



Decisione n. 1149 del 3 dicembre 2018

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente

Prof. M. Rispoli Farina – Membro

Cons. Avv. D. Morgante – Membro

Prof. Avv. G. Guizzi – Membro

Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof. Avv. G. Guizzi

nella seduta del 26 novembre 2018, in relazione ai ricorsi n. 2640 e 2641, dopo aver esaminato la documentazione in atti, disposta la riunione dei predetti ricorsi per ragioni di connessione, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

1. La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerne il tema del non corretto adempimento, da parte dell'intermediario convenuto, degli obblighi concernenti la prestazione di servizi di investimento, in particolare sotto il profilo degli obblighi di informazione circa le caratteristiche degli strumenti finanziari, del non corretto svolgimento delle attività di profilatura e della mancata valutazione della non appropriatezza dell'investimento.

Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.

2. Dopo aver presentato reclamo il 4 maggio 2018, riscontrato il 25 successivo in maniera giudicata insoddisfacente, il ricorrente e la ricorrente, avvalendosi

dell'assistenza di un difensore, si sono rivolti, con distinti ricorsi presentati lo stesso giorno e consecutivamente, all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, rappresentando quanto segue.

I ricorrenti – che sono legati da rapporto di coniugio, e che sono entrambi di età avanzata (il ricorrente ha, oggi, ottantatré anni; la ricorrente ottantuno) e con titolo di studio rappresentato solo dalla licenza elementare - espongono di aver acquistato, negli anni, azioni, obbligazioni convertibili e obbligazioni subordinate emesse da [omissis] - intermediario sottoposto il 22 novembre 2015 alla procedura di risoluzione ai sensi del d.lgs. 180/2015, le cui attività e passività hanno formato oggetto di cessione a una *bridge bank*, costituita ai sensi dell'art. 42 del citato decreto, successivamente ceduta e poi incorporata, a far data dal 27 novembre 2017, dall'intermediario convenuto. Il tutto nell'ambito di un rapporto per la prestazione di servizi di investimento intrattenuto con lo stesso emittente gli strumenti finanziari acquistati.

Il ricorrente precisa di aver sottoscritto: (i) azioni per un controvalore di € 33.485,41 – di cui € 16.916,90 con acquisti eseguiti prima del 4 maggio 2008; (ii) obbligazioni convertibili (poi coattivamente convertite in azioni dall'emittente) per un controvalore di € 4.023,00; (iii) insieme alla ricorrente, in data 20 novembre 2010, obbligazioni subordinate per un controvalore di € 300.000,00. L'unica operazione di investimento dedotta dalla ricorrente è, invece, rappresentata dall'investimento obbligazionario subordinato sottoscritto congiuntamente al marito.

Con riferimento alla sottoscrizione delle obbligazioni subordinate i ricorrenti rappresentano di aver ricevuto, sulla base del piano di ammortamento, rimborsi per complessivi € 120.000,00; aggiungono, quindi, di aver ottenuto, per il controvalore residuo di € 180.000,00, anche il rimborso forfettario, nella misura dell'80% (e dunque per una somma di € 139.123,38) dal Fondo di Solidarietà, istituito nel 2016 per il ristoro degli obbligazionisti delle banche risolte.

Entrambi i ricorrenti lamentano plurimi profili di inadempimento del dante causa del convenuto agli obblighi inerenti la prestazione di servizi di investimento. I ricorrenti si dolgono, infatti, del non corretto svolgimento dell'attività di

profilatura - il che avrebbe concorso a determinare anche la mancata rilevazione della non appropriatezza degli strumenti finanziari - e di non aver ricevuto informazioni adeguate a permettere loro una consapevole scelta di investimento.

Sulla base di quanto esposto, i ricorrenti concludono chiedendo al Collegio di dichiarare l'intermediario tenuto al risarcimento del danno, che quantificano nella seguente misura: il ricorrente in € 53.923,72, di cui € 33.485,41 per il capitale perduto nell'investimento azionario, ed € 20.438,31 per la quota del 50% del capitale perduto, e non altrimenti rimborsato, per l'acquisto delle obbligazioni subordinate; la ricorrente soltanto per la somma di € 20.438,31, corrispondente alla quota di sua spettanza sull'investimento obbligazionario suddetto. I ricorrenti quantificano, quindi, complessivamente il danno in € 74.362,03.

3. L'intermediario si è costituito depositando controdeduzioni con cui chiede il rigetto del ricorso.

In punto di diritto, il resistente eccepisce, *in limine*, l'inammissibilità del ricorso, sia in ragione dell'estrema genericità del reclamo - che dunque non potrebbe considerarsi neppure validamente formulato - sia in quanto ciascun ricorrente non avrebbe fornito alcuna prova della fondatezza delle relative doglianze. Sostiene, quindi, che il Collegio non sarebbe competente a conoscere della controversia, giacché «*le operazioni contestate consistono nella sottoscrizione di obbligazioni nell'ambito di un'offerta al pubblico di vendita e di sottoscrizione promossa da [omissis]*», e dunque non di un acquisto eseguito nell'ambito della prestazione di un servizio di investimento da parte di quest'ultimo.

Il resistente eccepisce il proprio difetto di legittimazione rispetto alla domanda articolata dai ricorrenti. In particolare il convenuto sostiene che l'esistenza di un obbligo risarcitorio della banca ponte (e quindi, conseguentemente proprio, per effetto dell'intervenuta incorporazione di quest'ultima), sarebbe da escludere, perché il provvedimento di cessione in blocco delle attività e passività di [omissis] alla *bridge bank* avrebbe interessato solo le passività esistenti alla data della cessione, e poi segnatamente solo quelle originanti da controversie a quella data pendenti.

Nel merito il resistente deduce la prescrizione della pretesa risarcitoria fatta valere dal ricorrente per gli acquisti di azioni antecedenti al 31 dicembre 2008, valorizzati per € 16.916,90, per essere stati compiuti ben oltre il decennio dal primo atto interruttivo della prescrizione, che andrebbe individuato non nel reclamo, attesa la sua estrema genericità, ma nel ricorso. In forza di tale considerazione il resistente deduce, quindi, anche l'intervenuta prescrizione della pretesa risarcitoria azionata dal ricorrente con riferimento all'acquisto di azioni eseguito il 12 giugno 2008 per un controvalore di € 7.485,00.

In ogni caso il resistente deduce l'infondatezza della domanda risarcitoria anche per le operazioni non prescritte (ossia: l'acquisto di azioni eseguito dal ricorrente il 5 luglio 2013, per un controvalore di € 4.131,00; l'acquisto delle obbligazioni convertibili del 16 giugno 2011, per un controvalore di € 4.023,00; l'acquisto delle obbligazioni subordinate, eseguito congiuntamente dal ricorrente e dalla ricorrente), dal momento che i ricorrenti non avrebbero assolto l'onere di provare l'inadempimento di *[omissis]*. Con riferimento in particolare all'acquisto delle obbligazioni subordinate, secondo il resistente l'assenza di presupposti per far valere la pretesa risarcitoria sarebbe stata riconosciuta implicitamente dagli stessi ricorrenti, nel momento in cui hanno presentato l'istanza di ristoro al Fondo di Solidarietà, anziché avvalersi della specifica procedura arbitrale di cui all'art. 1, commi da 857 a 860, della legge di Stabilità 2016, prevista in favore di coloro che si ritengano vittime di *misselling* nel collocamento delle obbligazioni delle banche risolte.

