

MIFID

markets in financial instruments directive

DIRETTIVA 2004/39/CE del 21.4.2004, in vigore dal 30.4.2004
(sostituisce la precedente direttiva 93/22/CEE, che forniva regole generali e di armonizzazione minima)

offre un quadro di regole finalizzato a :

- garantire la protezione degli investitori
- rafforzare integrità e trasparenza dei mercati
- disciplinare l'esecuzione organizzata delle transazioni da parte delle Borse, degli altri sistemi di negoziazione e delle imprese di investimento
- stimolare la concorrenza tra Borse tradizionali e altri sistemi di negoziazione

CORNICE ANALITICA E DETTAGLIATA DI RIFERIMENTO PER:

- a) intermediari che prestano servizi e attività di investimento
- b) mercati regolamentati e altre sedi di esecuzione delle prestazioni

principi generali della regolamentazione

dettagliati nelle misure di esecuzione (2° livello)

- REGOLAMENTO N. 1287/2006 (disciplina dei mercati)
- DIRETTIVA N. 2006/73/CE (regole di condotta)

- a) viene meno la facoltà degli stati membri di imporre la concentrazione degli scambi di titoli quotati nei mercati regolamentati
- b) conseguente apertura alla “internalizzazione degli ordini” (negoziazioni “in casa” da parte dell’intermediario, in contropartita diretta col cliente)
- c) nuovi servizi di investimento: multilateral trading facilities (MTF): “gestione di servizi multilaterali di negoziazione” riservata alle banche ed alle imprese di investimento
- d) regole di pre trade e post trade transparency

PLURALITA' DI MODELLI E SEDI DI ESECUZIONE DEGLI ORDINI

=

NUOVA RILEVANZA DEL DOVERE DEGLI INTERMEDIARI DI
GARANTIRNE LA BEST EXECUTION

RECEPIMENTO NAZIONALE

- **D.Lgs. n. 164/2007 (modifica del D.Lgs. n. 58/1998 – TUF)** = principi generali: rimesso a Banca d'Italia e Consob il compito di emanare la regolamentazione di dettaglio:

- **DELIBERA CONSOB 16191 DEL 29.10.2007 (regolamento unitario)**

enfaticizzazione della centralità del cliente quale destinatario del servizio: piena consapevolezza dei diritti e degli obblighi derivanti dalla prestazione dei servizi di investimento

innovazioni di maggior rilievo:

- estensione degli strumenti finanziari
- nuovi servizi di investimento (*es. consulenza in materia finanziaria*)
- più articolata classificazione dei clienti (*oltre che al dettaglio e professionali, controparti qualificate*)
- regole di conoscenza del cliente e di valutazione di adeguatezza diverse a seconda dei servizi di investimento (*se consulente: approfondita conoscenza; se negoziatore, raccoglitore di ordini o collocatore: conoscenza dell'esperienza finanziaria per giudizio di appropriatezza; se executor only: nessuna conoscenza*)
- doveri di informazione e trasparenze nei confronti del cliente
- limiti alla possibilità di ricevere pagamenti da soggetti diversi dal cliente

maggiori novità nella disciplina dei mercati

- regime organico per l'esecuzione delle operazioni su strumenti finanziari per garantire elevata qualità
- armonizzazione massima tra vari paesi europei
- frammentarietà: abbandono della regola di concentrazione: libero esplicarsi della concorrenza
- nuovi sistemi di negoziazione accanto ai mercati regolamentati: società di gestione e imprese di investimento (art. 1 TUF: introduce la definizione di "mercato regolamentato", "sistema multilaterale" e "internalizzatore sistematico")
- regime di *transaction reporting*: obblighi di comunicazione degli stati membri alle autorità competenti circa l'operatività delle imprese di investimento (operazioni concluse) al fine di valutarne onestà, equità, professionalità

La responsabilità patrimoniale

- **DANNO** (diretto, indiretto, emergente, lucro cessante, patrimoniale, non patrimoniale)
- **RISARCIMENTO** (in forma specifica o per equivalente)

RESPONSABILITA' CONTRATTUALE: discende dalla violazione di norme contrattuali o legali dettate in materia di contratto (di lavoro)

RESPONSABILITA' EXTRACONTRATTUALE: discende dalla violazione di norme che regolano i rapporti tra cittadini al di fuori degli eventuali rapporti contrattuali tra essi

POSSONO CONCORRERE

responsabilità e diligenza del dipendente

il lavoratore dipendente può incorrere in:

- responsabilità CONTRATTUALE verso il datore
- responsabilità EXTRACONTRATTUALE verso i terzi

DILIGENZA NELL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE

Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata

LA COLPA

- è in colpa chi poteva prevenire l'evento con l'uso dell'ordinaria diligenza
- viola la dovuta diligenza il dipendente che, potendo in concreto prevedere l'evento, non abbia fatto quanto normalmente necessario al “buon bancario” per prevenire il danno
- si ritiene in colpa chi sia incorso in negligenza, imprudenza, imperizia
- il dipendente può andare esente da responsabilità dando la prova del caso fortuito o della forza maggiore

l'obbligo di cooperazione e correttezza del datore di lavoro

- il datore di lavoro ha l'obbligo di mettere il dipendente nelle condizioni di poter adempiere correttamente la prestazione con una condotta attiva che non ecceda il limite dell'eccessiva onerosità
- dando indicazioni chiare e precise
- impartendo una adeguata formazione
- evitando di incentivare e favorire operazioni scorrette (sia esplicitamente che implicitamente)

nb: v. problematica dei questionari: incentivazione dello spostamento del profilo di rischio pur di fare cassa: quanto sono morbidi i margini della profilatura? l'area non è supportata da normativa

due esempi giurisprudenziali

Cass. n.6778/1990

il pagamento (o l'accreditamento in conto corrente) di un assegno circolare non trasferibile in favore di persona diversa dall'intestatario comporta nei confronti della banca la responsabilità extracontrattuale sia del cassiere che ancorché su istruzione del direttore sia consapevole di effettuare il pagamento a soggetto non legittimato, sia quella concorrente – e solidale – del direttore dell'istituto di credito che abbia, attraverso specifica autorizzazione od anche con le proprie istruzioni e direttive, in modo esplicito o implicito, fondato nel dipendente il convincimento che quella condotta corrispondesse agli interessi della banca o alla volontà del direttore stesso, non provvedendo di poi ed omettendo anche gli opportuni controlli per evitare o limitare il danno, con la conseguenza di rispondere anche a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti della banca, per la violazione dei doveri derivanti dal rapporto di lavoro con essa intercorrente.

Cass. n. 3591/1998

Correttamente il giudice di merito esclude la responsabilità risarcitoria del funzionario di banca nei confronti del datore di lavoro in relazione ad operazioni rivelatesi negative, una volta accertato che il dipendente aveva operato secondo una media diligenza nell'ambito della discrezionalità tecnica riconosciutagli dal datore di lavoro (nella specie erano stati negoziati a favore di persona diversa dal beneficiario assegni non trasferibili, poi risultati di provenienza furtiva; il giudice di merito, nel disattendere gli addebiti del datore nei confronti del responsabile di agenzia che aveva autorizzato l'operazione, aveva osservato che l'istituto bancario non aveva mai voluto prendere una posizione chiara su tale tipo di operazioni e che, in un contesto di prassi – in realtà imputabili ai dirigenti della banca – sotto molti aspetti lontane dai principi di correttezza, trasparenza e legalità, non potevano essere mossi addebiti ai singoli dipendenti in relazione alle inerenti deviazioni dai suddetti principi, salva l'ipotesi di responsabilità per veri e propri misfatti.

discrimine tra responsabilità del lavoratore e del datore di lavoro

responsabilità del lavoratore: responsabilità del datore:

- DOLO
- MANCATO RISPETTO DI DIRETTIVE AZIENDALI
- COLPA (NEGLIGENZA, IMPRUDENZA, IMPERIZIA)

- NON FORNITE DIRETTIVE CHIARE E PRECISE
- NON IMPARTITA FORMAZIONE NECESSARIA AL CORRETTO SVOLGIMENTO DELLE MANSIONI
- DIRETTA O INDIRECTA INCENTIVAZIONE DI PRATICHE SCORRETTE

OBBLIGHI ASSICURATIVI DI LEGGE (ART. 5 LEGGE 190/85)

- il datore di lavoro è tenuto ad assicurare il quadro intermedio contro il rischio di responsabilità civile verso terzi conseguente a colpa nello svolgimento delle mansioni contrattuali
- la stessa assicurazione deve essere stipulata in favore di tutti i dipendenti che, a causa del tipo di mansioni, sono particolarmente esposti al rischio di responsabilità civile verso i terzi.

IL CCNL

il CCNL bancari recepisce
l'obbligo imposto dalla legge
limitatamente ai casi di colpa
LIEVE:

art. 39

*(...) le imprese terranno a proprio carico
l'onere per la copertura della **responsabilità
civile verso i terzi** – ivi comprese le eventuali
connesse spese legali – conseguentemente
allo svolgimento delle mansioni contrattuali,
salvo i casi di dolo o colpa grave, dei quadri
direttivi e degli altri lavoratori/lavoratrici
particolarmente esposti al rischio medesimo.*

polizze assicurative della responsabilità professionale

Al fine di garantirsi contro il rischio economico di una responsabilizzante omissione di diligenza, i dipendenti bancari possono stipulare una polizza assicurativa per il caso di responsabilità contrattuale od extracontrattuale, verso l'istituto bancario o i suoi clienti, a copertura della colpa grave.

La stipula di una polizza assicurativa consente in astratto la copertura di ogni responsabilità patrimoniale (civile o contrattuale) dell'assicurato nei limiti del massimale e salvo franchigie o scoperti eventualmente pattuiti.

provvedimenti disciplinari ex art. 7 legge n. 300/70

- il datore di lavoro può comunque scegliere di applicare al dipendente non diligente le sanzioni disciplinari che ritiene opportune indipendentemente dall'avvenuto risarcimento del danno
- la mancata adozione di un provvedimento disciplinare può costituire una prova della carenza di elementi responsabilizzanti a carico del dipendente

3 CASI GIURISPRUDENZIALI

Cass. n. 10996/2001

licenziamento per giusta causa in caso di commissione da parte del dipendente bancario, con responsabilità di cassa, di numerose irregolarità (sospensione di assegni posti all'incasso, operazioni oltre l'orario di chiusura, mancata registrazione di operazioni)

Cass. n. 321/2003

nell'ipotesi di licenziamento del dipendente bancario per attività maliziosa espletata attraverso operazioni inerenti al suo ufficio, fra i quali la stessa banca datrice di lavoro, il giudice deve accertare non tanto i presupposti per la sussistenza di una responsabilità patrimoniale, quanto la compatibilità tra la suddetta attività e la disciplina dell'impresa, attribuendo rilievo alla soggettiva consapevolezza in capo al dipendente del pregiudizio possibile per le ragioni altrui

Cass. n. 12263/2005

ai fini della valutazione circa la giusta causa di licenziamento, va tenuto presente che l'intensità della fiducia richiesta è differenziata a seconda della qualità del dipendente, dell'oggetto delle mansioni e dei gradi di affidamento che queste richiedono (caso del funzionario di banca preposto ad un'agenzia)

RESPONSABILITÀ PENALE

La Mifid detta norme volte a disciplinare i contratti tra le banche e investitori (norme civilistiche)

A ciò aggiunge sanzioni amministrative (es. violazione di prescrizioni in materia di correttezza e completezza delle informazioni al cliente: art. 190 TUF: ammenda da 2500 a 250.000 Euro)

La Mifid non introduce nuovi reati, ma possono verificarsi quelli “classici”

- 1) dare false informazioni al cliente – vendita di titoli spazzatura – indurre il cliente a firmare false dichiarazioni sulla sua conoscenza del mercato finanziario = TRUFFA
- 2) falsificare firme su moduli: artt. 476 e 482 c.p. = reclusione da 4 a 20 anni

comunque: responsabilità penale concorrente del datore di lavoro (sentenza Cass. n. 27735/2010 e art. 31 TUF)

NUOVO ART. 38 CCNL

- qualora nei confronti del lavoratore venga esercitata azione penale per fatti commessi nell'esercizio delle sue funzioni, **le eventuali sanzioni pecuniarie** e le spese giudiziali, comprese quelle per l'avvocato, sono a carico dell'impresa, fermo restando il diritto del dipendente di scegliere un legale di sua fiducia
- **LA TUTELA DI CUI ALLA PRESENTE NORMA NON SI ATTUA IN PRESENZA DI AZIONI PENALI CONSEGUENTI A FATTI O AD ATTI COMMESSI IN VIOLAZIONE DI ISTRUZIONI O DISPOSIZIONI EMANATE DALL'AZIENDA ED IN TUTTI I CASI IN CUI IL COMPORTAMENTO DEL LAVORATORE SIA IN CONFLITTO CON L'AZIENDA STESSA**
- il lavoratore che sia privato della libertà personale conserverà il posto di lavoro con diritto alla retribuzione (fermi restando i casi di risoluzione del rapporto per cause diverse)
- se il danneggiato si costituisce parte civile nei confronti del lavoratore, l'azienda si accolla l'onere dell'eventuale risarcimento
- il lavoratore deve dare immediata notizia all'impresa del procedimento penale a suo carico
- le garanzie valgono anche se il rapporto di lavoro è cessato, qualora i fatti siano accaduti in sua costanza

NOTA A VERBALE

LA TUTELA DI CUI ALL'ART. 38
VALE ANCHE PER I DIPENDENTI
NEI CUI CONFRONTI SIA
ESERCITATA AZIONE PENALE PER
FATTI COMMESSI
NELL'ADEMPIMENTO DI OBBLIGHI
POSTI A CARICO DELLA BANCA
PER:

- ANTIRICICLAGGIO
- USURA
- MIFID
- PRIVACY

consigli pratici:

- 1) attenersi alla normativa di servizio esigendo copia delle disposizioni di servizio, e non dare nulla per scontato, anche tra colleghi
- 2) nel caso di mancato rispetto delle disposizioni di servizio a seguito di pressioni, e quindi non per propria volontà, effettuare una segnalazione mediante l'organizzazione sindacale
- 3) astenersi da dichiarazioni verbali e soprattutto scritte (che possono avere valore di confessione) nel caso in cui non si abbiano le idee chiarissime sui fatti avvenuti e sulle disposizioni in merito. Nel caso in cui sia indispensabile fornire chiarimenti richiesti da colleghi, da ispettori o superiori richiedere sempre la presenza di un rappresentante sindacale e non firmare alcun documento per non pregiudicare in alcun modo i propri diritti

- 4) nel caso di ricezione di lettera con cui la banca contesta al lavoratore un operato difforme dalla normativa esistente e lo invita a rifondere la somma oppure quando l'azienda provvede direttamente al recupero della somma sulla busta paga del dipendente, è consigliabile rivolgersi immediatamente al rappresentante sindacale per i consigli del caso
- 5) nel caso di ricezione di lettera in cui la banca effettua una contestazione ai sensi dell'art. 7 SL, ricordiamo che l'azienda è tenuta per legge a contestare i fatti in maniera precisa, a dare al lavoratore 5 giorni di tempo per rispondere o chiedere un incontro per spiegare le ragioni della sua difesa, anche con la partecipazione di un rappresentante sindacale. solo successivamente l'azienda può adottare il provvedimento disciplinare.
- 6) adire le vie legali nel caso in cui l'azienda abbia contestato i fatti in maniera illegittima e abbia recato al lavoratore un danno economico e morale