



Decisione n. 1338 dell'11 gennaio 2019

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: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta del 28 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2899, dopo aver esaminato la documentazione in atti, 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 dell'adempimento 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 23 successivo in maniera giudicata insoddisfacente, il ricorrente, avvalendosi

dell'assistenza di un difensore, si è rivolta all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, rappresentando in sintesi quanto segue.

Il ricorrente espone di aver acquistato, nell'arco temporale 2011/2013, azioni e obbligazioni convertibili 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 – per un controvalore complessivo che egli quantifica in € 11.739,62, al netto del ristoro ottenuto tramite pronuncia del Collegio Arbitrale ANAC relativamente ad una specifica emissione obbligazionaria subordinata.

Il ricorrente tiene a precisare che oggetto delle doglianze sottoposte all'esame di questo Collegio sono, pertanto, le plurime violazioni da parte del dante causa dell'odierno intermediario convenuto degli obblighi inerenti la prestazione di servizi di investimento relativamente agli investimenti azionari effettuati, dolendosi in particolare del non corretto svolgimento dell'attività di profilatura, nonché, in ogni caso, della non appropriatezza degli strumenti finanziari di che trattasi, e di non aver ricevuto informazioni adeguate a permettergli una consapevole scelta di investimento.

3. La Banca ha, anzitutto, contestato il *petitum* complessivo evidenziando quanto segue: in relazione agli investimenti azionari “*Pre 2011*”, il Ricorrente non allega alcuna documentazione probatoria a supporto della fondatezza della richiesta di Euro 772,50 e al riguardo precisa che l'importo è “*stimato per mancanza di documentazione*”; in relazione all'investimento in obbligazioni subordinate convertibili della Vecchia Banca effettuato in data 24 giugno 2011 sarebbe “*errato*” il controvalore di Euro 10.008,32 indicato dal Ricorrente, “*dal momento che il controvalore dell'investimento ammonta ad Euro 9.676,00, come indicato nella nota informativa concernente il relativo addebito*”; “*l'investimento nelle obbligazioni subordinate ha reso al ricorrente l'importo di Euro 6.858,29, in cedole, importo che deve essere sottratto alla somma richiesta e corretta dalla scrivente*”. Conseguentemente, ad avviso del

convenuto, “*il petitum del presente ricorso deve essere circoscritto alla somma di Euro 3.776,51 ...*”.

In punto di diritto, il resistente eccepisce, *in limine*, l’inammissibilità del ricorso, in quanto il ricorrente non avrebbe fornito alcuna prova della fondatezza delle sue 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, altresì, il proprio difetto di legittimazione rispetto alla domanda articolata dal ricorrente. 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.

Quanto al merito, parte convenuta osserva, per quanto riguarda la valutazione di appropriatezza delle operazioni contestate, che “*non venendo prestato il servizio di consulenza, la [vecchia Banca] le ha realizzate ai sensi dell’art. 42 del regolamento Consob n. 16190/2007. Il comma 1 di questa previsione dispone che l’intermediario sia tenuto a verificare «che il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta» sulla scorta delle informazioni da esso fornite. Nel caso di specie le informazioni utili alla valutazione di appropriatezza si possono ricavare dal profilo di investitore dimostrato in concreto dal ricorrente, in base alla sua operatività in strumenti finanziari, da cui si evince che egli possedeva il livello di esperienza e di conoscenza necessarie per comprendere e porre in essere gli investimenti contestati. Basti rilevare la composizione del suo portafoglio titoli nel tempo, comprendente azioni e obbligazioni di diversi emittenti, anche*

esteri, vivacemente movimentato, con diversi acquisti, vendite e rimborsi ... Detto portafoglio al 30 giugno 2015 aveva un controvalore di Euro 211.456,99". Inoltre, non sussisterebbe "... alcun collegamento causale tra il comportamento tenuto dalla [vecchia Banca] in sede di sottoscrizione degli strumenti finanziari e la perdita subita dal ricorrente, stante il fatto che l'acquisto di detti strumenti finanziari è avvenuto in maniera totalmente consapevole, anche con riguardo al rischio ad essi associato, e la [vecchia Banca] non si è resa inadempiente ad alcuno dei propri obblighi, sia come emittente sia come intermediario. ... Principi che devono trovare applicazione anche nel corso della durata dell'investimento realizzato, non sussistendo in capo all'intermediario un obbligo di informazione continuata circa l'andamento degli strumenti finanziari". Inoltre, la Banca evidenzia che "il danno lamentato dal ricorrente non è stato istantaneo, avendo le azioni di cui viene chiesto il risarcimento subito una diminuzione di valore nel tempo. Basta vedere come al 30 giugno 2014 le azioni acquistate poi azzerate valessero Euro 3.655,84 ..., mentre solo sei mesi dopo il loro valore di realizzo era di Euro 1.941,60 ... Per cui un'eventuale vendita delle stesse avrebbe permesso al ricorrente di minimizzare la perdita subita. E' fuor di dubbio, dunque, che la mancata vendita delle obbligazioni e delle azioni da parte del ricorrente sia stata la vera causa della perdita da esso subita, stante l'andamento del valore delle stesse... il maggior danno subito dal ricorrente non può che essere imputato alla sua colpa grave, dovendo rimanere a suo carico ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. ...".

4. Il Ricorrente nelle deduzioni integrative ha tenuto ad evidenziare che il costo di sottoscrizione delle obbligazioni subordinate convertibili in data 24 giugno 2011 è stato pari ad Euro 10.008,32, nonché rimarcato un asserito di ontoparte nel calcolo delle cedole incassate ("Il resistente collega erroneamente il danno ... ad interessi percepiti che non derivano dal possesso di tali titoli. ... Gli allegati del resistente ... sono relativi a cedole collegate ad altri strumenti finanziari subordinati emessi dalla vecchia banca, collocati al cliente ed unicamente oggetto di Arbitrato presso Anac (con decisione favorevole al [Ricorrente]). Dal calcolo del danno subito dovranno quindi essere dedotte eventualmente solo ed

esclusivamente le cedole ... per un importo totale di euro 838,19”). Egli richiama, altresì, l’attenzione sulle seguenti circostanze: “-Mancata compilazione questionari Mifid cliente –Violazioni massive di corretta informazione al pubblico sulla reale situazione finanziaria della banca – Sottoclassificazione di rischio dei propri strumenti finanziari subordinati emessi –Rendimento atteso obbligazioni subordinate al momento del collocamento pari ad un titolo di Stato di pari durata –Comunicazioni di adeguato investimento (contratto di consulenza) positive fino alla data di commissariamento –Violazione art 9 bis (valutazione di adeguatezza) sia degli investimenti azionari, che dell’investimento in obbligazioni subordinate convertibili”.

Il Ricorrente, infine, in ordine all’asserita carenza di legittimazione passiva della Banca, allega a supporto della propria posizione sentenza del Tribunale di Chieti del 10 gennaio 2018, nonché richiama la Decisione di questo Collegio n. 165 del 9 gennaio 2018.

5. L’Intermediario non ha presentato repliche finali.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale, l’Intermediario eccepisce, anzitutto, l’irricevibilità del ricorso per assenza di un valido reclamo, a suo dire sarebbe generico. Tale eccezione non è tuttavia condivisibile, posto che il reclamo contiene l’indicazione, seppur sintetica, delle contestazioni all’operato dell’Intermediario, poi ribadite nel ricorso introduttivo della presente procedura, nel quale è inoltre formulata espressa richiesta di risarcimento del danno.

2. Quanto all’eccepita invalidità della procura per la presentazione del reclamo, si rileva che tale asserito vizio non è stato oggetto di eccezione alcuna nella risposta al reclamo stesso fornita dall’Intermediario, ma eccepito per la prima volta solo nell’ambito della presente procedura, cosicché il silenzio dell’Intermediario, che non ha sollevato tale questione a tempo debito, non può che aver ingenerato nel cliente il legittimo affidamento circa la validità del reclamo propeedeutico all’introduzione della presente procedura.

3. L’Intermediario, sempre in via pregiudiziale, eccepisce inoltre l’inammissibilità del ricorso, in quanto il Ricorrente non avrebbe adempiuto

all'onere della prova su di esso incombente circa la fondatezza della domanda ed il nesso di causalità esistente tra il comportamento contestato alla vecchia Banca e il danno lamentato. Anche tale rilievo è infondato, in quanto il ricorso espone in modo sufficientemente preciso l'investimento oggetto di contestazione, come ne è prova il fatto che la Banca è stata messa in condizione di svolgere ampie difese.

4. Ancora in via pregiudiziale, l'Intermediario eccepisce poi il proprio difetto di legittimazione passiva. Secondo parte resistente, la nuova Banca – soggetto giuridico nuovo, destinato ad operare quale “ente ponte” (nonché la Banca che l'ha poi incorporata) – non sarebbe legittimata passiva a rispondere delle pretese di azionisti della vecchia Banca. L'Intermediario giunge a questa conclusione dopo una ricostruzione dei fatti e degli atti che hanno portato alla risoluzione della vecchia Banca ed al trasferimento in capo alla nuova Banca di tutte le attività e passività, “*escluse le azioni e le obbligazioni subordinate*” e sulla base della ratio sottesa alla direttiva BRRD.

Riguardo a tale questione il Collegio (v., di recente, Dec. n. 1103 del 20 novembre 2018) si è già espresso 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 nel quadro della procedura di risoluzione della crisi dell'intermediario emittente, 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. Infatti, il provvedimento di cessione dell'attività e passività 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. in questo senso, *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).

5. Passando dunque all'esame del merito, occorre anzitutto rilevare che il Ricorrente ha tra l'altro contestato un'operazione di acquisto di 103 azioni della vecchia Banca "*Pre 2011*" per un controvalore di Euro 772,50 "***Importo stimato per mancanza di documentazione*", nonostante dal rendiconto al 30 giugno 2012 dallo stesso trasmesso risultasse un prezzo di carico di Euro 5,03281 per azione; (aii) non richiamato il ricavato della vendita dei diritti di opzione sull'aumento di capitale 2013, operazione che emerge dal rendiconto al 30 giugno 2013 e dalla nota informativa dallo stesso trasmessi.

L'Intermediario, pe parte sua, ai fini del conteggio dell'importo delle cedole incassate dal Ricorrente, ha trasmesso numerose note informative senza, tuttavia, effettuare una verifica in ordine ai titoli (differenti da quelli oggetto di contestazione) su cui le stesse erano state introitate e del relativo periodo di competenza (la conversione delle obbligazioni è intervenuta nel 2012 e le note informative trasmesse giungono a fine 2015).

In proposito si rileva che:

(a) il Ricorrente non ha in effetti fornito alcuna documentazione utile a individuare – anche temporalmente – l'operazione "*Pre 2011*" contestata, anche se dall'estratto conto titoli al 30 giugno 2011 trasmesso dalla Banca è possibile desumere il prezzo di carico delle n. 100 azioni (5,18380);

(b) relativamente all'acquisto delle obbligazioni subordinate convertibili in data 24 giugno 2011, l'importo di Euro 10.008,32 corrisponde al prezzo di carico delle obbligazioni (103,43362), comprendendo il costo di acquisto in data 9 giugno 2011 dei n. 7.109 diritti necessari – unitamente ai n. 100 diritti ricevuti in opzione dal Ricorrente – per l'acquisto delle obbligazioni per un valore nominale di Euro 9.676,08. L'acquisto di tali diritti è riportato nell'estratto conto titoli al 30 giugno 2011 trasmesso dalla Banca;

(c) l'importo di Euro 6.858,29 in cedole indicato dalla Banca ricomprende anche le cedole percepite sull'ulteriore obbligazione subordinata oggetto del ricorso al Collegio Arbitrale presso l'ANAC;

(d) le cedole percepite sull'obbligazione convertibile subordinata oggetto del presente ricorso – come desumibile dalla documentazione trasmessa dall'Intermediario – risulta pari ad Euro 838,19.

6. Va, altresì, rilevato che né il Ricorrente, né l'Intermediario producono una completa documentazione relativa alla sottoscrizione/acquisto degli strumenti

finanziari della vecchia Banca dalla quale poter verificare il rispetto degli obblighi informativi preventivi e la correttezza delle valutazioni di appropriatezza/adequatezza, e nemmeno i questionari MiFID del Ricorrente, il cui profilo è comunque desumibile dagli estratti conto.

In tale contesto, essendo state contestate violazioni della normativa in materia di prestazione dei servizi di investimento intercorse nell'effettuazione dell'operazione, va tenuto conto che, ai sensi dell'art. 15, comma 2 del Regolamento ACF “*spetta all'intermediario la prova di aver assolto agli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza nei confronti degli investitori*”; prova che non è stata nel caso assolta dall'Intermediario onerato.

7. Inoltre, gli obblighi informativi previsti dalla normativa di settore non risultano essere stati compiutamente assolti dall'intermediario. Infatti, il profilo di rischio degli strumenti emessi dalla Vecchia Banca non è correttamente descritto, in quanto non tiene conto delle loro peculiari caratteristiche; inoltre, esso risulta sottostimato rispetto a titoli subordinati emessi da altri emittenti bancari. E ancora, negli estratti conto titoli non viene mai evidenziata la caratteristica di illiquidità dei titoli emessi dalla Vecchia Banca, informativa invece fornita con riguardo a strumenti finanziari di altri emittenti facenti parte del relativo portafoglio.

8. Stante quanto sopra, l'odierno Ricorrente ha diritto di essere risarcito del danno occorso; danno che egli quantifica “*nella misura corrispondente al prezzo di acquisto degli investimenti in strumenti finanziari della «vecchia banca» ..., azioni per un costo di acquisto di euro 11.739,62*”. Peraltro:

- (i) quantifica in Euro 772,50 il “*Controvalore*” di n. 103 azioni detenute “*Pre 2011*”, senza tener conto che dal rendiconto al 30 giugno 2011 in atti risulta un prezzo di carico per n. 100 azioni di 5,18380 (e le altre tre azioni risultano essere state assegnate gratuitamente nel 2012 a titolo di dividendo) per un controvalore complessivo di Euro 518,38;
- (ii) non tiene conto del conguaglio in denaro (e del residuo frazionario) percepiti nell'ambito della procedura di riscatto delle obbligazioni convertibili subordinate;
- (iii) non considera le operazioni di vendita/acquisto di diritti relativi all'aumento di capitale 2013 effettuate in data 10 giugno 2013;

(iv) non considera il residuo frazionario percepito nell'ambito delle operazioni di raggruppamento delle azioni della vecchia Banca.

Tenendo conto dei suddetti profili, così come emergono dagli atti, il danno va dunque rideterminato in Euro 10.207,54. Da tale importo vanno poi sottratte le cedole percepite sulle obbligazioni convertibili subordinate detenute, come risultanti dalla documentazione trasmessa al riguardo dall'Intermediario, per un controvalore complessivo di € 1.015,98.

9. Va, infine, accolta nel caso in esame l'eccezione dell'odierno Intermediario volta a veder riconosciuto il concorso di colpa del Ricorrente, per non aver questi provveduto a vendere gli strumenti finanziari deprezzatisi nel tempo.

Infatti, come argomentato nella Decisione di questo Collegio n. 1103 del 20 novembre 2018, va riconosciuto il concorso di colpa, tenuto conto della esperienza dell'investitore odierno Ricorrente in materia finanziaria, ben documentata dalla articolata composizione e movimentazione del suo portafoglio in atti, e considerato che *“non può essere trascurata ... la circostanza che le azioni [della vecchia banca] ... erano azioni quotate in borsa, e regolarmente scambiate addirittura sino all'11 febbraio 2015, vale a dire sino al giorno successivo a quello in cui la banca emittente è stata sottoposta, all'esito delle ispezioni compiute dall'Autorità di Vigilanza che ne avevano rilevato il deterioramento dei coefficienti patrimoniali, alla procedura di amministrazione straordinaria ex art. 70 TUB. Tale circostanza, unitamente al fatto che il progressivo deteriorarsi della situazione dell'emittente era ben noto al mercato – gli esiti delle ispezioni dell'Autorità di Vigilanza erano stati resi noti ai sensi dell'art. 114 TUF sin dal mese di novembre del 2014 – comporta, allora, non solo che a un investitore esperto – quale era il ricorrente, come dimostra il suo profilo – non poteva certo sfuggire l'elevato livello di rischio progressivamente assunto, ma anche che egli avrebbe dovuto diligentemente adottare le misure necessarie per ridurre e contenere il danno. Insomma, tenuto conto della particolare esperienza del ricorrente... e del fatto che ... era un emittente quotato, gravato dagli obblighi di informazione continua dei fatti price sensitive, ritiene il Collegio che nel caso di specie possa trovare applicazione il principio, sottolineato dalla Suprema Corte nella sentenza 29 dicembre 2011, n. 29864, ai sensi del quale, in assenza di impedimenti al disinvestimento, qualora il cliente abbia conservato gli*

strumenti finanziari nel proprio patrimonio, pur potendosi rendere conto, con l'uso dell'ordinaria diligenza, del rischio della loro perdita di valore, il danno risarcibile deve corrispondere alla diminuzione del valore del titolo tra il momento dell'acquisto e quello in cui il cliente si è reso conto, o avrebbe potuto rendersi conto, del rischio suddetto. Facendo applicazione di tale principio, pertanto, il danno risarcibile deve essere liquidato nella misura ... pari appunto alla differenza tra ... il capitale investito dal ricorrente nelle azioni di che trattasi e ... la somma che il ricorrente avrebbe potuto realizzare se avesse proceduto alla vendita delle azioni il giorno 11 febbraio 2015, ovvero il giorno successivo alla conoscenza della notizia che l'emittente era stato sottoposto, a causa della perdita dei coefficienti patrimoniali, alla misura della procedura di amministrazione straordinaria”.

Coerentemente con tale orientamento, nel caso di specie va tenuto in conto che le azioni della vecchia Banca sono state, come detto, negoziate fino all'11 febbraio 2015 (compreso), primo giorno dopo la sottoposizione della stessa a procedura di amministrazione straordinaria, e che il prezzo dell'ultimo giorno di negoziazione è stato di Euro 0,583 con volumi di 3,588 milioni di azioni scambiate. Quindi, dall'importo di € 10.207,54 va detratta, a titolo di concorso di colpa, la somma di € 2.904,64 (= 5.008 azioni * 0,58 prezzo unitario per azione dell'ultimo giorno di quotazione) quale somma che il ricorrente avrebbe potuto realizzare se avesse proceduto alla vendita delle azioni il giorno 11 febbraio 2015, ovvero il giorno successivo alla diffusione della notizia che l'emittente era stato sottoposto, a causa della perdita dei coefficienti patrimoniali, alla misura della procedura di amministrazione straordinaria. Vanno altresì detratti € 838,19 quali cedole percepite sui titoli in questione, giungendosi quindi a un importo risarcibile di € 6.464,71 che, debitamente rivalutato trattandosi di debito di valore in quanto di natura risarcitoria, si attesta a complessivi € 6.639,26. Sulla somma rivalutata spettano altresì gli interessi legali dalla data della presente decisione al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in parziale accoglimento del ricorso, dichiara l'odierno Intermediario tenuto a corrispondere, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, la somma rivalutata di € 6.639,26 in favore del Ricorrente, oltre

agli 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