



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 1098 del 19 novembre 2018

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G.E. Barbuzzi – Presidente

Prof.ssa M. Rispoli Farina – Membro

Prof. Avv. M. de Mari – Membro supplente

Prof. Avv. G. Guizzi – Membro

Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof. Avv. M. de Mari

nella seduta del 31 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 2590, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio attiene al tema – già più volte portato all’attenzione di questo Arbitro per le Controversie Finanziarie (“ACF”) – dell’inadempimento dell’intermediario agli obblighi inerenti la prestazione di servizi di investimento, in particolare *sub specie* di violazione degli obblighi informativi e della regola di appropriatezza/adequatezza degli investimenti rispetto al profilo finanziario del cliente.

Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento nonché le ragioni di diritto per cui, anche alla luce degli orientamenti già espressi dal Collegio su vicende sostanziali analoghe, il ricorso appare meritevole di accoglimento.

2. La ricorrente – dopo aver presentato reclamo all’intermediario dall’esito a suo avviso insoddisfacente – si è rivolta all’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF).

Parte ricorrente afferma di aver sottoscritto, in data 30 novembre 2012, obbligazioni subordinate (relative al prestito “*Sub Lower Tier II 8/5/18 B.M.*” cod. ISIN IT0004867781) emesse dall’intermediario (di seguito “vecchia Banca”) per nominali € 100.000,00, per un controvalore di € 99.500,00 e di aver ricevuto, in riferimento a tali titoli, due rimborsi parziali pari ad € 20.000 cadauno in data 8 maggio 2014 e 5 maggio 2015. Con riferimento a tale prestito obbligazionario, viene precisato che esso non è stato azzerato ed è rimasto escluso dalla cessione all’Ente-ponte (*cf.* provvedimento della Banca d’Italia del 22 novembre 2015 “*Cessione dell’azienda bancaria all’ente ponte*” allegato “A” in atti della procedura).

La ricorrente aggiunge di aver inoltre acquistato azioni ordinarie della vecchia Banca, in particolare: *i*) in data 6 dicembre 2004, n. 7.500 azioni al prezzo unitario di € 1,26 per complessivi € 9.450,00; *ii*) in data 17 ottobre 2005, n. 9.000 azioni al prezzo unitario di € 1,55 per complessivi € 13.950,00; *iii*) in data 28 settembre 2007, n. 2.145 azioni al prezzo unitario di € 1,55 per complessivi € 3.324,75; *iv*) in data 15 maggio 2007, gli sarebbero state attribuite n. 4.950 azioni a titolo gratuito; *v*) in data 9 marzo 2012, n. 4.797 azioni al prezzo unitario “*di € 0,85*” per complessivi “*€ 4.077,40*”. L’importo totale investito in azioni della vecchia Banca ammonta ad € 30.802,20. In relazione alla suddetta operatività, la ricorrente precisa di non aver intrapreso altre azioni stragiudiziali, all’infuori del presente ricorso, volte ad ottenere il risarcimento del danno subito. In particolare, con riferimento al residuo nominale di € 60.000,00 relativo alle obbligazioni subordinate, precisa di non aver presentato richiesta di accesso al Fondo di Solidarietà, né di aver intrapreso la prevista procedura arbitrale presso l’Anac, non

possedendo i prescritti requisiti patrimoniali. Ritiene, altresì, che il soggetto legittimato a rispondere sia da individuarsi nella nuova Banca, richiamando sul punto quanto statuito dal Collegio ACF in numerose decisioni.

Alla base delle proprie doglianze, la ricorrente precisa di essere stata titolare per molti anni di un conto corrente presso la vecchia Banca e di aver sempre optato per investimenti prudenti, tranne che per i titoli oggetto di contestazione, avendo acquistato sia obbligazioni subordinate della vecchia Banca, strumento destinato in origine ad operatori professionali *“e collocato a retail solo grazie al rispetto formale di importo minimo da 100.000 euro”*, sia azioni, *“strumenti finanziari illiquidi e ovviamente rischiosi per tipologia”*.

Quanto agli investimenti azionari la ricorrente rileva che: 1) non risulterebbe documentazione riferibile alla sua profilatura con riferimento alla sottoscrizione di azioni del 28/9/2007, di guisa che tale operazione sarebbe avvenuta *“in violazione agli obblighi di diligenza in materia di investimenti vigenti all’epoca”*; 2) la verifica di appropriatezza dell’operazione di sottoscrizione di azioni del marzo 2012 sarebbe avvenuta in assenza della profilatura MiFID o, al più, sulla base di un questionario di profilatura non aggiornato in quanto datato 4/01/2008 e dunque risalente a più di 4 anni prima *“e di cui la banca non ha fornito copia”*; 3) sotto il profilo degli obblighi informativi, la vecchia Banca, nella sua veste di emittente, avrebbe inserito nel prospetto informativo relativo all’aumento di capitale 2012 informazioni *“non veritiere sulla reale situazione economica della Banca”*, emerse *“dopo le ispezioni di Banca d’Italia ma non divulgate”* e accertate anche dalla Consob nel procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di esponenti aziendali della vecchia Banca per violazione dell’art. 94, comma 2, del TUF e conclusosi con l’applicazione di sanzioni amministrative.

Con riguardo alla sottoscrizione, in data 30 novembre 2012, del suddetto prestito obbligazionario subordinato, la ricorrente rileva che: la compilazione del questionario MiFID sarebbe avvenuta solo 8 minuti prima della sottoscrizione stessa; tempistica tale da non potersi ritenere neppure plausibile che l’intermediario abbia potuto in un così breve tempo rendere al cliente

un'informativa completa su uno strumento particolarmente complesso e rischioso come quello di specie, collocato alla clientela *retail* “solo grazie al rispetto formale di un importo minimo di 100 mila euro”; tempo minimo in cui parte ricorrente “avrebbe dovuto comprendere a pieno i rischi connessi al tipo di investimento, peraltro in mancanza di un prospetto informativo e sulla base del documento di condizioni definitive, datato 22 novembre 2012 in cui [...] è stato dolosamente omesso l'esito delle verifiche ispettive Banca d'Italia”. A giudizio di parte ricorrente, lo scopo insito in una tale modalità di compilazione del questionario MiFID era quello di tracciare un profilo dell'investitore coerente con l'investimento che avrebbe intrapreso e ciò sarebbe avvenuto mediante una “sotto stimata valutazione del proprio strumento finanziario subordinato “RISCHIO MEDIO” e una sovra stimata valutazione del profilo di rischio del cliente MODERATO”; nell'occasione, la Banca avrebbe, inoltre, di fatto prestato il servizio di consulenza, non essendo verosimile che la ricorrente “abbia autonomamente preso informazioni di tale emissione e ne abbia fatto espressa richiesta alla banca”. L'operazione sarebbe avvenuta dunque su indicazione della Banca che “in quel momento aveva interesse a collocare tali azioni travestite da obbligazioni”. Il contratto di negoziazione, inoltre, non menziona le obbligazioni subordinate “come se di tale tipologia di strumento finanziario complesso non fosse mai stato previsto il collocamento a clientela Retail”. Ciò stante, la ricorrente, in data 20 aprile 2016, inviava all'intermediario una raccomandata come atto interruttivo della prescrizione.

A fronte delle suddette violazioni, la ricorrente richiede “il riconoscimento per il risarcimento del danno con liquidazione nella misura corrispondente al prezzo di acquisto degli investimenti in strumenti finanziari della “vecchia banca”: [ossia] 1. Euro 59.500,00 [corrispondente al] costo di acquisto [del prestito] SUB LOWER TIER II 8/05/2018 B.M [al netto dei rimborsi ricevuti]. Oltre a rivalutazione monetaria. 2. Euro 30.802,15 costo [di]acquisto azioni ordinarie oltre a rivalutazione monetaria.”.

3. L'intermediario ha resistito al ricorso sollevando una serie di eccezioni preliminari e di merito.

La Banca resistente, in primo luogo, *“ai fini della determinazione del petitum”*, rileva che le operazioni in contestazione antecedenti a dieci anni dalla data di presentazione del ricorso sarebbero prescritte. Ciò in quanto sia la missiva datata 20 aprile 2016, a cui la ricorrente attribuisce l'effetto di interrompere la prescrizione, sia il reclamo del 4 maggio 2018, sarebbero caratterizzati da estrema genericità così da non potersi ritenere idonei al raggiungimento dello scopo proprio di ognuno di essi. Peraltro, con riferimento alla nota del 20 aprile 2016, avente funzione di interruzione della prescrizione, non vi sarebbe prova della sua effettiva ricezione da parte della Banca. Da ciò discenderebbe, pertanto, che l'unica operatività non caduta in prescrizione sarebbe quella posta in essere nel 2012, concernente l'adesione all'aumento di capitale e la sottoscrizione delle obbligazioni subordinate.

Sottolinea, inoltre, l'intermediario che parte ricorrente non avrebbe fatto ricorso né al Fondo di solidarietà, che gli avrebbe permesso un risarcimento dell'80% delle somme investite, né alla procedura arbitrale istituita presso l'Anac mediante la quale avrebbe ottenuto il ristoro dell'intero danno subito. Tali comportamenti andrebbero imputati alla ricorrente a titolo di colpa grave e, imporrebbero di limitare il risarcimento al 20% del valore residuo delle obbligazioni subordinate al momento dell'azzeramento con la conseguenza che la richiesta di parte ricorrente dovrebbe essere limitata ad € 16.017,40.

L'intermediario, in via pregiudiziale, eccepisce, inoltre: a) l'irricevibilità del ricorso, essendo il reclamo *“del tutto lacunoso (...) redatto mediante un modulo prestampato”*, riportante la sottoscrizione del solo procuratore della ricorrente e non contenente né la procura né l'autenticazione della firma del *“supposto rappresentato”*; b) l'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza dell'oggetto ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. a), del Regolamento ACF n. 19602/2016 per non avere la ricorrente adempiuto all'onere della prova stabilito a suo carico dall'art. 15 del Regolamento ACF in conformità con l'art. 23 Tuf: tale previsione

regolamentare, infatti, non disporrebbe “*un’esonazione dall’onere della prova a beneficio del ricorrente, bensì un’inversione a carico dell’intermediario per quanto concerne la sola dimostrazione della sua diligenza nella prestazione dei servizi di investimento*”; c) l’inammissibilità del ricorso per incompetenza *ratione materiae* del Collegio, in quanto alle operazioni in questione non si applicherebbe la disciplina in materia di prestazione di servizi di investimento, ma quella dell’offerta al pubblico disciplinata nel Titolo II della Parte IV del Tuf; d) la propria carenza di legittimazione passiva sul presupposto che la nuova Banca non sarebbe succeduta nell’eventuale debito risarcitorio nei confronti della ricorrente. A questo proposito parte resistente osserva, in primo luogo, che sia la Direttiva 2014/59 (c.d. BRRD), che il d.lgs. n. 180/2015 di relativa attuazione, escluderebbero che gli azionisti e gli obbligazionisti subordinati della vecchia Banca possano avanzare pretesa alcuna nei confronti della nuova Banca e ciò varrebbe sia per le pretese relative al loro *status* di azionista/obbligazionista subordinato, che per pretese risarcitorie relative a eventuali comportamenti violativi del quadro normativo di riferimento in fase di collocamento dei titoli di cui trattasi. Inoltre, il fatto che né gli azionisti, né gli obbligazionisti subordinati possano vantare alcuna pretesa nei confronti della nuova Banca sarebbe confermato dalla circostanza che il legislatore ha previsto la costituzione di un apposito fondo e una speciale procedura arbitrale proprio a fini di indennizzo degli obbligazionisti subordinati che siano stati vittime di scorrettezze nella fase del collocamento di tali titoli. In secondo luogo, l’intermediario osserva che, in ogni caso, la nuova Banca non sarebbe succeduta nel debito risarcitorio nei confronti della ricorrente, dal momento che, ai sensi degli artt. 58 TUB e 2560 c.c., in caso di cessione di un’azienda bancaria, il cessionario risponderebbe solamente dei debiti risultanti dalle scritture contabili della cedente e comunque solamente dei debiti che fossero liquidi ed esigibili al momento della cessione, mentre l’eventuale credito della ricorrente nel caso di specie non solo non risultava, all’atto della cessione, dalle scritture contabili della vecchia Banca, ma neppure era da ritenersi liquido ed esigibile.

Nel merito, la Banca osserva che dai questionari MiFID sottoscritti nel 2008 e nel 2012 si evince un profilo di rischio *“Moderato, con livello di studio elevato e un’ampia conoscenza in materia di servizi di investimento e di strumenti finanziari, comprendenti anche azioni e obbligazioni subordinate”*; la ricorrente, inoltre, in sede di sottoscrizione degli strumenti finanziari, sia nel 2007 che nel 2012, avrebbe espressamente dichiarato di aver preso visione del prospetto informativo, con particolare riferimento al capitolo sui fattori di rischio. Parte ricorrente, inoltre, aveva già sottoscritto azioni sin dal 2004, dimostrando, secondo parte resistente, di conoscere tali strumenti finanziari, da cui le obbligazioni subordinate si differenzierebbero solo perché sarebbero state *“oggetto di azzeramento”*. Sempre con riguardo al profilo dell’appropriatezza, l’intermediario rileva inoltre che la sottoscrizione delle obbligazioni subordinate e delle azioni sarebbe avvenuta nel pieno rispetto del disposto dell’art. 34-*quinquies* del Regolamento Emittenti, avendo la vecchia Banca rispettato tutti gli obblighi su di essa gravanti come emittente e collocatrice di tali strumenti; per quanto riguarda le obbligazioni, nel relativo modulo è esplicitato il loro carattere di titoli subordinati, evincibile dal nome stesso dello strumento. L’intermediario resistente precisa, infine, che, non avendo la vecchia Banca prestato il servizio di consulenza, essa era tenuta a valutare la sola appropriatezza degli investimenti; verifica che avrebbe dato esito positivo e di cui le pregresse operazioni compiute negli anni da parte ricorrente costituirebbero un indicatore. Il rendimento delle obbligazioni subordinate e le modalità di rimborso, di cui la ricorrente ha usufruito, dimostrerebbero, del pari, che era pienamente consapevole del relativo rischio. A parere della Banca resistente, pertanto, non sarebbe rinvenibile alcun nesso eziologico tra la perdita subita dalla ricorrente ed il comportamento della vecchia Banca ma, anzi, le doglianze della ricorrente costituirebbero un tentativo di ribaltare sull’intermediario le perdite subite per un comportamento imputabile solo all’investitore stesso. Né la ricorrente avrebbe assolto all’onere di mitigare il danno, non avendo provveduto a rivendere gli strumenti finanziari in suo possesso per tempo, allorquando cioè il loro valore cominciava a decrescere, mano a mano

che il mercato prendeva consapevolezza della reale situazione economica e finanziaria in cui versava la vecchia Banca. Tale comportamento dovrebbe essere pertanto valutato dal Collegio ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Tutto ciò rilevato, l'intermediario chiede conclusivamente che il ricorso sia dichiarato irricevibile e, in via gradata, inammissibile per le ragioni sopra riportate e, comunque, rigettato nel merito. In via subordinata, chiede di limitare in ogni caso il risarcimento dell'eventuale danno considerando il concorso della ricorrente nella produzione dello stesso, al più a € 16.017,40, stante il colpevole mancato accesso al Fondo di Solidarietà e l'intervenuta prescrizione dell'azione di risarcimento del danno per gli acquisti azionari precedenti al 2012.

4. La ricorrente ha svolto deduzioni integrative.

In particolare ha rilevato che, a differenza di quanto affermato dall'intermediario, la missiva del 20 aprile 2016 è stata ricevuta dalla Banca come dimostrerebbero sia l'apposizione del numero di protocollo sulla nota, sia il riferimento alla suddetta lettera operato nella nota del 25 agosto 2016 con cui la vecchia Banca ha trasmesso al cliente la documentazione richiesta. In ordine alla mancata adesione alle forme di ristoro alternative, parte ricorrente afferma di non aver potuto aderire al Fondo di Solidarietà, non possedendo i requisiti patrimoniali e reddituali richiesti, mentre, per quanto riguarda la mancata presentazione del ricorso nell'ambito della procedura arbitrale istituita presso l'Anac, si tratterebbe di un'autonoma decisione della ricorrente. In ordine all'eccezione di carenza di legittimazione passiva, parte ricorrente cita e allega una recente sentenza del Tribunale di Chieti (sentenza 10/2018 del 10 gennaio 2018) nonché taluni precedenti del Collegio ACF confermativi della legittimazione passiva della nuova Banca. Precisa, infine, che nella sottoscrizione del prestito obbligazionario mancherebbe, inoltre, la firma del cliente in calce alla clausola che contiene la dichiarazione di aver ricevuto l'informativa.

DIRITTO

I. Il Collegio reputa di doversi soffermare anzitutto sull'eccezione di irricevibilità del ricorso per mancanza di un valido reclamo. A giudizio del resistente, infatti, il reclamo presentato da parte ricorrente oltre ad essere generico, sarebbe stato proposto da soggetto non munito di procura e non recherebbe l'autenticazione della firma del supposto rappresentato. Per tali ragioni, sarebbe inidoneo ad assolvere alla funzione che gli è propria. L'eccezione non appare condivisibile posto che il reclamo contiene l'indicazione, seppur sintetica, delle contestazioni all'operato dell'intermediario poi ribadite nel ricorso introduttivo della presente procedura. In esso è, inoltre, formulata espressa richiesta di risarcimento del danno. Quanto alla eccepita invalidità della procura per la presentazione del reclamo, si osserva che tale asserito vizio non è stato oggetto di eccezione alcuna nella risposta al reclamo stesso fornita dall'intermediario, ma è stato eccepito per la prima volta solo nell'ambito della presente procedura. Il silenzio dell'intermediario, che non ha sollevato tale questione a tempo debito, ha ingenerato nel cliente il legittimo affidamento sulla validità del reclamo propedeutico alla presentazione del ricorso all'ACF.

Sempre, in via pregiudiziale, l'intermediario chiede poi che il ricorso sia dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 12, lett. a), del Regolamento ACF; in relazione a detto profilo (*indeterminatezza della domanda*) la Banca fa discendere tale vizio dall'asserita mancata prova da parte del ricorrente del nesso di causalità tra il comportamento contestato alla vecchia Banca e il danno lamentato citando, a sostegno della propria tesi, precedenti di giurisprudenziali di legittimità e dell'ACF in tema di riparto dell'onere della prova. Il Collegio ritiene che tali rilievi siano tuttavia inidonei a configurare profili d'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza dello stesso, integrando piuttosto una questione di merito. D'altro canto, non vi è dubbio che nel caso di specie il ricorso individui in modo sufficientemente preciso l'oggetto della contestazione, come ne è prova il fatto che la Banca è stata messa in condizione di svolgere ampie difese.

Con l'ulteriore motivo di inammissibilità, l'intermediario deduce che la controversia avrebbe ad oggetto attività di offerta al pubblico, materia non

ricompresa nell'ambito di competenza dell'ACF; sul punto il Collegio richiama il proprio orientamento per cui *“la duplice circostanza che la vecchia Banca abbia collocato presso i ricorrenti azioni di propria emissione e che questi ultimi abbiano sottoscritto parte di tali azioni esercitando il diritto di opzione, essendo all'epoca già azionisti dell'emittente, non comporta certamente che la condotta della vecchia Banca nella sua veste di intermediario non possa essere oggetto di sindacato alla luce della disciplina in tema di prestazione dei servizi di investimento prevista dal TUF e regolamenti attuativi. Infatti, da una parte, l'art. 84, comma 1°, del Regolamento Consob intermediari, rubricato “Distribuzione di prodotti finanziari emessi da banche”, chiarisce che queste ultime “anche quando procedono alla vendita, in fase di emissione, di propri prodotti finanziari sono tenute al rispetto delle norme in materia di prestazione di servizi di investimento; dall'altra parte, come chiarito anche dal documento Consob recante gli esiti della consultazione sulla distribuzione di prodotti finanziari complessi ai clienti retail, gli intermediari devono garantire il pieno esercizio del diritto di opzione da parte dei loro clienti, contemperando però tale diritto con i principi di tutela dell'investitore previsti dalla disciplina in materia di servizi di investimento”* (Dec. 165 del 9 gennaio 2018).

Quanto all'eccezione di difetto di legittimazione passiva svolta dall'intermediario, secondo parte resistente la nuova Banca – soggetto giuridico nuovo, destinato ad operare quale “ente ponte” – non sarebbe legittimata passiva a rispondere delle pretese di azionisti della vecchia Banca. Al riguardo, il Collegio, già in numerose decisioni, si è orientato nel senso di ritenere l'eccezione infondata (v., tra le altre, Dec. 165 del 9 gennaio 2018, Dec. 170 del 9 gennaio 2018; Dec. 308 del 2 marzo 2018; da ultimo Dec. n. 584 del 2 luglio 2018). In particolare, nelle suddette decisioni si è affermata la sussistenza della legittimazione passiva dell'intermediario in esito all'analisi del provvedimento di Banca d'Italia del 22 novembre 2015 con il quale è stato definito il perimetro dell'azienda bancaria ceduta alla nuova Banca, da cui risulta che oggetto della cessione sono state tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo alla vecchia Banca, eccezion

fatta per quelle ivi espressamente escluse. La *ratio* alla base del citato provvedimento sarebbe quindi quella di *“includere il più possibile” e di “escludere il meno possibile” dal perimetro oggetto della cessione, così da preservare la continuità aziendale, a fondamento della quale si pone indissolubilmente anche la continuità dei rapporti contrattuali (attivi e passivi) con la relativa clientela*”. Né d’altra parte, secondo il Collegio, tale interpretazione frustrerebbe lo scopo fondamentale della procedura di risoluzione, individuato nel far ricadere in primo luogo sugli azionisti e sugli obbligazionisti subordinati della *vecchia* Banca le conseguenze dell’insolvenza, consentendo al contempo di salvaguardare l’avviamento della banca sottoposta a risoluzione e, con esso, anche la stabilità del sistema bancario. È infatti opinione del Collegio che la previsione contenuta nell’art. 47, comma 7, del d.lgs. n. 180/2015, richiamata poi nel provvedimento della Banca d’Italia del 22 novembre 2015, si riferisca *“propriamente all’esercizio di diritti patrimoniali e/o amministrativi incorporati nelle azioni e da queste discendenti - i quali, sì, sono stati intaccati, ove non definitivamente azzerati, per effetto dell’intervenuta procedura di risoluzione - ma [...] non si [può] ritenere inglobate in essa anche pretese (risarcitorie o altro) relative a rapporti contrattuali tra cliente ed intermediario per la prestazione di servizi d’investimento (anche ove aventi ad oggetto azioni emesse dallo stesso intermediario); rapporti che, in quanto tali, risultano unitariamente trasferiti dalla Vecchia alla Nuova Banca e ciò proprio coerentemente con l’esigenza di preservare la continuità operativa dell’azienda bancaria*”. In tal modo, ad avviso del Collegio, *“si realizza un ragionevole bilanciamento tra interessi che possono rivelarsi, anche solo potenzialmente, in conflitto tra di loro, cioè a dire quelli perseguiti mediante la disciplina dettata in tema di risoluzioni bancarie e l’interesse pubblico alla tutela degli investitori che, vale la pena di evidenziarlo in questa sede, assume nel nostro ordinamento rilevanza costituzionale (art. 47 Cost.)”*.

L’eccezione risulta, pertanto, infondata con riguardo alle responsabilità inerenti all’operatività in azioni della *vecchia* Banca.

Ad analoghe conclusioni si può pervenire relativamente alla legittimazione passiva dell'odierno intermediario in relazione all'investimento in obbligazioni subordinate, sebbene queste ultime non siano state cedute alla nuova Banca. Come sopra anticipato, il prestito obbligazionario in questione, contraddistinto dall'ISIN IT0004867781, non è stato oggetto di cessione alla nuova Banca; esso risulta, infatti, espressamente indicato tra i *“Titoli Subordinati che sono esclusi dalla cessione”* (cfr. provvedimento della Banca d'Italia denominato *“Cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte”*). Tale prestito obbligazionario non è stato, peraltro, neanche oggetto di riduzione (cfr. provvedimento della Banca d'Italia denominato *“Provvedimento di svalutazione di azioni e subordinati”*). Tuttavia, è convincimento di questo Collegio che (al pari di quanto rilevato nelle decisioni appena sopra richiamate), ancorché si tratti di strumento finanziario “non ceduto” alla nuova Banca, ciò non escluda la legittimazione passiva di quest'ultima rispetto agli obblighi risarcitori conseguenti alla violazione dei doveri di comportamento degli intermediari. Ciò in quanto la disciplina adottata in merito è diretta a garantire la continuità aziendale, ovvero la continuità nella prestazione dell'attività e dei servizi prestati dalla vecchia Banca, che nella fattispecie è stata realizzata anche tramite la cessione in blocco di tutti i rapporti contrattuali (ivi compresi dunque i contratti bancari e d'investimento) in essere con la vecchia Banca. Si ribadisce così, anche in relazione ai prestiti obbligazionari che non sono stati oggetto di cessione alla nuova Banca, l'ordine di argomentazioni già sopra sviluppato. Il risarcimento, del quale qui si controverte, non ha a che fare con lo *status* dell'obbligazionista subordinato (non ceduto) ma è rivolto a sanare l'anomalia generatasi nel rapporto d'investimento con la Banca. Ne discende che la nuova Banca deve ritenersi soggetto legittimato a rispondere delle potenziali passività inerenti a tali rapporti, tra cui devono intendersi ricompresi gli obblighi risarcitori connessi alla distribuzione alla propria clientela di strumenti finanziari di propria emissione, siano essi azioni o obbligazioni subordinate.

Quanto ancora alla circostanza che parte ricorrente non avrebbe fatto ricorso né al Fondo di solidarietà, che gli avrebbe permesso un risarcimento dell'80% delle

somme investite, né alla procedura arbitrale istituita presso l'Anac, il Collegio ritiene di non poter accogliere il rilievo. La ricorrente, infatti ha dichiarato di non possedere i requisiti reddituali e patrimoniali per poter accedere al primo e di aver ritenuto di non attivare la procedura presso l'Anac; in ogni caso, tali procedure di ristoro devono intendersi come rimedi la cui fruibilità è in facoltà dell'investitore attivare e non come strumenti obbligatori e sostitutivi del diritto di adire l'ACF in base alle regole generali dettate dagli artt. 32-ter, comma 1, del TUF, 4 del Regolamento ACF e, da ultimo, ribadite dall'art. 11, comma 1-bis del c.d. Decreto Milleproroghe (D.L. 25/07/2018, n. 91 convertito nella L. 21/9/2018). Normativa, quest'ultima, posteriore alla disciplina che ha istituito il Fondo di Solidarietà per l'erogazione di prestazioni a favore degli obbligazionisti subordinati delle banche sottoposte ad azione di risoluzione o comunque poste in liquidazione coatta amministrativa.

1.2. Occorre infine soffermarsi sull'eccezione di prescrizione formulata dall'intermediario relativamente agli acquisti anteriori al 2012: la ricorrente – come sopra rilevato – ha acquistato azioni negli anni 2004, 2005, 2007 ed azioni ed obbligazioni subordinate nel 2012. A giudizio di parte ricorrente, come sopra già riportato, la lettera inviata alla Banca in data 20 aprile 2016, pur non valendo come reclamo, avrebbe tuttavia effetti interruttivi del termine prescrizione dell'azione risarcitoria; tale assunto è contestato dalla resistente che evidenzia, altresì, la mancanza di prova dell'avvenuta ricezione della missiva. Il Collegio ritiene che tale ultimo rilievo sia superato, in quanto la conferma dell'avvenuta ricezione della predetta corrispondenza è ricavabile dalla nota con cui la Banca in data 25 maggio 2016 dichiara di consegnare al cliente *“la documentazione richiesta con lettera del 20/04/2016”* (documento espressamente denominato *“(…) messa in mora – risposta (…)”*). Ciò precisato, si osserva che è principio consolidato della Cassazione Civile, in tema di interruzione della prescrizione, *“che un atto, per avere efficacia interruttiva, deve contenere, oltre alla chiara indicazione del soggetto obbligato (elemento soggettivo), l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a*

manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora (elemento oggettivo). Quest'ultimo requisito non è soggetto a rigore di forme, all'infuori della scrittura, e, quindi, non richiede l'uso di formule solenni né l'osservanza di particolari adempimenti, essendo sufficiente che il creditore manifesti chiaramente, con un qualsiasi scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, la volontà di ottenere dal medesimo il soddisfacimento del proprio diritto (Cass. n. 3371/10; Cass. n. 24656/10; Cass. 17123/15; Cass. n. 24116 del 28/2016). Ebbene, nel caso di specie, la ricorrente, in calce alla richiesta di documentazione, ha dichiarato *“la presente vale anche come atto interruttivo di ogni termine prescrizionale ai fini dell'azione risarcitoria che intendo intraprendere contro la banca per il recupero delle somme perse relative agli investimenti in azioni e/o obbligazioni (...) anche ai fini della eventuale azione di nullità annullabilità e/o risarcitoria relativa alle modalità ed efficacia dell'acquisto dei titoli”*. Atteso il tenore testuale della dichiarazione, il Collegio ritiene che in essa sia chiaramente manifestata la pretesa del cliente di agire per ottenere il risarcimento dei danni subiti per effetto degli investimenti in strumenti finanziari della vecchia Banca e che, pertanto, possa valere come atto interruttivo della prescrizione. Tale atto non vale, ovviamente, ad integrare reclamo all'intermediario, in quanto quest'ultimo, a differenza del primo, riveste anzitutto la specifica funzione di favorire un tentativo di interlocuzione negoziale tra le parti volto a favorire una “composizione bonaria” della controversia. Il reclamo, nel caso di specie, è stato comunque poi presentato all'intermediario il successivo 4 maggio 2018. A tale nota del 20 aprile 2016 può pertanto attribuirsi funzione interruttiva della prescrizione, applicandosi l'ordinario termine decennale di prescrizione; ne consegue che si deve, ai fini della presente controversia, aver riguardo all'operatività posta in essere tra il settembre 2007 ed il marzo 2012 risultando prescritte le operazioni precedenti (ossia quelle del 6 dicembre 2004 e del 17 ottobre 2005). Quanto all'operatività non coperta da prescrizione, va inoltre precisato che l'operazione in data 15

maggio 2007, consiste, per stessa affermazione della ricorrente, in un'attribuzione di azioni a titolo gratuito e dunque non può rientrare nel perimetro della domanda risarcitoria non avendo richiesto alcun esborso da parte della ricorrente.

Ne discende che, ai fini della presente controversia, sono rilevanti le operazioni di acquisto di azioni del 28/09/2007 (controvalore pari a € 3.324,75) e del 09/03/2012 (controvalore pari a € 4.077,45) e l'investimento in obbligazioni subordinate del 30/11/2012 (controvalore pari a € 59.500,00 al netto dei rimborsi), per un totale di € 66.902,20.

2. Così risolte le questioni pregiudiziali e passando al merito dell'odierna controversia, il Collegio ritiene che, pur con le precisazioni indicate in ordine al perimetro dell'operatività rilevante ed alla quantificazione del danno, il ricorso sia fondato per le ragioni di seguito rappresentate.

Per quanto concerne la violazione degli obblighi informativi, il Collegio rileva che, con riferimento all'investimento in azioni ordinarie della vecchia Banca compiuto in data 28/9/2007, non risulta in atti documentazione idonea a far ritenere che l'intermediario abbia informato il cliente circa le caratteristiche ed i rischi connessi a tale tipo di strumento finanziario, fatta eccezione per la dichiarazione del cliente di aver preso visione del prospetto informativo presente nella scheda di adesione all'investimento. Deve al riguardo richiamarsi quanto il Collegio ha, in più pronunce, affermato, ossia che: *“la mera pubblicazione e messa a disposizione di un prospetto di offerta non è sufficiente a far ritenere che siano stati correttamente adempiuti gli (ulteriori e finalisticamente differenziati) obblighi di informazione che l'intermediario, in quanto tale, è tenuto ad osservare nei confronti della clientela [...] infatti, con la pubblicazione del prospetto d'offerta l'emittente adempie al suo (diverso) obbligo di informazione nei confronti della generalità degli investitori, mentre l'intermediario (ancorché anche emittente) che fornisce un servizio di investimento [...] non può, all'evidenza, limitarsi ad informare la clientela della circostanza che è stato pubblicato un prospetto informativo e che tale prospetto è disponibile per gli interessati, dovendo per converso fornire al cliente tutte le informazioni*

necessarie al fine di consentirgli di valutare le caratteristiche dell'investimento proposto e da ciò farne scaturire una scelta consapevole.” (v. Dec. n. 35 del 04/08/2017; in tal senso anche Dec. n. 378 del 13/04/2018; Dec. n. 147 del 14/12/2017, Dec. n. 111 del 16/11/2017 e Dec. 807 del 30/08/2018). Piuttosto è necessario che l'intermediario, tanto più ove si trovi in una situazione di conflitto d'interessi, metta il cliente nella condizione di acquisire effettiva consapevolezza del rischio che si assume nella prospettiva della migliore tutela dell'interesse dello stesso.

Con riguardo poi all'operazione di adesione all'aumento di capitale del marzo 2012, effettuata dalla cliente in data 9 marzo 2012, il rinvio al prospetto informativo relativo all'Aumento di capitale svolto nel 2012 risulta ancor più inidoneo a far ritenere assolti gli obblighi informativi. Infatti il Collegio, in più pronunce (fra tutte v. Decisione n. 170 del 9/01/2018), ha rilevato che *“dal provvedimento della Consob di accertamento della incompletezza del prospetto pubblicato in occasione dell'aumento di capitale del marzo 2012 risulta, non solo che la Vecchia Banca abbia intenzionalmente, tramite i suoi esponenti apicali, omesso di rendere noto al pubblico quanto rilevato dalla Banca d'Italia in apposita comunicazione inviata ai vertici della Vecchia Banca, il cui contenuto dallo stesso C.d.A. veniva definito al tempo “grave”, e ciò evidentemente al fine di non pregiudicare il successo dell'operazione di aumento di capitale, ma anche che il Presidente della Vecchia Banca in data 7 febbraio 2012 abbia pubblicato una lettera aperta sulla stampa locale per rassicurare il pubblico degli investitori in merito alla solidità dell'emittente, omettendo tuttavia ogni riferimento alle criticità evidenziate dalla Banca d'Italia. [...] Invero, il fatto che un soggetto, in qualità di Emittente, offra proprie azioni sulla base di un set informativo che intenzionalmente omette di riportare notizie rilevanti ai fini della valutazione di opportunità e convenienza dell'investimento [...] lascia oggettivamente presumere, con inferenza probabilistica, che il medesimo soggetto, nella sua veste di intermediario, abbia allo stesso modo omesso di fornire corrette informazioni in sede di prestazione di servizi d'investimento a favore della propria clientela*

affidenti agli stessi titoli” (decisione n. 165 del 9/01/2018). Ciò stante il Collegio - avendo peraltro rilevato che “nel caso di specie non emerge alcun elemento idoneo a poter far ritenere superata tale presunzione, atteso che l’intermediario non ha dato prova di aver reso disponibili ai propri clienti informazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle contenute nei documenti emessi in occasione dell’offerta al pubblico di azioni relative all’aumento di capitale, oltre che adeguate, stante in particolare la natura di titoli non quotati in alcun mercato regolamentato delle azioni di che trattasi” – ha concluso per “la fondatezza della domanda proposta da parte ricorrente volta ad ottenere il risarcimento di quanto investito in occasione dell’aumento di capitale del marzo 2012”. Infatti “la violazione delle regole di correttezza e trasparenza imputabile alla Vecchia Banca è sufficientemente grave da far ritenere che, qualora il ricorrente fosse stato correttamente informato della reale situazione economica e finanziaria dell’emittente, egli non avrebbe sottoscritto le azioni di nuova emissione. Trova, pertanto, applicazione, anche in questo caso, la regola enunciata dalla giurisprudenza, secondo cui si deve presumere che l’investitore abbia fatto affidamento sulla veridicità e l’integrità del quadro informativo predisposto dall’emittente (v. da ultimo, Cass., 26 maggio 2016, n. 10934), in questo caso e per di più anche intermediario prestatore di servizi d’investimento”.

In relazione all’operazione in obbligazioni subordinate, il Collegio rileva che è presente in atti la scheda prodotto relativa al prestito obbligazionario, che risulta sottoscritta dal cliente e nel campo relativo alle “*Caratteristiche dell’Emissione*” reca il riferimento alla *Clausola di Subordinazione* in cui viene esplicitato che: “*In caso di insolvenza [della vecchia Banca], l’obbligazione sarà rimborsata solo dopo che saranno stati soddisfatti tutti gli altri crediti per i quali non è prevista la clausola di subordinazione*”. Risulta tuttavia confermato dalla documentazione in atti quanto asserito da parte ricorrente in ordine all’esiguità del lasso temporale intercorso tra la compilazione del questionario MiFID e la conclusione dell’operazione in obbligazioni subordinate. Il questionario, infatti, è stato compilato in data 30 novembre 2012 alle ore 15.52, mentre il documento di

sottoscrizione del prestito obbligazionario, che temporalmente non può che essere successivo alla profilatura del cliente, reca la medesima data e l'orario delle ore 16.01. Secondo il Collegio è inverosimile che in pochi minuti possa essere stata fornita all'investitore un'informativa effettiva e completa circa le caratteristiche di uno strumento complesso e che questi sia stato messo in condizioni di comprendere appieno il significato di quanto indicato nella sopra richiamata scheda prodotto. È da precisare inoltre che nella sottoscrizione del prestito obbligazionario manca la firma del cliente in calce alla clausola "per approvazione specifica" che contiene la dichiarazione di aver ricevuto l'informativa.

In ordine al profilo dell'adeguatezza/appropriatezza delle operazioni, il Collegio si è formato il convincimento che l'intermediario non ha fornito la prova di avere bene operato le suddette valutazioni, non avendo prodotto in atti documentazione idonea a far ritenere assolto l'onere su di sé gravante. In particolare: i) a fronte della contestazione mossa dalla ricorrente all'intermediario di aver proceduto ad eseguire l'operazione di investimento azionario del 28 settembre 2007 in assenza di profilazione del cliente, parte resistente nulla ha prodotto in atti; ii) con riguardo all'acquisto di azioni avvenuto tramite adesione all'Aucap 2012, in data 9 marzo 2012, risulta confermato che l'intermediario ha proceduto alla verifica di appropriatezza sulla base di un questionario MiFID del 4 gennaio 2008, risalente a più di 4 anni addietro e recante un'articolazione delle domande significativamente autovalutative. Questionario che presenta, peraltro, informazioni di dubbia coerenza intrinseca in quanto l'investitore, dopo aver dichiarato di conoscere pressoché tutte le numerose categorie di strumenti ivi contemplati, afferma di non sapere quale sia "la natura prevalente" dei suoi investimenti finanziari; iii) con riferimento all'operazione in obbligazioni subordinate, si rileva che il questionario MiFID è stato compilato, come sopra detto, appena qualche minuto prima dell'esecuzione dell'operazione e reca per la prima volta indicazione circa la conoscenza da parte del cliente delle obbligazioni subordinate. Informazione non

espressamente rinvenibile nel precedente questionario 2008, di cui sopra si è detto.

L'intermediario rileva, inoltre, che il danno subito dalla ricorrente “*non è stato istantaneo, avendo le azioni subito diminuzioni di valore nel tempo*”: pertanto, a giudizio della Banca, l'investitore avrebbe potuto procedere al disinvestimento delle azioni, di guisa che sarebbe necessario valutare tale omissione ai sensi dell'art. 1227 c.c. Sul punto il Collegio ritiene che nulla possa essere rimproverato all'odierna ricorrente per non avere mitigato il danno, ponendo in essere concrete iniziative funzionali alla cessione delle azioni in suo possesso non appena emersa la reale situazione economica e finanziaria dell'emittente, non potendosi esigere da un investitore *retail* con un profilo di esperienza e competenza del tipo di quello della ricorrente al tempo dei fatti l'onere di cogliere autonomamente i segnali di allarme che gli avrebbero consentito di mitigare il danno, mediante la tempestiva cessione delle azioni in suo possesso. Inoltre non pare in ogni caso ragionevole “compensare” una del tutto ipotetica colpa della ricorrente in tal senso con il dolo della vecchia Banca che ha, come detto, fornito, in occasione dell'aumento di capitale del 2012, una non veritiera e fuorviante rappresentazione del quadro informativo di riferimento, così irreparabilmente pregiudicando il processo valutativo e di propensione all'investimento da parte dei risparmiatori (negli stessi termini *cfr.* Dec. 584 del 2/07/2018).

3. Tutto ciò premesso e considerato, il Collegio ritiene di accogliere il ricorso sulla base del quadro sopra delineato, quantificando complessivamente il danno in € 66.902,20, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, di cui € 7.402,20 per gli acquisti azionari del 28/09/2007 e del 09/03/2012, e € 59.500,00 per l'investimento in obbligazioni subordinate (già dedotti € 40.000 ricevuti dalla ricorrente a titolo di rimborso anticipato delle obbligazioni).

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto al risarcimento dei danni a favore del ricorrente nella misura di euro € 69.972,29, comprensivo di rivalutazione monetaria, oltre a interessi legali dalla data della decisione sino al soddisfo, e fissa il termine per l'esecuzione in trenta giorni dalla ricezione della decisione.

Entro lo stesso termine l'intermediario comunica all'ACF gli atti realizzati al fine di conformarsi alla decisione, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento adottato dalla Consob con Delibera n. 19602 del 4 maggio 2016.

L'intermediario è tenuto a versare alla Consob la somma di euro 500,00, ai sensi dell'art. 18, comma 3, del citato Regolamento, adottato con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, secondo le modalità indicate nel sito istituzionale www.acf.consob.it, sezione "Intermediari".

Il Presidente
Firmato digitalmente da:
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi