



Decisione n. 1321 del 10 gennaio 2019

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente

Prof.ssa M. Rispoli Farina – Membro

Cons. Avv. D. Morgante – Membro

Prof. Avv. G. Guizzi – Membro

Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof. M. Rispoli Farina

nella seduta del 26 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2583, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il ricorrente, con l'assistenza di un difensore, rappresenta di aver complessivamente sottoscritto, nel periodo 2012/2015, n. 10.935 azioni emesse dall'Intermediario dei cui servizi di investimento si avvaleva (di seguito anche la "Vecchia Banca"), per un controvalore investito pari a € 15.017,61. A tal proposito, egli lamenta l'inadeguatezza e l'inappropriatezza dell'investimento complessivamente effettuato rispetto al proprio profilo di investitore. Egli deduce, altresì, la violazione da parte dell'odierno Resistente degli obblighi di informazione, diligenza,

correttezza e trasparenza di cui lo stesso è gravato in attuazione della normativa di settore.

Egli sottolinea, poi, che per effetto della sopravvenuta situazione di dissesto, la Vecchia Banca veniva sottoposta nel novembre 2015 a procedura di risoluzione ex d.lgs. 180/2015 - con conseguente azzeramento del valore di tutte le azioni in suo possesso e, nell'ambito di essa, l'azienda bancaria veniva ceduta dalla Vecchia Banca in risoluzione a un ente ponte appositamente costituito (di seguito, la Nuova Banca), poi incorporato nell'Intermediario convenuto. A giudizio del Ricorrente, la Nuova Banca, quale cessionaria dell'azienda, sarebbe succeduta anche nel debito risarcitorio nei suoi confronti, stante che l'azzeramento del valore delle azioni (conseguente all'avvio della procedura di risoluzione) avrebbe riguardato solamente le sue pretese in quanto azionista, ma non anche le sue pretese risarcitorie in qualità di cliente, al quale le azioni azzerate erano state collocate in modo scorretto dall'intermediario/emittente, per effetto del che egli conclusivamente adisce l'ACF chiedendo di essere risarcito del danno occorso in ragione di € 15.017,61, oltre rivalutazione monetaria.

2. In via pregiudiziale, l'intermediario convenuto eccepisce l'irricevibilità del ricorso ex art. 12, comma 1, del Regolamento di attuazione dell'ACF per violazione dell'art. 10 del medesimo regolamento, ai sensi del quale può presentarsi ricorso all'Arbitro solo quando *“sui medesimi fatti oggetto dello stesso [...] è stato preventivamente presentato reclamo all'intermediario”*. Sul punto, l'intermediario sostiene che il reclamo presentato dal ricorrente sarebbe generico, dal momento che non ha ad oggetto la specifica trattazione dei fatti posti a fondamento del ricorso poi presentato all'Arbitro.

In secondo luogo, l'Intermediario eccepisce l'inammissibilità del ricorso ex art. 12, comma 2, lett. a), per indeterminatezza della domanda e, ancora, il proprio difetto di legittimazione passiva, sul presupposto che la Nuova Banca non sarebbe succeduta nell'eventuale debito risarcitorio nei confronti del Ricorrente. A questo proposito, il Resistente osserva, in

primo luogo, che sia la Direttiva 2014/59/UE (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.

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 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 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.

Quanto al merito, il Resistente fa presente che il profilo di rischio associato all'odierno Ricorrente risultava al tempo *“medio-alto”*, in ragione delle risposte date in sede di sottoscrizione del questionario Mi-FID in data 13 dicembre 2012, *“da cui si evince anche un'ampia conoscenza in materia di strumenti finanziari, comprese le azioni”*. Inoltre, rileva che la Vecchia Banca, pur non prestando servizio di consulenza, aveva comunque provveduto a valutare l'appropriatezza dell'investimento di che trattasi, ai sensi dell'art. 42 del regolamento Consob 16190/2007, all'uopo sottolineando anche come *“il fatto che il ricorrente abbia dato esecuzione a ben tre operazioni di acquisto/sottoscrizione di azioni della medesima tipologia, intervallate tra di loro di quasi dieci mesi (la prima operazione è del 28 dicembre 2012 e la terza è dell'8 ottobre 2013), e che tra il primo e il terzo acquisto di azioni, contestati con il ricorso in esame, sia intervenuta anche la vendita delle azioni sottoscritte in sede di aumento di capitale il 14 giugno 2013, non può dar adito a dubbi circa il fatto che il ricorrente conoscesse gli strumenti finanziari in cui stava investendo e ne*

avesse valutato i relativi rischi”; dal che il Resistente fa discendere la mancanza di un nesso causale tra il comportamento tenuto nel caso in esame dalla Vecchia Banca e la perdita subita dall’odierno Ricorrente. In via subordinata, l’intermediario eccepisce, per il caso di accertata violazione di regole di condotta imputabile alla Vecchia Banca, che comunque il danno di cui il Ricorrente chiede ora il risarcimento, per effetto dell’intervenuto azzeramento delle azioni della Vecchia Banca nel tempo, non sarebbe una conseguenza immediata e diretta di tali violazioni, posto che il Ricorrente avrebbe potuto minimizzare fortemente la perdita occorsa provvedendo per tempo alla vendita dei titoli di cui è causa. Pertanto, l’intermediario chiede che il danno eventualmente quantificato sia in ogni caso limitato, tenendo conto anche del concorso di colpa ai sensi dell’art. 1227 cod. civ. Tutto ciò rilevato, l’Intermediario chiede conclusivamente che il ricorso sia dichiarato inammissibile per incompetenza dell’ACF o per proprio difetto di legittimazione passiva e, comunque, rigettato nel merito.

3. Nelle proprie repliche, il Ricorrente, ribadisce nella sostanza quanto affermato in sede di ricorso e tiene a precisare che tutti i dati non contestati dall’Intermediario devono considerarsi implicitamente confermati.

4. L’Intermediario ha ritenuto di non controreplicare.

DIRITTO

1. Il Collegio si sofferma, anzitutto, nella valutazione della questione preliminare posta da parte resistente, la quale eccepisce l’irricevibilità dell’odierno ricorso ex art. 10, comma 2, del Regolamento sull’ACF, secondo cui il ricorso può essere presentato all’Arbitro solo quando condivida con il precedente reclamo i medesimi fatti. A tal proposito il Collegio ritiene che, seppur il reclamo trasmesso dall’odierno Ricorrente in data 4 maggio 2018 alla Banca sia stato probabilmente predisposto avvalendosi di uno schema-tipo, esso conteneva sufficienti elementi per

qualificare fatti e doglianze ivi esposti, poi sviluppati nel ricorso oggi in decisione.

Parimenti destituita di fondamento deve ritenersi l'eccezione di inammissibilità del ricorso ex art. 12, comma 2, lett. a), del Regolamento ACF, atteso che il ricorso in esame soddisfa i requisiti di determinatezza richiesti dalla normativa di riferimento, specificando la cosa oggetto della domanda e le ragioni sulle quali la stessa si fonda.

Infine, l'Intermediario eccepisce il proprio difetto di legittimazione passiva, sul presupposto che la Nuova Banca non sarebbe succeduta nell'eventuale debito risarcitorio nei confronti del Ricorrente. Sul punto, valutate le argomentazioni di parte e in ragione del quadro normativo di riferimento, il Collegio esprime l'orientamento di ritenere sussistente, nel caso odierno, la legittimazione passiva della Nuova Banca.

Orienta in tal senso, anzitutto, quanto previsto dal provvedimento della 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 (punto 1.1.: *“Fatto salvo quanto previsto al successivo punto 2, tutti i diritti, le attività e le passività costituenti l'azienda bancaria della banca in risoluzione, ivi compresi i diritti reali sui beni mobili e immobili, i rapporti contrattuali e i giudizi attivi e passivi, incluse le azioni di responsabilità, risarcitorie e di regresso, in essere alla data di efficacia della cessione, sono ceduti, ai sensi degli artt. 43 e 47 del d.lgs. 180/2015, all'ente ponte”*); il successivo punto 2 : *“Restano esclusi dalla cessione... soltanto le passività, diverse dagli strumenti di capitale, come definiti dall'art. 1, lettera ppp) del d.lgs. n. 180/2015, in essere alla data di efficacia della cessione, non computabili nei fondi propri, il cui diritto al rimborso del capitale è contrattualmente subordinato al soddisfacimento di tutti i creditori non subordinati dell'ente in risoluzione”*).

Il combinato disposto di tali previsioni (a partire dalla “regola” generale ivi delineata, sostanziatesi per l’appunto nella cessione di “*tutti i diritti, le attività e le passività costituenti l’azienda bancaria della banca in risoluzione...*”) induce a ritenere che l’obiettivo opportunamente perseguito sia stato quello 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; del che, a ben vedere, appare indice sintomatico anche l’avverbio “soltanto” utilizzato quale *incipit* del punto 2 del provvedimento, laddove è stato definito il perimetro dei rapporti esclusi dalla cessione, così da rimarcare il carattere di eccezionalità e derogatorio della previsione generale.

Così orientandosi, il Collegio non intende certamente affermare che tutti gli azionisti della Vecchia Banca possano vantare, solo per effetto di tale *status*, pretese nei confronti della Nuova Banca. Vale, infatti, quanto previsto dall’art. 47, comma 7, del d.lgs. n. 180/2015, come richiamato al punto 3 del sopracitato provvedimento della Banca d’Italia, ove si dispone chiaramente che “*gli azionisti, i titolari di altre partecipazioni, i creditori della banca in risoluzione e gli altri soggetti i cui diritti, attività e passività non sono oggetto di cessione non possono esercitare pretese sui diritti, sulle attività e sulle passività oggetto della cessione...*”.

Piuttosto, il Collegio ritiene che i clienti della Vecchia Banca, ai quali quest’ultima abbia collocato azioni di propria emissione ponendo in essere comportamenti violativi del quadro normativo di riferimento in materia di prestazione di servizi d’investimento, così come avrebbero potuto avanzare pretese risarcitorie nei confronti della Vecchia Banca (in modo del tutto indipendente dal loro *status* di azionisti e quindi, in ipotesi, anche dopo avere rivenduto le azioni sottoscritte), allo stesso modo non possono non ritenersi legittimati a procedere in tal senso anche nei confronti della Nuova Banca, che – per quanto sopra rilevato – è da ritenersi subentrata, senza soluzioni di continuità, nelle situazioni giuridiche attive e passive

facenti capo alla Vecchia Banca, con la sola eccezione di quelle specificamente escluse, nel cui novero tuttavia non paiono rinvenibili tipologie di rapporti quali quelli oggetto della presente controversia.

Né convince la tesi sostenuta dall'intermediario, secondo cui così ragionando verrebbe frustrato 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.

E', infatti, opinione di questo 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 che non si possano 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.).

2. Così risolte le questioni pregiudiziali poste e passando ora al merito dell'odierna controversia, esaminata la documentazione in atti, ritiene il

Collegio che il ricorso sia meritevole di accoglimento per le ragioni di seguito rappresentate.

In primo luogo, il Ricorrente si duole per le carenze rilevate in fase di profilatura, in particolare contestando la veridicità del questionario MiFID sottoscritto in data 13 dicembre 2012, atteso che dallo stesso emergeva la sua conoscenza di un ampio ventaglio di strumenti finanziari, ivi inclusi *hedge fund* e derivati OTC, il che non appare congruente rispetto alle restanti informazioni ivi rappresentate.

Depongono in tal senso anche le modalità di redazione di detto questionario, condotto con metodo essenzialmente autovalutativo, diversamente da quanto emergente dalla comunicazione ESMA del giugno 2012, laddove è stato chiesto al cliente odierno Ricorrente di valutare egli se aveva sufficiente esperienza per investire in strumenti quali quelli di cui alla presente controversia, mentre sarebbe stato piuttosto dovere dell'intermediario svolgere un ruolo maggiormente proattivo nell'acquisizione delle informazioni, così limitando anche fenomeni di "*overconfidence*" da parte dell'investitore.

Con riferimento, poi, alle doglianze relative alla violazione delle norme in tema di adeguatezza e appropriatezza degli investimenti di che trattasi, a norma dell'art. 9-*bis* del contratto quadro di intermediazione finanziaria in atti, ben emerge che l'odierno Intermediario si era obbligato contrattualmente alla prestazione del servizio di consulenza in abbinamento ai servizi esecutivi, tanto che, ai sensi del comma 2 della succitata disposizione, "*allorquando il cliente impartirà alla banca un ordine di acquisto o sottoscrizione di uno strumento finanziario[...] quest'ultima valuterà preliminarmente se la scelta dell'investimento effettuata dal cliente sia adeguata rispetto al suo profilo*"; valutazione, questa, che risulta essere stata omessa nel caso di specie, come d'altronde indirettamente confermato da parte convenuta in sede deduttiva, laddove ha dichiarato che si era provveduto al tempo ad effettuare la valutazione di appropriatezza.

Criticità emergono, infine, anche con riguardo al set informativo messo a disposizione del cliente al tempo della contestata operatività, non emergendo al riguardo alcun elemento positivamente valutabile in tal senso nel senso auspicato dall'odierno convenuto.

Pertanto, appare conclusivamente fondata la domanda del ricorrente rivolta ad ottenere il risarcimento del danno in misura pari a quanto investito, né nulla si ritiene possa essere rimproverato al ricorrente per non avere egli mitigato il danno, ponendo in essere concrete iniziative funzionali alla cessione dei titoli in suo possesso non appena emersa la reale situazione economica e finanziaria dell'emittente, non potendosi esigere da investitori *retail* con un profilo di esperienza e di competenza del tipo di quello dell'odierno ricorrente al tempo dei fatti l'onere di cogliere i segnali di allarme che gli avrebbero potuto consentire di mitigare il danno, mediante la tempestiva cessione delle azioni in suo possesso.

Pertanto, conclusivamente il Collegio ritiene che il ricorrente abbia diritto al risarcimento di un danno pari alle somme investite e, dunque, per un controvalore pari a € 15.143,74, da rivalutarsi per € 393,64, maggiorata degli interessi legali sino al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto a corrispondere al ricorrente, a titolo di risarcimento danni, la somma di € 15.537,38 comprensiva di rivalutazione monetaria, oltre interessi legali dalla data della presente 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 € 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