

1 luglio 2003 0:00

Le basi legali dell'iniziativa "MyWay/4You"

di [Alessandro Pedone](#)

Dopo aver analizzato per molto tempo tutti gli aspetti legali della vicenda "MyWay/4You" siamo giunti alla conclusione che vi siano abbondanti argomentazioni per tentare la strada legale al fine di veder risarcito l'ingente danno che le banche collocatrici di questi prodotti hanno arrecato ai propri clienti.

Abbiamo quindi lanciato un'ampia iniziativa legale, con al centro dell'iniziativa non l'associazione ma il singolo risparmiatore che intende far causa contro la banca. L'Aduc sarà semplicemente al servizio di coloro che intendono seguire questa strada fornendo, se lo desiderano, assistenza legale attraverso i legali che collaborano direttamente con l'Aduc oppure coordinandosi con un legale di fiducia indicato dal sottoscrittore del "MyWay/4You". Tutte le informazioni relative a questa iniziativa saranno gratuitamente a disposizione di chiunque attraverso il sito Investire Informati.

Desideriamo riassumere, in questo articolo, quali sono i punti legali principali sui quali si baserà la nostra accusa.

Gli aspetti principali attorno ai quali ruota tutta l'impostazione della causa sono tre:

1. Richiesta di risarcimento danni per inadeguatezza dell'investimento al profilo di rischio del cliente e inosservanza dei principi generali di comportamento degli intermediari finanziari.

Il piano "MyWay/4You", sebbene sia stato presentato come un investimento a rischio basso, in realtà si tratta di un investimento di tipo speculativo poiché consiste nel farsi prestare soldi per investire in parte in fondi azionari ed in parte in un titolo obbligazionario. Investire con soldi non propri è il massimo grado di speculazione che si possa immaginare. Nella maggioranza dei casi di cui abbiamo conoscenza, il profilo di investitore al quale sono stati affibbiati questi prodotti è palesemente incompatibile con questo tipo di operazione finanziaria.

Poiché l'art.29 del Reg. CONSOB 11522 dice espressamente che: "1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione." e che "2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati." noi contestiamo l'adeguatezza dell'investimento per tipologia e oggetto.

L'aspetto estremamente forte di questo profilo di accusa deriva dall'**inversione dell'onere della prova** previsto dal d.lgs 58/98 art 23 co 6 che sancisce: "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.**"

È palese come risulterà difficilissimo, se non impossibile, per la banca dimostrare l'adeguatezza di una operazione così rischiosa e fortemente penalizzante per il cliente.

2. Nullità del contratto con riferimento agli art. 21 e 23 D. Lgt.vo 58/98 (T.U.F.) e 26, 27, 28 e 29 Reg. Consob 11522/98

Il testo normativo di riferimento, il D. Lgt.vo 58/98, ha riunito ed armonizzato le precedenti disposizioni di legge contenute nella L. 1/91 e come modificata dal D.Lg. n. 415/96 sulla cui natura non può nutrirsi dubbio alcuno. Vi è una copiosa ed univoca giurisprudenza nel merito, che giunge pacificamente a parlare di diritti indisponibili addirittura da parte degli stessi investitori - Cass. civ., Sez.I, 06/04/2001, n. 5114, Cass. civ., Sez.I, 05/04/2001, n. 5052, Cass. civ., Sez.I, 07/03/2001, n.3272, Trib. Milano, 20.02.1997, Trib. Torino, 18/09/1998, Milano 21.02.1995 ex multis: **cio' posto, ogni contratto risulti essere concluso in violazione delle predette disposizioni e', per certo, nullo.**

Le norme de T.U.F. che sono state violate sono numerose. Si pensi che l'art.21 del TUF dichiara: "Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: 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."

La disposizione teste' richiamata non è meramente programmatica, ma *self executive*: si tratta di una norma direttamente applicabile (dai giudici e dall'Autorità di Vigilanza), a prescindere dalla genericità della sua formulazione.

Appare abbastanza agevole dimostrare come siano state violate le disposizioni riguardanti la correttezza, la trasparenza ed il conflitto di interessi, ma una norma che è palesemente stata violata è quella identificata dall'art.26 co. 6 del regolamento CONSOB 11522 il quale sancisce che gli intermediari finanziari: *operano al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio d'investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore.*

L'acquisto della componente obbligazionaria, infatti, **ha comportato un ricarico da parte della banca, rispetto al prezzo di mercato, che oscilla fra il 10 ed il 25%!** Questo è agevolmente dimostrabile confrontando il prezzo di emissione del prestito obbligazionario con il prezzo di carico nel dossier titoli. Nella maggioranza dei "4You" recenti, il tempo intercorso fra il lancio del prestito obbligazionario e l'acquisto dello stesso da parte del cliente, attraverso il piano finanziario in oggetto, è stato mediamente di poche settimane: è evidente che nessuna variazione di mercato poteva comportare un dislivello di prezzo pari a circa il 15% in poche settimane (per l'obbligazione a 15 anni) ed il 25% (per l'obbligazione a 30 anni). Si tratta quindi, di un vero e proprio aumento ingiustificato di costi a carico del cliente. Il complesso dell'operazione in sé, proposta a fini previdenziali, comporta un enorme aggravio di costi, a causa degli interessi (oltre che di rischi), rispetto ad un tradizionale programma di accumulo di capitale.

