

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano
II Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto

Nelle persone dei sigg. magistrati
Dr. A. Lanza Volpe — Presidente
Dr.ssa M. Salvo — Giudice
Dr. A. Zappala – Giudice
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio n. 32/05 r.g. vertente
tra

XXX, ..., elettivamente domiciliato in Messina presso lo studio dell'Avv. G. Rizzo che lo rappresenta e difende unitamente e disgiuntamente con l'Avv. A. Tanza

-attore

contro

Intesa Trade S.I.M. S.p.A., ..., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Sinibaldo Tino e Roberto Staiti, presso il cui recapito professionale (studio legale D'Amico) è elettivamente domiciliata

-convenuta

...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

XXX, con citazione notificata il 24.7.2004, conveniva dinanzi al Tribunale di Barcellona P.G. la Intesa Trade SIM spa. Esponeva che il 18.12.2001 aveva concluso un contratto di intermediazione finanziaria con servizio di internet banking e che il 3.10.03 aveva aderito alla piattaforma T3 che consente, fra l'altro, il compimento di operazioni di vendita di strumenti finanziari allo scoperto (short selling); che il 16.4.04, tra i titoli, che la SIM proponeva come oggetto di short selling, rinveniva azioni SEAT Pagine Gialle e si determinava ad effettuare la vendita allo scoperto per 150.000 pezzi al prezzo complessivo di € 124.050; che in data 19.4.04 la transazione veniva conclusa con l'acquisto dei titoli, con guadagno netto di € 63.750,00 che venivano accreditati sul suo conto; che il 22.4.04 sul suo conto venivano addebitati € 65.047,00 a causa dei dividendi pagati dalla emittente Seat Pagine Gialle sui titoli negoziati; che tale addebito era illegittimo, poiché non previsto nelle condizioni contrattuali (tanto che solo nel maggio del 2004 la Sim provvedeva a modificare l'art. 16 del manuale operativo prevedendo esplicitamente l'addebito al cliente di dividendi pagati su titoli oggetto di vendita allo scoperto); Aggiungeva che il comportamento della Sim, che aveva incluso fra i titoli negoziabili con l'operazione di short selling anche azioni con imminente pagamento dei dividendi, aveva indotto in errore esso attore sul reale prezzo del titolo, dal momento che l'intermediatrice finanziaria non aveva fornito le dovute informazioni, violando così l'art. 21 lett. a, b e d del d.lvo 58/98 e 32 e 33 Regolamento Consob n. 11522/98.

...Ciò esposto, chiedeva che fosse dichiarata la responsabilità professionale della Sim, Costituitasi in giudizio, la Intesa Trade SIM spa eccepiva, in via preliminare, la competenza del collegio arbitrale, in forza della clausola di arbitrato irritale (come tale non rientrante nel regime di cui agli artt. 1341, 1342 e 1469 bis c.c.) contenuta nell'art.44 del contratto del 18.12.2001, e, in subordine, la incompetenza per territorio in applicazione degli artt. 19 e 20 c.p.c., in quanto la società convenuta ha sede in Milano che è anche il luogo di insorgenza ed esecuzione dell'obbligazione. Nel merito deduceva

1. che nella vendita su scoperto opera un meccanismo secondo cui il pagamento dei dividendi del titolo viene a configurarsi come fatto neutro, onde evitare facili speculazioni sulla inevitabile diminuzione del prezzo cui è destinato il titolo che incorpora anche il dividendo di prossimo pagamento;

2. che il XXX, esperto conoscitore di strumenti finanziari e sicuramente consapevole del prossimo pagamento del dividendo, era a conoscenza del meccanismo predetto contemplato dall'alt. 5.5 della scrittura dell'ottobre 2003 (c.d. piattaforma T3);

3. che comunque il differenziale positivo per il XXX fra vendita e acquisto delle azioni pari ad € 63.758,62 (pari alla differenza fra € 124.053,70 ed € 60.295,08) costituisce ad ogni effetto una plusvalenza e come tale soggetta a ritenuta alla fonte;
4. che nessuna norma contrattuale obbligava la Intesa Trade Sim spa ad escludere dal paniere dei titoli negoziabili quelli con dividendi in scadenza;
5. che nessuna norma imponeva alla SIM di informare il cliente in ordine al prossimo pagamento del dividendo;
6. che il pagamento dei dividendi delle azioni Seat era fatto facilmente conoscibile mediante consultazione dei principali quotidiani;
7. ...

Concludeva, quindi, chiedendo la declaratoria di incompetenza per la presenza della menzionata clausola compromissoria nel contratto del 18.12.2001, in subordine l'incompetenza per territorio, infine, nel merito, il rigetto della domanda.

Con memoria di replica depositata ai sensi dell'art. 6 d.lvo, XXX deduceva:

- a) di avere stipulato il contratto del 18.12.01 e di avere aderito alla piattaforma T3 in qualità di consumatore, con conseguente applicazione della disciplina di cui all'art.1469 bis e ss. c.c.;
- b) che, in tale prospettiva, la clausola concernente la competenza del collegio arbitrale, di cui all'art. 44 del contratto, era da considerarsi inefficace in quanto non oggetto di specifica trattativa;
- c) che la clausola in questione, predisposta unilateralmente, doveva considerarsi vessatoria - a prescindere dal carattere rituale o irrituale dell'arbitrato in essa previsto - perché rendeva senz'altro difficoltoso l'esercizio dei diritti di difesa del consumatore;
- d) che il foro competente era quello di residenza, del consumatore;

...

Puntualizzava, inoltre, che la Sim si era resa responsabile di una cattiva informazione, avendo indicato come prezzo del titolo Seat negoziabile con l'operazione di short selling, un prezzo fuorviante, essendo imminente lo stacco delle cedole, sicché per una corretta informazione avrebbe dovuto essere indicato il prezzo al netto del prezzo della cedola.

Inoltre, evidenziava che altri intermediari più diligenti nell'informazione disciplinano in modo puntuale l'ipotesi del distacco di diritti sui titoli in oggetto, prevedendo l'anticipazione della data di scadenza del prestito alla data ultima di quotazione prima dello stacco.

...

Con decreto emesso in data 18.4.05 veniva fissata l'udienza di discussione dinanzi al Collegio. Quindi all'udienza del 20.10.05, la causa veniva assegnata in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione relativa alla improponibilità della domanda, per effetto della clausola compromissoria contenuta nell'art. 44 del contratto stipulato inter partes il 18.12.2001, ove è stabilito che "qualunque controversia insorga tra la Intesa Trade e il cliente, comunque derivante od occasionata dal presente contratto... sarà deferita, ad iniziativa di una delle parti, al giudizio di tre arbitri". Secondo l'assunto della parte convenuta, la predetta clausola compromissoria è clausola di arbitrato irrituale e, come tale, esclusa dalla previsione degli artt. 1341, 1342 e 1469 bis c.c.. L'argomento non persuade. La clausola compromissoria in esame è di natura irrituale, emergendo dal suo contenuto la volontà delle parti di demandare agli arbitri la soluzione di determinate controversie in via negoziale (vedi in particolare il riferimento alla efficacia negoziale attribuita alla decisione degli arbitri contenuto nel citato art. 44 del contratto del 18.12.2001). Va osservato, inoltre, che il contratto in esame è riconducibile alla disciplina dell'art. 1469 bis c.c.. in quanto il XXX va considerato come consumatore di servizi finanziari (ipotesi esplicitamente prevista dall'articolo in oggetto al comma 5) che ha effettuato le operazioni per esigenze personali che esulano dall'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta, mentre la Intesa Trade ha agito nell'ambito dell'attività imprenditoriale o professionale. In tale prospettiva, la clausola che impone il ricorso all'arbitrato irrituale deve considerarsi vessatoria ai sensi dell'art. 1469 bis n. 18. E' notorio che dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che il disposto di cui al n. 18, riguardante le deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, vada inteso in maniera diversa rispetto al significato datele dalla giurisprudenza all'interno dell'art. 1341 , comma 2, c.c., e debba essere letto nel senso di ricomprendervi l'arbitrato sia rituale sia irrituale. Invero l'arbitrato irrituale costituisce una rinuncia

all'intervento del Giudice prima dell'esperimento della procedura arbitrale, e pertanto costituisce una limitazione alla facoltà di agire. Con l'arbitrato irrituale quindi si pone una limitazione al libero esercizio dell'azione legale, creandosi un sostanziale squilibrio a carico del consumatore specie in quelle situazioni in cui il contratto sia stato predisposto unilateralmente e in cui la sede del collegio arbitrale sia in luogo diverso dal luogo di residenza o domicilio del consumatore. La disposizione di cui all'art. 1469 bis c.c. n. 18, va letta alla luce della direttiva CEE 13/93 che indica come clausola vessatoria proprio quella che ha per effetto di *“sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto”*.⁴ Trattandosi di clausola vessatoria il professionista (nella specie Intesa Trade) ha l'onere di dimostrare che la clausola è stata oggetto di specifica trattativa. In assenza di tale prova la clausola va dichiarata inefficace. Quanto alla eccezione di incompetenza territoriale, si osserva che la competenza in ordine all'odierna controversia appartiene al Tribunale di Barcellona P.G., ex art. 1469 bis c.c. n. 19, nel cui circondario risiede l'attore. ... Venendo al merito della controversia, va evidenziato che parte attrice si lamenta della violazione dei doveri informativi gravanti sulla SIM che avendo inserito nell'ambito dei titoli suscettibili di negoziazione con operazioni di short selling aveva omesso di informare il consumatore dell'imminente pagamento dei titoli e, quindi, del reale valore del titolo. Va premesso che il contratto di *short selling* è una operazione finanziaria, con la quale il cliente ordina alla intermediaria la vendita, al prezzo di borsa del momento, del titolo di cui non dispone. La sim corrisponde così il controvalore del titolo, mentre una somma di uguale importo è trasferita dal conto del cliente ad uno specifico conto di garanzia. Di lì a novanta giorni il cliente può ordinare alla intermediaria il riacquisto dei titoli venduti, e all'atto del riacquisto la intermediaria provvede alla restituzione della somma che residua in seguito all'acquisto dei titoli. La convenienza dell'operazione dipenderà dalla andamento del titolo: quanto più i titoli diminuiscono di valore fra il momento della vendita e quello dell'acquisto, tanto più fruttuosa sarà l'operazione per il cliente. Parte convenuta ha messo in evidenza che nel contratto di short selling il pagamento annuale dei dividendi deve ricevere una disciplina particolare, dal momento che il prezzo di mercato del titolo incorpora anche il valore della cedola di prossimo distacco, per poi diminuire di una somma più o meno pari a quella versata ai soci. Questa sicura diminuzione del titolo comporterebbe un indebito vantaggio del cliente che incamererebbe il dividendo senza alcun corrispondente sacrificio economico, e che potrebbe utilizzare il meccanismo della vendita allo scoperto in modo distorto, per speculare sulla fisiologica diminuzione del prezzo che segue allo stacco della cedola. Pertanto, per far sì che il pagamento dei dividendi rappresenti, per le parti contraenti, un fatto neutro, è necessario che vi sia un meccanismo correttivo per cui il valore del dividendo incorporato nel titolo è addebitato al cliente sotto forma di importo sostitutivo del dividendo. Lamenta l'attore che la SIM è venuta meno al suo dovere di informazione non avendo fornito le dovute indicazioni sul reale prezzo di vendita del titolo e sull'imminente pagamento dei dividendi, in violazione dell'art. 21 d.lvo 58/98 e 32 Regolamento Consob. Occorre perciò stabilire se nella specie si può ravvisare tale violazione. Il rapporto fra intermediari finanziari e investitori è caratterizzato da strutturali problemi di asimmetria. Per tale ragione il momento informativo costituisce un elemento centrale nel sistema normativo. Così nello spirito della normativa comunitaria (art. 11 direttiva 93/22), l'articolo 21 del d.lvo 58/98 attribuisce all'impresa di investimento oneri di informazione, che non si esauriscono alla fase precontrattuale ma proseguono durante tutta la durata del peculiare rapporto che si instaura fra intermediari e cliente. L'art. 21 lettera b) del T.U individua, con riferimento all'elemento informativo, due momenti concorrenti e funzionalmente collegati: l'uno preliminare di ascolto del cliente finalizzato alla raccolta delle informazioni necessarie; l'altro attivo di adeguata illustrazione della natura del servizio e dei rischi connessi.⁵ La legge non dice ovviamente quando l'informazione debba ritenersi adeguata. Il dovere di fornire informazione adeguata durante tutta la durata del rapporto (si badi che la norma impone agli intermediari di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati) induce a ritenere che le notizie da fornire devono ritenersi aggiuntive rispetto a quelle la cui elargizione costituisce l'adempimento dell'obbligo della trasparenza e devono accompagnare tutte le operazioni negoziali. Se così è, non basta prevedere genericamente in sede di stipula ad es. che il contratto di short selling ove abbia ad oggetto titoli che incorporano cedole di prossimo distacco segua una predeterminata disciplina (art. 5.5 del contratto del 3.10.03), poiché un siffatto onere informativo non sarebbe altro

che una delle manifestazioni del generale dovere di trasparenza e di correttezza e buona fede in sede di conclusione del contratto. Il dovere di informazione, come manifestazione di operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente messi al corrente dell'operazione che pongono in essere, richiede evidentemente qualcosa di più. E allora è necessario che l'attenzione del cliente sia richiamata sulle peculiari caratteristiche del titolo e sulle relative conseguenze, onde evitare che il cliente medesimo possa riporre aspettative erranee che possono esporlo a rischio di perdite. Alla luce dell'art. 21 predetto, il comportamento della SIM appare non improntato al dovere di informazione illustrato, non avendo essa indicato al XXX la circostanza che i titoli Seat Pagine Gialle incorporavano dividendi di imminente pagamento che sarebbero stati riconosciuti agli acquirenti, mentre il relativo importo sarebbe stato a lui addebitato. Circostanza questa non irrilevante come vuole la società convenuta, proprio perché il differenziale fra la vendita ed acquisto di azioni (determinato senza tener conto dell'addebito dei dividendi) costituisce plusvalenza e come tale soggetta a ritenuta alla fonte. L'acquisto di titoli con dividendi in prossima scadenza perciò costituisce per il cliente già un fatto pregiudizievole essendo fonte di applicazione delle ritenute fiscali sul prezzo dei dividendi di cui, di fatto, questi non è il beneficiario. Per cui a prescindere dalla vessatorietà della clausola di cui al punto 5.5 del contratto del 3.10.03 (che detta una disciplina analoga a quanto previsto dall'art. 1531 c.c. nel caso di vendita a termine di titoli di credito), la Intesa Trade è venuta meno al dovere di informazione impostogli dall'art. 21 e non ha fornito prova di essersi conformata a quanto la disposizione imponeva nel caso di specie. Né la società può assumere a propria difesa il fatto che il XXX abbia dimostrato dimestichezza nell'uso degli strumenti finanziari. L'attore pur sempre riveste la qualifica di consumatore ed il fatto che egli abbia aderito alla piattaforma T3 non esimeva la SIM dal dovere di informazione. Diversamente opinando si arriverebbe alla conseguenza di ritenere che la società convenuta, con la sola raccolta dei dati per delineare il profilo del consumatore, fosse del tutto esonerata da qualsiasi successivo dovere informativo. Ma così ragionando verrebbe di fatto svuotato del suo contenuto precettivo il disposto di cui all'art. 21 d.lvo citato laddove impone all'intermediario finanziario un dovere di informazione durante tutta la durata del rapporto. Problema da risolvere è quello relativo alle conseguenze. Ritiene questo collegio che nella specie si possa parlare di inadempimento piuttosto che di nullità. Non pare infatti che si possa parlare di vizio genetico, relativo alla conclusione del contratto, bensì di vizio funzionale che attiene alla esecuzione del contratto e che riguarda le prestazioni. Al riguardo la posizione della SIM appare simile a quella di un professionista che ricevuto un incarico di una prestazione professionale, non fornisce al cliente quelle informazioni necessarie perché lo stesso possa operare una scelta consapevole. 6 Analogamente a qualsiasi altro professionista, l'intermediario finanziario che, richiesto di curare un investimento mobiliare, ometta di avvertire, in modo specifico, il cliente dei rischi cui va incontro con l'investimento prospettato. La società di intermediazione mobiliare, quindi, non può che rispondere dell'operato dei suoi dipendenti, non risultando dimostrato, nella specie, che costoro abbiano correttamente informato l'investitore dei notevoli rischi cui andava incontro con l'acquisto delle azioni in questione. Inoltre, va tenuto conto, nella ricostruzione della fattispecie in termini di inadempimento, del fatto che l'art. 23 del d.lvo 58/98, dopo aver previsto, con riferimento ai contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori, due ipotesi di nullità (per inosservanza della forma prescritta e per il rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e ogni altro onere a suo carico), prevede al comma 6 che "nei giudizi di risarcimento danni cagionati al cliente nello svolgimento del servizio di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di avere agito con la specifica diligenza richiesta". Con tale previsione si evidenzia che l'aver agito con la specifica diligenza (di cui il dovere di informazione è una specificazione) è oggetto di azione risarcitoria che è tipicamente connessa nell'ambito contrattuale all'inadempimento di un contratto perfezionato. La domanda risarcitoria è dunque da accogliere.

...

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sulla domanda avanzata da XXX nei confronti della Intesa Trade S.I.M. spa, in persona del suo legale rappresentante pro- tempore, con citazione notificata il 24.7.04, così decide:

1) dichiara l'inefficacia della clausola contenuta all'art. 44 del contratto stipulato *inter partes* il 18.12.2001;

2) accoglie la domanda risarcitoria avanzata dall'attore in relazione alla dedotta violazione dell'art. 21 d.lvo 58/98 da parte della società convenuta, e, per l'effetto, condanna la Intesa Trade S.I.M. spa al pagamento in favore del XXX della somma di € 9.248,69, da rivalutarsi quanto ad € 1.288,08, dal 22.4.04 alla data di pubblicazione della presente sentenza, e quanto ad € 7960,61 dal 21.6.04 alla data di pubblicazione della presente sentenza, oltre interessi legali dal 24.7.04 al soddisfo da calcolarsi sulla sorte capitale rivalutata anno per anno;

3) ...

Così deciso in Barcellona P.G. il 17.11.2005
Il Giudice Relatore
Il Presidente