, Legge Fallimentare).

Il Tribunale non aderiva a tale ricostruzione e rigettava il reclamo, affermando che l'art. 182, comma 5, Legge Fallimentare, come novellato, chiaramente prevedesse l'applicazione dell'effetto purgativo anche nel caso di cessione effettuata da un soggetto diverso dal liquidatore giudiziale, come nel caso del concordato con continuità (art. 186 bis Legge Fallimentare).

Si è così giunti in Cassazione.

Il ricorrente ha lamentato che il concordato in oggetto abbia natura mista e che l'assegnazione del bene sia stata compiuta direttamente dalla società ammessa al concordato e non dal liquidatore.

In virtù di tale ricostruzione, la disciplina applicabile è quella dell'art. 186 bis, che non prevede nulla in materia di cancellazione dell'ipoteca.

Infatti, l'art. 182 Legge Fallimentare - che, invece, dispone la cancellazione delle iscrizioni pregiudizievoli - è applicabile alle vendite compiute in una procedura strutturata in funzione della cessione di beni.

Oltre a ciò, l'assegnazione dell'immobile al socio non ha la natura di vendita forzata, la quale, al contrario, legittima la cancellazione di tutte le iscrizioni pregiudizievoli (art. 586 c.p.c.). L'assegnazione era avvenuta durante la continuazione dell'attività di impresa e, pertanto, dovevano applicarsi le regole comuni.

Il ricorrente ha dunque lamentato che il tribunale non abbia distinto tra:

- concordato liquidatorio, ove tutti i beni sono nella disponibilità dei creditori;
- concordato in continuità, ove il pagamento dei crediti avviene con i proventi della prosecuzione dell'attività aziendale.

Motivi della decisione

Gli Ermellini hanno considerato fondati i motivi di ricorso e rilevano quanto segue.

Il concordato preventivo caratterizzato

- dalla liquidazione di tutti i singoli beni,
- unitamente alla prosecuzione dell'attività aziendale,

è disciplinato, nella sua interezza, dalla disciplina speciale prevista dall'art. 186 bis comma 1 Legge Fallimentare, eccezion fatta per i casi di abuso dello strumento (Cass. Civ. n. 734/2020). L'art. 186 bis non regola espressamente la modalità con cui deve avvenire la "*liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa*".

Ragion per cui occorre far riferimento alla disciplina generale in materia di cessione di beni, ossia all'art. 182 Legge Fallimentare.

A tal proposito, è d'uopo distinguere due situazioni:

- la liquidazione in esecuzione di un concordato che prevede la cessione dei beni dell'imprenditore per soddisfare il ceto creditorio;

- la vendita dei beni che sono il frutto della continuazione dell'attività di impresa da parte del soggetto in concordato.

La prima (**sub a**) è volta a soddisfare i creditori come espressamente prevede l'art. 182 comma 5 Legge Fallimentare, che rinvia agli articoli da 105 a 108 ter Legge Fallimentare, compreso anche l'art. 108 Legge Fallimentare in materia di cancellazione di ipoteca.

La seconda (**sub b**) è "*(...) il naturale sfogo del ciclo produttivo di un'impresa operante sul mercato ed è presieduta dalle regole (di libertà negoziale in funzione del conseguimento di un profitto d'impresa) a cui il mercato si ispira*".

In tale tipologia di concordato i creditori traggono soddisfazione nei proventi dell'attività che continua normalmente.

L'art. 182, comma 5, Legge Fallimentare prevede la cancellazione di iscrizioni (ad esempio, l'ipoteca) e trascrizioni pregiudizievoli (come il pignoramento o il sequestro conservativo).

La disposizione si riferisce (*i*) ad una procedura pubblica in cui vi sia una competizione nella dismissione del bene, (*ii*) che muova dal suo prezzo di stima e (*iii*) favorisca la massima informazione e partecipazione di tutti i soggetti interessati.

La procedura è strutturata per assicurare il conseguimento del maggior risultato possibile, da cui discende la massima soddisfazione dei creditori. Solo una procedura simile giustifica l'effetto purgativo.

Per contro, la vendita in continuità aziendale non si ispira a tali principi ma si compie nella totale libertà di iniziativa economica ed è diretta a massimizzare il profitto e avviene con le modalità di contrattazione che l'imprenditore ritiene più opportune.

Ciò premesso, nella fattispecie in analisi l'assegnazione dell'alloggio al socio è stata il frutto della continuazione dell'attività d'impresa; difatti, essa è avvenuta:

- tramite la libera scelta del cessionario,
- senza una procedura competitiva e ad evidenza pubblica.

Una simile modalità di individuazione dell'acquirente non è coerente con il sistema di norme che giustificano la cancellazione dei gravami da parte del Giudice Delegato e, quindi, non poteva condurre alla cancellazione dell'ipoteca.

La società cooperativa si difende deducendo che la vendita sia avvenuta in esecuzione del piano omologato e l'art. 182 comma 5 Legge Fallimentare menziona anche i "*trasferimenti legalmente posti in essere in esecuzione del concordato*".

Nondimeno, per applicare la norma non si può prescindere dai criteri di competitività in cui avviene la cessione.

La Corte di Cassazione ha fatto ricorso ad un'interpretazione sistematica.

Infatti, il menzionato articolo 182, comma 5, Legge Fallimentare è stato introdotto dal D.L. n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 132/2015, che ha inserito anche l'art. 163 bis Legge Fallimentare in tema di offerte concorrenti.

Quindi, la condizione che giustifica la purgazione delle iscrizioni pregiudizievoli - ove il piano preveda il trasferimento degli alloggi ai soci della cooperativa in concordato sotto forma di assegnazione onerosa - consiste nel necessario ricorso ad una procedura competitiva ad evidenza pubblica ex art. 163 bis Legge Fallimentare.

In altri termini, la condizione per la purgazione (ex art. 108, comma 5, Legge Fallimentare) è che si ricorra ai principi di stima, pubblicità e competitività.

In ragione di quanto sopra esposto, non tutte le cessioni effettuate dopo il deposito della domanda di concordato trovano regolamentazione nell'art. 182, comma 5, Legge Fallimentare, infatti, sfuggono a tale disciplina le dismissioni dei beni avvenute tramite la continuazione dell'attività d'impresa, attuate sul libero mercato.

Il caso di specie, quindi, non rientra nell'ambito operativo della citata norma e, pertanto, il Giudice Delegato non avrebbe dovuto cancellare l'ipoteca.

Secondo la pronuncia impugnata, si doveva dare un'applicazione generalizzata all'art. 108 Legge Fallimentare onde evitare sperequazioni tra i creditori.

Diversamente opinando, l'effetto purgativo si sarebbe verificato (o meno) a seconda della tipologia di concordato scelto dal debitore (liquidatorio o in continuità).

Orbene, in merito alla disparità di trattamento tra creditori ipotecari, la Suprema Corte rileva quanto segue.

L'art. 108 Legge Fallimentare, che prevede la cancellazione dell'iscrizione, si applica non a seconda che il concordato sia liquidatorio o in continuità, ma in base alle *"(...) regole che presiedono la dismissione del bene su cui grava la garanzia e trova giustificazione nel ricorso o meno a una procedura che persegua la migliore soddisfazione dei creditori"*.

Pertanto, non è ravvisabile un trattamento sperequato a seconda del concordato scelto, in quanto l'applicabilità dell'art. 108 Legge Fallimentare dipende dalla procedura formalizzata adottata nel trasferimento del bene.

La Cassazione, dunque, ha accolto il ricorso dell'architetto e la decisione del Tribunale è stata cassata, giacché il Giudice di merito non ha accertato vi sia stato il ricorso ad una procedura competitiva, al fine di assicurare la miglior soddisfazione dei creditori.

Nella fattispecie in esame, infatti, le modalità con le quali si è provveduto all'assegnazione di un alloggio al socio della cooperativa sono state tali da non rendere applicabile l'art. 108 Legge Fallimentare e, pertanto, il Giudice non doveva procedere alla cancellazione dell'iscrizione di ipoteca.

**Corte di Cassazione, Sez. 1^a
Civ., ordinanza, 27 ottobre
2020, n. 23570 - Nel caso di
perdita del capitale investito la
banca non è responsabile se informa
il cliente del rischio**

Massima

La sottoscrizione, da parte del cliente, della clausola in calce al modulo d'ordine contenente la segnalazione d'inadeguatezza dell'operazione sulla quale egli è stato avvisato determina la presunzione

che l'obbligo informativo gravante sull'intermediario (solitamente la banca) sia stato assolto.

La suddetta presunzione può essere vinta dalla contestazione del cliente, il quale, però, non deve affermare genericamente di non essere stato informato, ma deve allegare l'omissione di specifiche informazioni che, se conosciute, lo avrebbero indotto a non effettuare l'investimento. In tale circostanza, grava sulla banca l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, di averle specificamente fornite.

Caso di specie

Un risparmiatore agiva in giudizio contro l'istituto di credito per essere tenuto indenne dalle perdite subite a causa di un prestito obbligazionario relativo a bond argentini, rimasto insoluto a causa del default del debito pubblico argentino.

In primo grado la domanda attorea trovava accoglimento, mentre in sede di gravame era accolto l'appello della banca.

Secondo i Giudici di merito, infatti, l'appellante aveva assolto al proprio obbligo informativo ai sensi dell'allora vigente Regolamento Consob n. 11522/1998, art. 29, in materia di "operazioni non adeguate".

La banca aveva informato il cliente circa il rischio della perdita del capitale ma il risparmiatore, edotto sulla situazione, aveva comunque deciso di effettuare l'investimento.

Si è così arrivati in Cassazione.

Il risparmiatore ha eccepito la violazione dell'art. 21 T.U.F. e dell'art. 29 del Regolamento Consob n. 11522/1998 (non più in vigore dal 2 novembre 2007). Secondo la tesi del risparmiatore la banca avrebbe dovuto rifiutare di svolgere l'operazione considerata non adeguata e recedere dall'impegno negoziale.

Motivi della decisione

La Corte di Cassazione ha rigettato detta ricostruzione, alla luce della lettura della norma (art. 29) a mente della quale gli intermediari:

- si astengono dall'effettuare operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

- quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione,

- se l'investitore intende comunque dare corso all'operazione, possono eseguire l'operazione solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

La disposizione non prevede un divieto assoluto di svolgere operazioni non adeguate; al contrario, consente il compimento dell'investimento a certune condizioni, ossia che il risparmiatore provveda tramite un ordine scritto (o a mezzo registrazione, in caso di ordine telefonico), con la menzione manifesta delle informazioni ricevute.

Nella fattispecie in esame sono state rispettate le indicazioni suddette, giacché il risparmiatore ha sottoscritto l'ordine di acquisto in cui ha dichiarato di essere edotto del rischio insito nell'operazione.

Conseguentemente, non è ipotizzabile che la banca receda per non dar corso all'operazione giudicata inadeguata.

La sottoscrizione del cliente, in calce al modulo d'ordine, della clausola che segnala l'inadeguatezza dell'operazione genera la presunzione che l'intermediario abbia adempiuto al proprio obbligo informativo, come previsto dall'art. 29 Regolamento Consob n. 11522/1998, applicabile *ratione temporis*. La suddetta presunzione può essere vinta laddove il cliente dimostri che vi sia stata l'omissione di specifiche informazioni.

In tal caso, grava sulla banca l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, di aver reso tali informazioni (Cass. Civ. n. 11578/2016).

La normativa impone la segnalazione al cliente dell'inadeguatezza dell'investimento, ma non specifica il contenuto delle informazioni che sono rivolte all'investitore.

Dunque, nel caso in cui non sia indicato il contenuto delle avvertenze fatte al risparmiatore, la sottoscrizione del modulo d'ordine e della clausola di inadeguatezza fa soltanto presumere che l'obbligo sia stato assolto dall'intermediario.

Tale sottoscrizione non incide sul riparto del relativo onere di allegazione e prova, né tantomeno costituisce prova dell'adempimento dell'obbligo informativo.

Infatti, se il cliente allega quali specifiche informazioni siano state omesse, grava sull'intermediario l'onere di provare, con ogni mezzo, che tali informazioni siano state specificamente rese, oppure che non fossero dovute (Cass. Civ. n. 10111/2018).

Da quanto sopra, gli Ermellini hanno ricavato alcuni principi in relazione al compimento di operazioni inadeguate, in base ai quali:

- l'intermediario deve conoscere il cliente (regola del "know your customer" art. 28 comma 1 Regolamento Consob) e conoscere il prodotto che offre (regola "know your product" art. 28 comma 2 Regolamento Consob), quindi, nel colloquio verbale da svolgere prima del compimento dell'operazione, deve fornire tutte le informazioni in grado di rendere il risparmiatore edotto delle ragioni per le quali l'intermediario reputi che l'operazione sia inadeguata;

- qualora, ricevute le informazioni volte evidenziare l'inadeguatezza dell'operazione, l'investitore insista per la sua esecuzione e l'autorizzi in forma espressa, la sua dichiarazione, resa in forma scritta, è fonte di una presunzione che l'intermediario abbia assolto il dovere di informazione in relazione alle operazioni inadeguate;

- detta presunzione non solleva l'intermediario dall'onere di provare di aver assolto il dovere di informazione, nel caso in cui l'investitore allegi che talune informazioni, in grado di orientarne diversamente le scelte e di farlo desistere dall'intraprendere l'operazione, rivelatasi pregiudizievole, se ne fosse stato a conoscenza, gli siano state taciute, ricadendo in tal caso sull'intermediario l'onere di provare che le informazioni asseritamente taciute sono state invece rese o che sono altrimenti irrilevanti.

Nel caso di specie il Giudice di merito ha ritenuto che la sottoscrizione della clausola sull'inadeguatezza dell'operazione abbia posto al riparo la banca da ogni responsabilità in ordine all'esito pregiudizievole (il cliente ha perso oltre 380 mila Euro in titoli argentini).

Infatti, la presunzione sull'assolvimento dell'obbligo informativo non è stata vinta dal risparmiatore.

Il cliente non ha allegato quali specifiche informazioni siano state omesse in merito all'inadeguatezza dell'operazione, informazioni che lo avrebbero messo in condizione di valutare in modo consapevole il livello di rischio sotteso all'operazione.

Per le ragioni suindicate, la Cassazione respinge il ricorso dell'investitore, condannandolo al pagamento delle spese del giudizio, oltre di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

LEAP

NEWSLETTER

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners