

N. R.G.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
QUARTA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Anna Maria Rossi
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g.

promossa da:

dell'avv.
elettivamente domiciliato in VIA

con il patrocinio dell'avv.

)

BOLOGNA;

BOLOGNA presso il difensore avv.

ATTORE

contro

BANCA

con il patrocinio dell'avv.

e dell'

elettivamente domiciliato in

BOLOGNA presso il difensore avv

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da rispettive memorie ex art.183, 6° comma n.1 cpc; la difesa convenuta ha reiterato le istanze istruttorie articolate nella seconda memoria ex art.183 6° comma cpc

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione notificato il 21 marzo 2011, M ha convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Bologna, per la udienza del 30.6.2011, la Banca esponendo di essere pensionata, in precedenza impiegata, e cliente della Cassa (già facente parte del gruppo B e successivamente incorporata nella Banca) presso cui deteneva un deposito titoli amministrato, collegato ad un contratto per la prestazione di servizi di investimento sottoscritto il 17.1.2008.

Il 22.2.2008, accogliendo una proposta del personale della banca, aveva autorizzato un acquisto di titoli della Lehman Brothers Holding Inc., per 70.000 euro, investendo il 40 % dei risparmi detenuti presso la banca, senza ricevere le necessarie informazioni, sulle caratteristiche e la rischiosità del prodotto, e sulla sussistenza di conflitto di interesse, e senza che venisse formulata la valutazione di adeguatezza prevista dalla normativa.

Dopo sei mesi la Lehman Brother faceva ricorso alla procedura di fallimento denominata Chapter 11, e la attrice inoltrava reclamo alla banca; in seguito, commissionava una relazione peritale alla società di analisti finanziari indipendenti, che rilevava una serie di difformità della condotta della banca dalle prescrizioni della normativa MIFID, e rilevava la inadeguatezza della operazione rispetto al profilo finanziario della cliente.

Percorsa inutilmente la strada transattiva, la attrice si era vista costretta al giudizio, in cui concludeva, chiedendo al Tribunale di accertare la nullità, invalidità o inefficacia del contratto/ordine di negoziazione delle obbligazioni Lehman Brothers, ovvero dichiararne l'annullamento; accertare il grave inadempimento della convenuta, rispetto alle obbligazioni assunte con il contratto di negoziazione, e dichiararne la risoluzione; comunque dichiarare la responsabilità contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale della banca, e condannarla alla restituzione delle somme, al rimborso delle spese, e al risarcimento dei danni, con vittoria delle spese di lite.

Si costituiva, direttamente alla udienza, la banca convenuta, contestando la narrazione e le affermazioni di parte attrice, e rivendicando la correttezza del proprio operato; deduceva che le obbligazioni Lehman Brothers non potevano ritenersi ad elevato rischio, in base alle informazioni disponibili nel mercato finanziario, e tali erano rimaste, sino alla data del default, improvviso ed inaspettato; che la signora aveva stipulato un contratto di deposito titoli e di negoziazione in linea con le prescrizioni dell'art.23 T.U.F. e 37 del regolamento 16190 del 2007, e la Banca aveva raccolto le informazioni necessarie per la profilazione del cliente, consegnandole nel contempo il documento generale di informativa relativo ai servizi di negoziazione.

Assumeva di avere adempiuto agli obblighi informativi conseguenti al contratto di negoziazione anche in occasione dell'ordine, di non avere invece obblighi informativi circa il downgrading successivo all'acquisto, che comunque non vi era stato, fino alla ammissione alla procedura fallimentare americana. Osservava che il contratto quadro stipulato era di mera esecuzione di ordini, senza alcuna previsione di un servizio di consulenza, cosicché l'intermediario doveva svolgere solo la valutazione di appropriatezza, che effettivamente era stata svolta, comunicando anche alla cliente che l'operazione non era appropriata, in relazione alla esperienza della cliente. Contestava la sussistenza e rilevanza del conflitto di interessi lamentato, nel regime Mifid in cui si è svolta l'operazione.

Deduceva, in diritto, la infondatezza delle domande di nullità, annullamento e risoluzione, e la inesistenza dei presupposti per il risarcimento del danno, rilevando, in particolare, che l'inversione dell'onere della prova previsto dall'art.23 del T.u.f. non si estende alla dimostrazione del nesso di causalità tra condotta e danno, e che la attrice non ha dato dimostrazione che all'epoca dell'acquisto fossero disponibili informazioni diverse da quelle fornite.

Concludeva chiedendo di respingere la domanda, o in subordine, nella denegata ipotesi di accoglimento, decurtare da quanto dovesse ritenersi dovuto le somme incassate, a titolo di cedole, e gli interessi, condizionando la sentenza di condanna alla restituzione dei titoli.

L'attrice rilevava la tardività della costituzione e la conseguente inammissibilità delle eccezioni in senso stretto che erano state sollevate.

Quindi le difese depositavano memorie ex art.183 cpc, comma 6, e il giudice dava corso all'istruttoria, limitatamente ad alcune esibizioni; infine la causa è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni precisate come in epigrafe.

Il quadro normativo di riferimento.

L'ordine di negoziazione oggetto della causa risale al 22 febbraio 2008, e il quadro normativo di riferimento si trova nel T.U.F., Dlgsvo 58 del 1998, come modificato dal Dlgsvo 164 del 2007, in attuazione della direttiva 2004/39/CE, (Mifid), e nelle norme di attuazione contenute nel Regolamento

CONSOB 16190 del 2007. Le citate fonti normative hanno, infatti, puntualmente specificato i doveri degli intermediari in strumenti finanziari, dando corpo ad una disciplina organica che deve interpretarsi come regola generale di comportamento a tutte le operazioni eseguite dall'intermediario.

I criteri guida si rinvencono negli artt. 21 e 23 del Testo Unico e 26 ss del Regolamento Consob; l'art.21 del TUF in particolare descrive il generale dovere di operare con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti, e per la integrità dei mercati; di acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; di utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, e disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività. La norma impone agli operatori di adottare ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse, ed informare i clienti della natura e delle fonti del conflitto, quando le misure adottate non sono sufficienti per assicurare che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato.

Gli artt.27 ss del Regolamento Consob 16190 del 2007 dettagliano ulteriormente i doveri informativi; l'art.37 dopo avere previsto in via generale, richiamando il disposto dell'art.23 T.U.F. la forma scritta per il contratto quadro, destinato alla disciplina dei servizi di investimento forniti dall'intermediario, ne espone il contenuto minimo necessario; gli articoli seguenti, poi, modulano la disciplina concreta, e le obbligazioni delle parti, distinguendo il servizio di consulenza e di gestione del portafoglio, per cui si richiede la più penetrante valutazione di adeguatezza (che comporta obblighi più estesi anche nella raccolta informazioni, come si rileva dall'art.39 Reg.Consob, richiedendo anche la profilatura del cliente, quanto ad obiettivi e situazione finanziaria), mentre, in via residuale, nelle altre fattispecie ritiene sufficiente valutare l'appropriatezza dell'operazione compiuta.

Questa disparità di trattamento si giustifica con il fatto che la consulenza e la gestione sono servizi in cui rileva maggiormente l'intervento propositivo e la discrezionalità dell'intermediario finanziario. All'interno della consulenza, l'intermediario fornisce appunto consigli e raccomandazioni personalizzate al cliente, laddove quando presta servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli l'intermediario più semplicemente, ex art.40 reg.Consob, *"richiede al cliente o potenziale cliente di fornire informazioni in merito alla sua conoscenza e esperienza nel settore d'investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio proposto o chiesto"*.

Ora, la definizione del perimetro del servizio di consulenza, più garantito, e la distinzione di questa dalle fattispecie residuali che vedono diretto protagonista delle scelte il cliente, è certamente problematica: non vi è dubbio, infatti, che una forma generica di "consulenza" sia connaturata alla prestazione dei servizi di intermediazione finanziaria, che comunque gravano l'intermediario, secondo la disciplina richiamata, di doveri informativi, fin dalla stipula del contratto quadro.

La disciplina del rapporto di consulenza contenuta nel T.u.f. fa peraltro riferimento al servizio di consulenza come fattispecie tipica, e non come servizio accessorio rispetto a qualunque tipo di intermediazione, poiché così la prevede l'art.1 comma 5 del T.u.f., che elenca i diversi servizi e attività di investimento, e definisce la consulenza come la *"prestazione di raccomandazioni personalizzate ad un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore di servizio, riguardo ad una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario"*. La norma precisa che la raccomandazione è personalizzata quando *"è presentata come adatta per il cliente o è basata sulla considerazione delle caratteristiche del cliente"*.

Dato per acquisito che vi sia nell'ordinamento uno specifico servizio di consulenza finanziaria e che lo possa svolgere l'intermediario, occorre aggiungere che la qualificazione del rapporto intercorrente tra l'intermediario e il cliente non può essere fondata esclusivamente sulla manifestazione di volontà formalizzata nel contratto quadro, atteso che l'art.23 del T.u.f., esclude la necessità della forma scritta per il contratto di consulenza di cui all'art.1, comma 5 lett.f, che quindi può concretarsi con

manifestazioni di volontà espresse in forma diversa dalla forma scritta; in aderenza a questo quadro normativo la CONSOB, nei comunicati emessi (di cui alcuni prodotti dalla attrice) rileva la importanza di valutare in concreto il rapporto, per qualificarlo nell'uno o nell'altro ambito, e precisa che si ha, consulenza, di fatto, quando la raccomandazione è personalizzata.

La fattispecie concreta

L'ordine di acquisto risulta impartito il 22.2.2008, dopo la stipula del contratto quadro per la negoziazione in conto proprio, la esecuzione di ordini per conto dei clienti, e la ricezione e trasmissione di ordini; la cliente ha sottoscritto in pari data la attestazione di consegna, così dando atto di avere ricevuto il documento generale relativo ai servizi di negoziazione per conto proprio; contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa di parte convenuta non risulta invece effettuata contestualmente la profilatura del cliente, secondo le norme di attuazione alla Mifid; la profilatura prevista da quest'ultima normativa è stata fatta in seguito, e risulta datata - con un evidente procedimento di datazione automatica- al 1° luglio 2008, (vedi doc.13 di parte convenuta) e quindi in epoca successiva all'acquisto delle obbligazioni Lehman; peraltro, l'intermediario aveva già raccolto sotto la previgente normativa il profilo della cliente, nel 2003, come risulta dal doc.12 prodotto dalla attrice.

Quanto alla gestione dei conflitti di interesse, si osserva nel contratto quadro la Banca dà atto di avere una politica di gestione dei conflitti di interesse idonea, e in linea con le previsioni della Mifid, in ossequio a quanto disposto dall'art. 29/1°, lett. i), reg. 16190/07 in tema di informativa precontrattuale. Peraltro, non consta che la cliente abbia ricevuto comunicazione del documento che contiene la politica di gestione dei conflitti.

Quanto al rilievo, nel caso in esame, del conflitto, la difesa attrice ha prodotto un comunicato stampa del Gruppo Banca da cui risulta che l'esposizione dell'intero gruppo B nei confronti del gruppo Lehman Brother per i titoli obbligazionari era di un nominale di 23,5 milioni di euro, oltre a rischi ulteriori per 1,6 milioni di euro.

L'ordine di acquisto è stato trattato in regime di appropriatezza, e l'intermediario ha evidentemente utilizzato le informazioni che già aveva sulla cliente, dal 2003, ritenendo effettivamente non appropriato per la cliente quel prodotto, per difetto di esperienza, come risulta dalla avvertenza stampigliata. La avvertenza impressa sull'ordine è in realtà assolutamente illeggibile, e solo la logica consente di ritenerla avvertimento di non - appropriatezza, atteso che l'intermediario ha il dovere di esplicitare il giudizio solo se negativo, e quindi un giudizio di appropriatezza non sarebbe stato apposto.

Sulla domanda di nullità.

Tali i fatti, occorre, in primo luogo, esaminare la domanda di parte attrice circa la nullità del negozio di investimento, per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c.

Sul punto, si richiama l'orientamento espresso dalla Suprema Corte (Cass. 28432/2011, S.U. n. 26724/2007; Cass.19024 /2005,) secondo cui - al di là delle ipotesi di nullità per inosservanza delle forme scritte per la validità dei contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e dei servizi accessori (art 23 TUF) e di omessa indicazione dello *jus poenitendi* nelle ipotesi di offerta fuori sede (art 30 TUF) - non è dato ravvisare ulteriori ipotesi di nullità per violazione degli obblighi informativi di cui agli art. 21 TUF e artt. 27 ss Reg. Consob.

In tal senso, alla luce della interpretazione della giurisprudenza di legittimità, consolidatasi con la pronuncia delle Sezioni Unite (cfr. Cass.19024 del 2005 e SU 19 dicembre 2007, n.26724 e n.26725), può affermarsi che l'eventuale violazione da parte degli intermediari finanziari degli obblighi informativi nei confronti dei clienti, in sede di prestazione di servizi di investimento, non comporti la

sanzione della nullità del contratto o dell'operazione censurata, ma debba piuttosto essere indagata, ai fini di accertare l'inadempimento della banca, con ogni conseguenza.

La Suprema Corte, invero, pur sottolineando che l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede ha carattere imperativo, tuttavia afferma che tale obbligo non può assurgere tout court a requisito di validità: infatti, alla luce della tradizionale distinzione tra norme che attengono alla struttura intrinseca del contratto e norme di comportamento, la nullità del contratto non può farsi discendere, quale conseguenza necessaria, dalla violazione di ogni norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c. (c.d. *nullità virtuale*), ma presuppone che le norme violate attengano alla struttura o al contenuto della fattispecie negoziale. La Suprema Corte ha altresì ribadito che tale consolidato principio non può trovare deroga per quanto attiene allo specifico settore in esame, ossia la attività di intermediazione finanziaria.

Le regole di corretta esecuzione della prestazione di servizi di investimento e di informazione del cliente da parte dell'intermediario, quindi, valgono senz'altro ad imporre comportamenti all'operatore, ma non integrano la struttura del contratto, cosicché dalla violazione non discende la nullità del contratto, in assenza di espressa previsione in tal senso, ex art. 1418 c.c., e questo nonostante il carattere sicuramente inderogabile ed imperativo delle norme dettate dal T.U.F a tutela della completezza dell'informazione e della sicurezza degli investimenti in prodotti finanziari.

Alla luce delle argomentazioni esposte, la domanda di nullità ex art. 1418 c.c. deve essere respinta.

Sulla domanda di annullamento

Neppure si ravvisano gli estremi per l'annullamento, a norma dell'art 1429 c.c., poiché la parte lamenta più che un errore sulla individuazione dell'*oggetto* del contratto, o una sua *qualità essenziale*, un'errata previsione economica legata all'andamento del titolo, che attiene alla convenienza economica, ed è come tale irrilevante rispetto ai presupposti applicativi dell'art. 1429 c.c.(*cf.*, Cass. 10.05.1985, n. 2915).

Sulla risoluzione del contratto per inadempimento grave

Si ravvisano i presupposti dell'inadempimento grave, ex art.1453 cc, atteso che la banca convenuta è venuta meno, per quanto già riferito, ai doveri descritti dall'art.21 del TUF, e quindi al generale dovere di operare con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti, e per la integrità dei mercati, e di acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati.

Non consta che la banca, per quanto qui provato -al di là della dichiarazione unilaterale inserita nel contratto quadro- avesse all'epoca effettivamente attuato una politica di gestione dei conflitti di interesse, come impone l'art.21 del t.u.f., prendendo cioè misure preventive idonee ad evitare di pregiudicare gli interessi della clientela, e quindi tali da escludere, ad esempio, che il servizio di intermediazione nei confronti della clientela al dettaglio fosse gestito nell'ottica di trasferire ad essa un eventuale eccesso di esposizione della banca, su prodotti di crescente rischiosità.

E' poi acquisita la prova di un oggettivo conflitto di interesse, in relazione allo specifico negozio intermediato, conflitto che derivava dalla forte esposizione del gruppo B (di cui la banca convenuta già faceva parte all'epoca della negoziazione) per i titoli obbligazionari Lehman. Neppure risulta che la banca abbia informato la cliente della esistenza del conflitto, come prevede, seppure attualmente in via residuale, per il caso di mancata attuazione di politiche preventive, l'art.21 T.u.f.

Si aggiunga che il rapporto con la cliente è stato inquadrato in maniera ondivaga, perché l'ordine oggetto di causa è stato trattato in regime di appropriatezza, mentre i rapporti successivi, come risulta dalla documentazione prodotta in corso di causa dalla difesa attrice, sono stati trattati in regime di adeguatezza, e quindi di vera e propria consulenza: è evidente che in questa situazione la stessa attrice non poteva comprendere quale fosse la propria area di autonomia, e quale la sfera di responsabilità della banca. Inoltre e comunque, la informativa fornita, anche in occasione dello specifico ordine, non è stata affatto chiara, neppure in termini di appropriatezza, atteso che l'avvertimento relativo stampato sull'ordine è del tutto illeggibile, e sostanzialmente immotivato.

Lo scostamento della condotta della banca nel caso di specie è talmente distante, sul piano della diligenza, della chiarezza e della trasparenza, dalla condotta descritta dal legislatore, che configura certamente inadempimento grave, rispetto alle obbligazioni assunte con il contratto quadro.

E invero, come si rileva anche solo dal prospetto informativo che ha accompagnato la emissione della obbligazione Lehman, il titolo presentava una serie di rischi significativi, che, per le caratteristiche della emittente, banca di investimento globale, erano destinati ad accentuarsi in caso di rallentamento della crescita globale, contrazione del credito disponibile, disoccupazione in espansione, ossia esattamente nelle condizioni economiche che si sono manifestate già dalla fine del 2006 negli Stati Uniti, in cui la Lehman Brothers aveva sede. Di più, la banca convenuta, del gruppo B , notevolmente esposto proprio nei confronti della Lehman, per la sua peculiare posizione doveva avere monitorato attentamente la situazione economico-finanziaria di Lehman, e quindi essere in possesso delle informazioni più approfondite che circolavano nel mercato, come evidenziate nella perizia di parte in atti.

Non avere avvertito la cliente del carattere oggettivamente rischioso del titolo ha avuto certamente una influenza determinante, per la sottoscrizione dell'ordine, che tra l'altro veicolava una quota decisamente significativa (il 40 %) del patrimonio detenuto presso la banca dalla cliente.

L'inadempimento della banca ai doveri informativi, nel caso dell'ordine di acquisto dei titoli Lehman, è di tale gravità da escludere ogni interesse ed utilità, per la cliente, alla esecuzione dell'ordine, e causare la risoluzione del medesimo, con gli effetti restitutori conseguenti.

La attrice ha quindi diritto alla restituzione della somma a suo tempo versata per l'acquisto dei titoli, che una volta venuto meno, a seguito della risoluzione, il rapporto contrattuale, costituiscono un mero indebito; quale possessore di buona fede ex art.1148 cc può trattenere le cedole incassate; la domanda di restituzione dei titoli avanzata dalla banca è invece tardiva, atteso che ai sensi degli artt. 166 e 167 c.p.c., il convenuto deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni non rilevabili d'ufficio nella comparsa di costituzione tempestivamente depositata in cancelleria almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione; nel caso di specie, invece, la convenuta si è costituita tardivamente soltanto alla prima udienza, incorrendo conseguentemente nelle suddette decadenze.

La somma a suo tempo versata rappresenta un debito di valuta, su cui decorrono, dalla data del versamento alla restituzione gli interessi legali, ex art.2033 cc; non si ravvisano i presupposti oggettivi per riconoscere un danno ulteriore.

Le spese della lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

-accerta il grave inadempimento della banca convenuta rispetto al contratto di negoziazione e dichiara

risolto il contratto di acquisto delle obbligazioni Lehman Brothers Holding Inc contrassegnate dal codice ISIN XS0189741001;

-condanna la Banca _____ a restituire alla signora M _____ la somma a suo tempo versata, di € _____ oltre interessi al tasso legale dalla data del pagamento (22.2.2008) alla restituzione.

Condanna altresì la banca convenuta a rimborsare alla parte attrice le spese di lite, che si liquidano in € _____ per compensi, € _____ per esborsi, oltre spese generali, iva e cpa.

Bologna, 7 luglio 2014

Il Giudice
dott. Anna Maria Rossi