Il resistente osserva, altresì, che i ricorrenti avrebbero concorso con propria colpa nella produzione del danno, in particolare per aver «*mantenuto le azioni nel proprio portafoglio [...] nonostante la disponibilità delle informazioni concernenti detti strumenti finanziari, in particolare con riguardo alla grave svalutazione*» della banca emittente. Conclude, infine, sottolineando che la quantificazione del danno non è corretta, giacché dall'ammontare indicato nel ricorso andrebbero detratte le utilità conseguite dai ricorrenti tramite gli investimenti contestati, e rappresentate in particolare: (i) con riferimento alla sottoscrizione delle obbligazioni convertibili e subordinate, dalla somma

complessiva di € 32.255,12, percepita a titolo di cedole, nonché, per quelle convertibili, a titolo di conguaglio in sede di conversione in azioni; (ii) con riferimento all'acquisto di azioni, da € 260,75, percepiti nel 2009 a titolo di dividendi.

4. I ricorrenti si sono avvalsi della facoltà di presentare deduzioni integrative.

I ricorrenti deducono l'inconsistenza dell'eccezione di inammissibilità. Replicano all'eccezione di incompetenza *ratione materiae*, sottolineando che le doglianze riguardano il comportamento di [omissis] come soggetto che ha prestato il servizio di investimento. Quanto all'eccezione di difetto di legittimazione passiva richiamano le decisioni rese in senso contrario da quest'Arbitro in analoghe vicende che hanno coinvolto gli enti ponte aventi causa degli intermediari sottoposti nel novembre del 2015 alla procedura di risoluzione.

I ricorrenti contestano, infine, l'assunto del resistente secondo il quale la scelta di presentare l'istanza di rimborso al Fondo di Solidarietà, in luogo dell'attivazione della speciale procedura arbitrale innanzi all'ANAC, sottenderebbe la consapevolezza dell'assenza di presupposti per azionare la pretesa risarcitoria. Osservano, invece, come tale scelta sia stata la conseguenza del disallineamento temporale tra il termine fissato a pena di decadenza per la presentazione dell'istanza in questione – quattro mesi dalla conversione del d.l. istitutivo del Fondo – e la promulgazione del regolamento disciplinante le procedure arbitrali, intervenuta quando detto termine era già scaduto.

5. Il convenuto non si è avvalso della facoltà di presentare memoria di replica ai sensi dell'art. 11, comma 6, Regolamento ACF.

DIRITTO

1. I ricorsi debbono essere trattati congiuntamente e riuniti, in quanto evidentemente connessi sotto il profilo oggettivo, considerato che sia il ricorrente sia la ricorrente deducono l'inadempimento dell'intermediario in relazione alla medesima operazione di investimento – la sottoscrizione delle obbligazioni subordinate - da essi realizzata congiuntamente.

2. Le eccezioni preliminari sollevate dal convenuto sono prive di fondamento. Manifestamente priva di pregio è l'eccezione di inammissibilità del ricorso per assenza di un valido reclamo. Per quanto sintetico, il reclamo presentato consente di cogliere con sufficiente precisione le istanze fatte valere dai ricorrenti, potendo dunque essere considerato come chiara manifestazione della volontà di far valere la pretesa risarcitoria per inadempimento di [omissis] agli obblighi inerenti la prestazione dei servizi di investimento, e dunque anche quale atto idoneo ad interrompere la prescrizione. Allo stesso modo priva di pregio è l'eccezione di genericità del ricorso. Le domande formulate dai ricorrenti sono, infatti, sufficientemente definite nel loro oggetto, e certo non ridonda sulla loro ammissibilità l'eventuale mancanza di prova delle stesse che – ove fosse esistente – ne determinerebbe semmai il rigetto nel merito.

Infondata è, del pari, l'eccezione di incompetenza *ratione materiae*. Al riguardo è sufficiente rilevare che la domanda articolata dai ricorrenti è chiaramente prospettata come diretta a far accertare violazioni e inadempimenti cui [omissis] è incorso nella prestazione del servizio di investimento, rientrando così pienamente nel perimetro delle domande conoscibili dal Collegio ai sensi dell'art. 4, comma 2, del Regolamento ACF.

3. Da respingere è, infine, anche l'eccezione di difetto di legittimazione passiva avanzata dal convenuto.

Con riferimento a vicende analoghe a quelle per cui è controversia, il Collegio si è già espresso più volte nel senso dell'infondatezza della tesi del difetto di legittimazione passiva della *banca ponte* rispetto alle azioni di risarcimento danni promosse da possessori di azioni o obbligazioni azzerate, nell'ambito della procedura di risoluzione della crisi dell'intermediario emittente le stesse, ove le pretese risarcitorie fatte valere attengano a condotte di *misselling*, e comunque siano fondate su violazioni e inadempimenti dell'intermediario nella sua qualità di prestatore del servizio di investimento. In particolare il Collegio ha avuto modo di chiarire – con una valutazione che si attaglia perfettamente anche alla presente vicenda – che il provvedimento di cessione dell'attività e passività di [omissis], adottato dalla Banca d'Italia il 22 novembre 2015, ha definito il perimetro delle

passività cedute in maniera estremamente ampia e omnicomprensiva, identificando le passività escluse *solo ed unicamente con quelle concernenti i diritti patrimoniali inerenti alla partecipazione sociale o rinvenienti dalla sottoscrizione di strumenti obbligazionari*, ma non anche con quelle corrispondenti alle pretese risarcitorie fondate su illeciti, nella prestazione dei servizi di investimento riguardanti tali strumenti, perpetrate dall'intermediario medesimo (cfr. *ex multis*, decisione n. 170 del 9 gennaio 2018; decisioni n. 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178 del 10 gennaio 2018; decisioni n. 179, 180 del 12 gennaio 2018; decisione n. 360 del 6 aprile 2018; decisione n. 584 del 2 luglio 2018).

Orbene sotto questo specifico profilo ritiene il Collegio che non vi sia motivo di discostarsi, in questa controversia, da tale orientamento.

4. Nel merito la domanda è parzialmente fondata.

Al riguardo deve notarsi, infatti, che la difesa del convenuto si incentra unicamente sul fatto che l'acquisto degli strumenti finanziari per cui è controversia sono stati eseguiti dai ricorrenti in occasione di operazioni di collocamento dei medesimi presso il pubblico, sicché essi avevano avuto in ogni caso accesso a tutte le informazioni necessarie per compiere una consapevole scelta di investimento attraverso il prospetto. Tale rilievo non tiene, tuttavia, conto – come questo Collegio ha avuto più volte modo di chiarire - del fatto che là dove l'intermediario si presenti sia come emittente degli strumenti finanziari che come prestatore dei servizi di investimento, la circostanza che abbia assolto gli obblighi che lo gravano nella prima veste non vale di per sé a permettere di considerare assolti anche gli obblighi che su di esso incombono, nei confronti della propria clientela, nella seconda qualità. Altrimenti detto: il fatto che l'intermediario abbia consegnato la documentazione informativa che egli deve predisporre come emittente non è sufficiente per considerare assolto lo specifico e più stringente obbligo di fare in modo che il cliente sia adeguatamente informato, e che su di esso grava nella qualità di soggetto che presta il servizio di investimento alla propria clientela *retail* (si vedano, tra le molte, le decisione n. 222 del 26 gennaio 2018 e n. 306 del 3 marzo 2018).

Quanto precede è dirimente. Né, d'altronde, può costituire prova contraria il tenore della dichiarazione incorporata negli ordini di acquisto – cui fanno riferimento le controdeduzioni – ove si legge che il cliente dà atto dell'adempimento degli obblighi gravanti sulla banca «*in qualità di emittente e collocatrice degli strumenti finanziari*». Il tenore di tale dichiarazione ripeterua, infatti, l'equivoco sopra rammentato, mostrando di sovrapporre due aspetti – la qualità di emittente e quella di prestatore dei servizi di investimento – che debbono essere tenuti distinti, appunto non potendo l'adempimento degli obblighi assunti nella prima veste rappresentare condizione sufficiente per considerare assolti dall'intermediario anche quelli gravanti nella seconda.

5. Quello indicato è, peraltro, solo uno tra gli inadempimenti che possono rimproverarsi nel caso concreto all'intermediario.

Nella specie ritiene il Collegio che sia fondato il rilievo dei ricorrenti anche là dove denunciano il non corretto svolgimento dell'attività di profilatura.

Gli è, infatti, che elementi come l'età avanzata dai ricorrenti, già al momento degli investimenti (all'epoca dei fatti entrambi avevano superato i settant'anni) e il basso livello di istruzione - *elementi facilmente verificabili*, e che anzi *l'intermediario che opera con diligenza e professionalità deve verificare* – erano tali da dover far dubitare della possibilità di riconoscere come attendibile la classificazione degli stessi come clienti in possesso di una elevata esperienza in materia di investimenti finanziari, o propensi all'assunzione di un rischio medio, se non addirittura elevato. E tutto questo anche a prescindere dalla circostanza – anch'essa evidentemente anomala – della perfetta identità dei profili del ricorrente e della ricorrente.

5. Per quanto concerne la determinazione del danno risarcibile, ritiene il Collegio che esso possa liquidarsi in misura pari al capitale investito, ma, quanto al ricorrente, al netto delle somme versate per l'acquisto di azioni in epoca antecedente al 31 dicembre 2008 (essendo tale pretesa prescritta), nonché al netto delle somme da questi incassate come dividendi sulle azioni, nonché, per entrambi i ricorrenti, delle cedole sulle obbligazioni, e, sempre per il solo ricorrente, dell'importo ricevuto a titolo di conguaglio in denaro in occasione dell'operazione

di conversione delle obbligazioni in azioni, le quali rappresentano, tutte, utilità che gli istanti hanno conseguito in diretta derivazione causale dal fatto illecito.

Non può, invece, trovare accoglimento l'eccezione del resistente che vorrebbe ascrivere, seppure parzialmente, la produzione del danno al concorso del fatto colposo degli stessi creditori, per non aver disposto delle azioni o delle obbligazioni al manifestarsi pubblicamente delle difficoltà in cui versava [omissis]. Ciò in ragione del fatto che – per i motivi indicati – i ricorrenti non possono certo qualificarsi come investitori esperti capaci dunque di raccogliere autonomamente, atteso il loro carattere altamente tecnico, il progressivo deterioramento del patrimonio dell'emittente, e che avrebbe poi condotto all'apertura della procedura di cui all'art. 80 TUB. Anzi, a ben vedere, con riferimento alle obbligazioni subordinate – azzerate per effetto della risoluzione – il comportamento dei ricorrenti è stato del tutto conforme al precetto che impone al danneggiato di attivarsi per cercare di ridurre le conseguenze dannose, tale dovendosi considerare, soddisfacendone i presupposti, la presentazione della richiesta di rimborso al Fondo di Solidarietà, che allora certo non può essere letta – come vorrebbe, invece, il resistente – quale implicita ammissione dell'inesistenza di una pretesa risarcitoria azionabile.

In conclusione, il danno può essere liquidato nella misura complessiva di € 23.999,75, di cui € 19.450,94 in favore del ricorrente ed € 4.548,81 in favore della ricorrente. Trattandosi di somma dovuta a titolo risarcitorio, e dunque di un debito di valore, a tale importo deve essere aggiunta, a titolo di rivalutazione monetaria, la somma complessiva di € 2.126,88, di cui € 1.708,39 in favore del ricorrente, ed € 418,49 in favore della ricorrente.

PQM

In parziale accoglimento del ricorso il Collegio dichiara l'intermediario convenuto tenuto a corrispondere ai ricorrenti la somma complessiva di € 26.126,63 (così ripartita: € 21.159,33 per il ricorrente; € 4.967,30 per la ricorrente), per i titoli di cui in narrativa, oltre interessi dalla data della decisione fino al soddisfo, e fissa il termine per l'esecuzione in trenta giorni dalla ricezione della medesima.

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 € 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