3. Violazione dell'art. 640 Codice Penale (truffa)

Dato per assunto quello che è principio consolidato della Suprema Corte di Cassazione Penale, in ordine al quale *"La conclusione di un negozio giuridico può integrare gli estremi della truffa anche se il comportamento contrattuale sia corretto, quando la condotta dell'autore del reato sia preordinata al fine di procurarsi un ingiusto profitto e la rappresentata correttezza sia strumentalizzata allo scopo di sorprendere la buona fede dell'altro contraente sotto la parvenza di una regolare attività negoziale."* Cass. pen., 14/01/1982 PARTI IN CAUSA Romano - riteniamo che la disproporzione tra i vantaggi certi in favore dell'Istituto (sovrapprezzo sulla componente obbligazionaria, interessi sul prestito, commissioni percepite sul fondo azionario, ecc) ed il presumibile guadagno per il cliente, è tale da indurre ragionevolmente ad affermare che vi siano tutti gli elementi necessari, affinché si ritenga ipotizzabile la figura criminosa di cui all'art. 640 c.p., per giunta aggravata dalle circostanze di cui all'art. 61 c.p., n° 7 e n° 11.

Va ricordato che l'intermediario finanziario ha gli obblighi previsti dal Art.27 Reg. Consob 11522/98 (*Conflitti di interessi. "1. Gli intermediari autorizzati vigilano per l'individuazione dei conflitti di interessi. 2. Gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Ove l'operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento dei citati obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente. 3. Ove gli intermediari autorizzati, al fine dell'assolvimento degli obblighi di cui al precedente comma 2, utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono recare l'indicazione, graficamente evidenziata, che l'operazione è in conflitto di interessi.*

Nei contratti "4You" non è riportato il conflitto di interessi in maniera graficamente evidenziata come prescritto dal succitato disposto. In nessuna parte è evidenziata l'estensione dell'interesse nell'operazione. Nei contratti MyWay, addirittura, vi è riportata una frase ipotetica circa il possibile conflitto di interessi.

Si consideri che *"In materia di truffa contrattuale, anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere integra l'elemento oggettivo ai fini della configurabilità del reato di truffa, trattandosi di un raggio idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato."* Cass. pen., Sez.VI, 03/04/1998, n. 5579, PARTI IN CAUSA Perina, FONTE Cass. Pen., 1999, 1825.

Errori formali nel contratto ed aggravanti varie

Oltre a questi tre elementi cardine, nei casi specifici si ravvisano varie altre irregolarità o clausole specifiche che comportano la nullità del contratto o l'evidenziazione di specifiche irregolarità.

Un paio sono comuni a molti casi.

Assenza di controfirma dell'art.8 sez II del contratto, in riferimento alla facoltà di estinguere

anticipatamente il finanziariamente. Questa clausola, di fatto, comporta una penalizzazione poiché applicandola

immediatamente, il giorno stesso della stipula del contratto comporta un notevole esborso aggiuntivo. Circolari interne di Banca 121 dimostrano come la stessa banca consideri questa clausola come una penale poiche' per un breve periodo di tempo l'ha modificata (e poi reintrodotta in originale) definendola specificatamente "penale". Ma se si tratta, come si tratta, di una penale, avrebbe dovuta essere controfirmata ai sensi artt.1341 e 1342 del cod. civ. (come sono stati controfirmati i punti B) C) e D) delle premesse, l'art. 4 sez I, e gli art. 4, 5, 6, 7, 9 della sez II, e 2 della sez III). Cio' significa che questa specifica clausola non puo' produrre effetti.

Assenza della clausola di recesso prevista dall'art 30 comma 6 del T.U.F. Nei contratti MyWay, collocati quasi esclusivamente fuori sede attraverso promotori finanziari, non e' indicata la facolta' di recedere dal contratto entro 7 giorni come previsto dal TUF art. 30 co 6. Tale mancanza comporta la nullita' del contratto, nullita' che puo' essere fatta valere solo dal cliente, come indica chiarissimamente il comma 7: *L'omessa indicazione della facolta' di recesso nei moduli o formulari comporta la nullita' dei relativi contratti, che puo' essere fatta valere solo dal cliente.*

Conclusioni

Per le ragioni sopra espresse, riteniamo che non manchino le probabilita' di vedersi restituire il maltolto attraverso le vie legali. Siamo perfettamente consapevoli che la controparte e' molto forte, che i tempi non saranno rapidi (sebbene, in qualche circostanza si possa far ricorso alle procedure urgenti previste dall'ex art. 700 c.p.c.) e che l'amministrazione della giustizia, in Italia, specie quella amministrativa, presenta dei margini di incertezza scandalosi. Cio' nonostante riteniamo che l'insieme delle leggi violate siano tante e tali da avere una buona probabilita' di farcela.

Inoltre, riteniamo che questo caso possa sancire un clamoroso precedente che possiamo regalare allo storia del diritto degli intermediari finanziari di questo Paese: e' sicuramente una battaglia che vale la pena di essere combattuta. Tutta l'Aduc e' impegnata su questo fronte e l'incoraggiamento dei lettori ci conforta.