



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 1107 del 20 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

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. 2602, 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 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 analoghe, il ricorso appare meritevole di accoglimento.

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

Il ricorrente – titolare, al tempo dei fatti oggetto della presente procedura, di un conto deposito titoli cointestato con la moglie (che ha proposto autonomo ricorso all’ACF) – afferma di aver sottoscritto azioni della *vecchia* Banca, poi sottoposta a provvedimento di risoluzione in data 22 novembre 2015, per complessivi euro 1.412,00, a valere su un sub-deposito a sé intestato, con tre differenti operazioni: in particolare, in data 9 marzo 2012, n. 287 azioni per un controvalore di euro 243,95; in data 2 aprile 2012, n. 852 azioni per un controvalore di euro 800,88, ed un ulteriore quantitativo di n. 430 azioni sarebbe stato acquistato in data e con controvalore non specificati. Al riguardo si precisa fin da ora che è stato lo stesso intermediario, in sede di deduzioni, a chiarire che l’operazione è stata realizzata il 21 marzo 2012 per un importo di euro 365,50 ossia ad un prezzo di acquisto di euro 0,85 per azione; pertanto, l’investimento in azioni ammonterebbe in totale ad euro 1.410,33.

Il ricorrente afferma di aver altresì sottoscritto obbligazioni subordinate (codice isin IT0003972996, per le quali la Banca d’Italia ha disposto la riduzione integrale) emesse dalla *vecchia* Banca il 18 aprile 2012 per nominali euro 15.000,00, per un controvalore di euro 12.975,00 ed in data 2 maggio 2012 per nominali euro 11.000,00, per un controvalore di euro 9.570,00, confluite sul conto cointestato con la moglie. In relazione a tali operazioni, il ricorrente precisa di aver presentato, unitamente alla moglie, istanza di rimborso al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e di aver ottenuto il ristoro dell’80% del loro controvalore, ossia euro 17.097,78. Nell’ambito della presente procedura egli agisce, dunque, per la restante parte del credito non rimborsato, ossia euro 5.447,22 e, precisamente, per la metà a lui spettante di euro 2.723,61.

A fronte delle suddette violazioni, il ricorrente richiede il risarcimento di complessivi euro 4.135,61 e precisamente *“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 2.723,61 [corrispondente al] costo di acquisto delle obbligazioni subordinate [pro-quota con la moglie cointestataria e al netto del rimborso forfettario Fondo di Solidarietà ricevuto]. 2. Euro 1.412,00 (rectius: euro 1.410,33) [corrispondente al] costo di acquisto azioni della vecchia banca, 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”*, conferma l'effettività di tutte le operazioni in azioni indicate nel ricorso, specificando che quella di cui il ricorrente non ha indicato data ed importo è stata realizzata il 21 marzo 2012 per un controvalore di euro 365,50, per cui, secondo parte resistente, la relativa domanda, per la parte azioni, deve essere ridotta ad un importo di euro 1.410,33 (piuttosto che euro 1.412,00).

L'intermediario, in via pregiudiziale, eccepisce: a) l'irricevibilità del ricorso, essendo il reclamo *“del tutto lacunoso riportando uno sterile richiamo ad un pregiudizio che i ricorrenti avrebbero subito [ovvero la] «violazione agli obblighi di informazione diligenza e correttezza e trasparenza in materia di investimenti»”*; 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 il 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) la propria carenza di legittimazione passiva sul presupposto che la nuova Banca non sarebbe succeduta nell'eventuale debito risarcitorio nei confronti del 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 del Ricorrente, dal momento che, ai sensi degli artt. 58 TUB e 2560 c.c., in caso di cessione di un'azienda bancaria, il cessionario risponde 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 del 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 le operazioni oggetto di contestazione sono avvenute in momenti differenti, distanti diverse settimane le une dalle altre, e pertanto ciò dovrebbe far ritenere che il ricorrente non solo conoscesse le caratteristiche degli strumenti finanziari che sottoscriveva, ma che avrebbe sottoscritto gli acquisti successivi convinto della corrispondenza di detti investimenti alle proprie esigenze. Quanto detto, ad avviso della parte resistente, risulterebbe avvalorato dalla composizione del portafoglio titoli del ricorrente che al 31 dicembre 2014 aveva un controvalore di euro 158.944,88 includendo strumenti finanziari derivati, fondi e sicav, anche estere, e obbligazioni argentine.

Il peso delle obbligazioni subordinate in detto portafoglio era inferiore al 18%, mentre intorno all'1% era quello dell'investimento azionario. Precisa, infine, parte resistente 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.

In ordine poi alla modalità con cui la verifica di appropriatezza è stata effettuata dalla Banca, l'intermediario ha precisato che “*non vi è alcuna forma prestabilita, stante il principio della libertà delle forme, salvo indicazioni normative contrarie, come ha avuto modo di sancire anche recentemente la Corte di Cassazione*” (sentenza n. 29641 del 16 marzo 2017).

Né il 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.

4. Il ricorrente ha svolto deduzioni integrative.

In replica alle argomentazioni del resistente il ricorrente sottolinea che l'intermediario “*nulla dice in merito alla mancanza della profilazione a fini Mifid dei coniugi, rendendo pacifico e non contestata l'avvenuta violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal TUF da parte della vecchia Banca*”. In ordine agli altri profili lamentati, vengono richiamate integralmente le argomentazioni già esposte in sede di ricorso.

DIRITTO

I. Il Collegio reputa di doversi soffermare anzitutto sulle diverse eccezioni

preliminari sollevate dal resistente. Si tratta di eccezioni sulle quali il Collegio si è in parte già espresso, in numerosi casi analoghi, nel senso di non condividere la ricostruzione normativa operata dal resistente.

Quanto all'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza, l'eccezione non appare condivisibile posto che il ricorso contiene, seppure sinteticamente, l'indicazione delle contestazioni all'operato dell'intermediario, del nesso di causalità tra il comportamento contestato alla *vecchia* Banca e il danno lamentato. In esso è, inoltre, formulata espressa richiesta di risarcimento del danno. 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.

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 (*cf.*, tra le altre, Decisioni nn. 165 e 170 del 9 gennaio 2018, n. 308 del 2 marzo 2018, n. 584 del 2 luglio 2018) e non ritiene qui di doversi discostare da tale indirizzo interpretativo. E ciò anche perché gli argomenti proposti dal resistente – e fatti propri in alcune pronunce di giudici di merito (ancorché sia doveroso osservare che la giurisprudenza sul punto è fortemente eterogenea e che non mancano Corti che si sono espresse invece in senso conforme a quanto ritenuto da questo Collegio) – non sembrano cogliere nel segno. 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.)”.* Neppure può accogliersi il richiamo alla previsione dell'art. 2560 c.c.. La norma in questione si riferisce, infatti, alla diversa ipotesi in cui tra le parti di una cessione d'azienda nulla venga stabilito in punto di accollo dei debiti, sicché in questa prospettiva, in cui unico debitore rimane il cedente, è del tutto logico che la responsabilità concorrente del

cessionario, prevista come rafforzamento dell'aspettativa dei creditori al soddisfacimento dei propri crediti (la fattispecie disciplinata dall'art. 2560 c.c. integrando un'ipotesi di responsabilità senza debito), sia limitata ai soli debiti del cedente che risultino dalla contabilità obbligatoria. Tale norma non è, invece, destinata a giocare un ruolo in un caso – come quello di specie – in cui è stato proprio l'atto di cessione in blocco di attività e passività (ossia il provvedimento di cessione delle attività e passività adottato da Banca d'Italia) a trasferirle in capo all'ente ponte, non escludendo espressamente dal suo perimetro passività come quelle in discorso (*cf.*, da ultimo, Decisione ACF n. 1077 del 9 novembre 2018).

2. Così risolte le questioni pregiudiziali e passando al merito dell'odierna controversia, il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato per le ragioni di seguito rappresentate.

Relativamente all'adempimento degli obblighi informativi in occasione dell'aumento di capitale sociale del 2012, non risulta in atti documentazione idonea a far ritenere provato che l'intermediario abbia assolto in concreto ai propri doveri d'informazione attiva, assicurandosi che l'investitore fosse consapevole degli effettivi rischi insiti in uno strumento finanziario di tale tipologia. Del resto, l'intermediario, in sede difensiva, non ha eccepito nulla a tale riguardo, concentrando le proprie argomentazioni difensive sulla verifica di appropriatezza. Né, d'altro canto, può ritenersi che l'intermediario abbia assolto ai predetti obblighi attraverso la pubblicazione del prospetto informativo relativo all'aumento di capitale 2012. Al riguardo, si rileva che la questione della presunta informativa decettiva fornita dall'intermediario in occasione dell'aumento di capitale sociale del 2012 è stata già oggetto di scrutinio da parte di questo Collegio che nelle pronunce sopra richiamate (fra tutte v. Decisione n. 170 del 9 gennaio 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. Questi fatti, che peraltro anche nel caso in esame non sono stati contestati dall’intermediario, sono sembrati al Collegio “di per sé sufficienti per far ritenere sussistenti violazioni delle regole di correttezza e trasparenza informativa nella prestazione dei servizi di investimento. 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, oltre ad incorrere in una eventuale violazione dell’art. 94 TUF (in quanto tale, lo si ribadisce, esclusa dalla sfera valutativa dell’ACF), 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 afferenti agli stessi titoli”. 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".

Del pari, con specifico riguardo all'investimento in obbligazioni subordinate, l'intermediario ha affermato di aver adeguatamente fornito al cliente il *set* informativo necessario per comprendere le caratteristiche dello strumento finanziario, senza fornire, neanche in questo caso, documentazione idonea a comprovare quanto affermato. Con riferimento alla valutazione di appropriatezza, l'intermediario afferma di aver svolto tale verifica e che essa avrebbe dato esito positivo senza, tuttavia, anche in questo caso, nulla produrre a riprova del suo effettivo svolgimento. A fronte della mancata produzione documentale, parte resistente afferma che, in sostanza, non vi era tenuto in quanto *"in ordine alla modalità con cui la verifica richiesta è stata effettuata dalla Banca, non vi è alcuna forma prestabilita, stante il principio della libertà delle forme"*. Si osserva, al riguardo, che ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. d), del TUF e dell'art. 29 del Regolamento congiunto Banca d'Italia – Consob del 29.10.2007, vigente al tempo dei fatti, grava, invece, sull'intermediario l'onere di mantenere evidenza delle verifiche svolta. In particolare, quest'ultima disposizione prevede che *"Gli intermediari tengono, per tutti i servizi prestati e tutte le operazioni effettuate, registrazioni adeguate e ordinate delle attività svolte, idonee a consentire alle autorità vigilanza di verificare il rispetto delle norme in materia di servizi e attività di investimento e di servizi accessori, ed in particolare l'adempimento degli obblighi nei confronti dei clienti o potenziali clienti"*. Ne discende che l'intermediario deve mettersi in condizione di poter provare di aver bene operato e ciò, per quanto concerne la presente procedura arbitrale, anche, e ancor prima, in ossequio del più generale principio dell'onere della prova incombente sull'intermediario ai sensi dell'art. 23, comma 6, del TUF.

Depone nel senso di una condotta non diligente dell'intermediario anche il fatto che quest'ultimo non ha ritenuto neppure di produrre nell'ambito della presente procedura il questionario MiFID precedente alle operazioni oggetto del presente ricorso, sulla base del quale dovrebbe essere stata svolta la valutazione di appropriatezza che esso afferma di aver eseguito. Il questionario trasmesso dalla Banca è infatti del 31 gennaio 2013, ben successivo al momento di sottoscrizione delle azioni e delle obbligazioni subordinate, acquistate tra il marzo ed il maggio 2012. I precedenti questionari, sulla base di quanto affermato dal ricorrente, sono molto risalenti (del 6 marzo 2007 e del 30 luglio 2007) ed evidenziano un passaggio "opportunistico" da esperienza finanziaria "media" ad "alta" in soli quattro mesi, senza che alcun mutamento in termini di conoscenza ed esperienza finanziaria fosse intervenuto per il ricorrente in quel lasso temporale.

3. Stante quanto sopra, ai fini della quantificazione del danno, esso va determinato in misura corrispondente alle somme impiegate dal ricorrente nei predetti investimenti ossia in euro 4.133,94, di cui euro 1.410,33 per l'acquisto delle azioni ed euro 2.723,61 per la parte di sua spettanza nell'investimento in obbligazioni subordinate e non rimborsate dall'indennizzo forfettario. Sotto tale ultimo profilo, per l'obbligazionista subordinato, non si ravvisano – allo stato della normativa oggi vigente – preclusioni tra il "diritto all'indennizzo forfettario" riconosciuto dall'art. 9 del D.L. 3 maggio 2016 n. 59 (conv. in L. 30 giugno 2016 n. 119) a valere sul Fondo di Solidarietà e la diversa e separata procedura innanzi all'ACF, funzionale all'accertamento del "diritto al risarcimento del danno" cagionato dalla violazione di regole di comportamento da parte degli intermediari del mercato mobiliare.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto al risarcimento dei danni a favore del ricorrente nella misura, al netto del rimborso forfettario ricevuto dal Fondo di Solidarietà, di euro 4.504,01, comprensiva 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 400,00, 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