



Decisione n. 177 del 10 gennaio 2018

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente

Cons. Avv. D. Morgante – Membro

Prof.ssa M. Rispoli Farina – Membro

Avv. G. Afferni – Membro

Prof. Avv. F. De Santis – Membro supplente

Relatore: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta del 2 novembre 2017, in relazione al ricorso n. 87, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. I Ricorrenti rappresentano di aver acquistato, tra il giugno 2005 e il marzo 2012, azioni emesse dall'Intermediario (di seguito anche la vecchia Banca), evidenziando in particolare di aver esercitato, in data 22.02.12, il diritto a partecipare all'aumento di capitale "per poi in data 09.03.12 acquistare n. 123 azioni ordinarie al prezzo di € 0,85 cadauna per un controvalore di € 104,55 ed in data 21.3.12 acquistare allo stesso prezzo unitario n. 162 azioni per un controvalore di € 137,70", per un investimento complessivo pari a 1.000 azioni ed un corrispettivo di € 1.123,69.

Sulla base di una ricostruzione degli eventi che hanno portato alla costituzione della nuova Banca a seguito della risoluzione della vecchia – in forza dei quali la nuova Banca è succeduta alla vecchia in tutti i rapporti contrattuali da quest'ultima tenuti con i clienti - i Ricorrenti affermano la legittimazione passiva

della prima a rispondere della lesione dei diritti dei Ricorrenti medesimi, conseguenti alla violazione da parte della *vecchia* Banca degli obblighi contrattuali imposti dalla normativa in materia di prestazione di servizi di investimento.

Nel merito, contestano i Ricorrenti che *“Il consenso dell'investitore si formava sulla base dei consigli in quel momento ricevuti dall'intermediario, concretatisi esclusivamente nel proporre e descrivere l'investimento come sicuro e privo di qualunque rischio di perdita del capitale investito”*. Pertanto, a parere dei Ricorrenti, l'Intermediario *“(che in questo caso era anche l'emittente delle azioni) ha omesso di correttamente informare i clienti/investitori dell'alta rischiosità del prodotto che andavano ad acquistare e della reale situazione economica in cui versava la Banca”* osservando, inoltre, che *“non risulta che l'investitore sia stato informato correttamente circa la non adeguatezza delle specifiche operazioni rispetto al suo profilo di rischio. Si consideri a tal proposito che le azioni, per definizione, sono strumenti finanziari rischiosi che hanno un orizzonte temporale minimo di investimento di 5 anni, adatti ad investitori con profilo di rischio alto”*.

I Ricorrenti lamentano, altresì, l'inadeguatezza di tale investimento rispetto al proprio profilo di rischio e il fatto di essersi determinati all'acquisto sulla base dei consigli ricevuti dalla *vecchia* Banca, nonché delle rassicurazioni ricevute dalla lettura del prospetto informativo pubblicato in occasione dell'aumento di capitale della stessa, effettuato nei primi mesi del 2012. I Ricorrenti, osservano, inoltre, che se correttamente informati non solo non avrebbero comprato azioni nel marzo 2012, ma avrebbero disinvestito anche quelle precedentemente sottoscritte, lamentando altresì l'assenza di un'adeguata profilatura, a loro dire non in linea con il rispettivo profilo di investimento, e di aver mantenuto nel tempo tale partecipazione alla luce delle rassicurazioni ricevute.

Quanto al danno risarcibile, i Ricorrenti chiedono la somma di 1.123,69 euro, corrispondente al controvalore totale delle azioni acquistate fino al 2012.

2. L'Intermediario ha eccepito in via preliminare l'assenza di propria legittimazione passiva, stante quanto previsto dalla Direttiva BRRD e dal d.lgs. n. 180/2015 in tema di risoluzioni bancarie, sottolineando poi che le doglianze dei

Ricorrenti riguardano non tanto la prestazione di servizi di investimento, quanto il rapporto tra emittente e soci. Fornisce poi indicazioni in merito alle informazioni contenute nel prospetto relativo all'aumento di capitale 2012 e afferma che i Ricorrenti avrebbe potuto limitare il danno alienando la loro partecipazione al manifestarsi dei primi segnali negativi.

Quanto al merito della vicenda, l'Intermediario sostiene che *“l'offerta di titoli di nuova emissione rappresenta non un servizio finanziario, ma piuttosto l'adempimento di uno specifico obbligo gravante sull'emittente”* evidenziando, inoltre, di aver segnalato l'inappropriatezza dell'investimento e di ritenere di aver adempiuto ai propri obblighi informativi, sia dal lato passivo, acquisendo tutte le informazioni rilevanti dai Ricorrenti, sia da quello attivo, fornendo adeguata informativa agli stessi. Ciò sarebbe attestato dalla modulistica, trasmessa unitamente alle deduzioni.

L'Intermediario dà poi conto del profilo dei Ricorrenti con particolare riguardo ai loro obiettivi d'investimento e alla loro conoscenza e esperienza in materia, riportando, inoltre, nello specifico i passi della documentazione contrattuale in cui avrebbe adempiuto agli obblighi informativi su di esso gravanti.

In subordine, ha sottolineato che dal danno complessivo *“andrà certamente scomputato anche l'importo conseguito dalla controparte per i dividendi maturati con la detenzione delle azioni di cui si discute, configurando tale incasso quantomeno una forma di “compensatio lucri cum damno”*; dividendi che, tuttavia, ha omesso di quantificare e comprovare.

3. I Ricorrenti hanno replicato alle affermazioni dell'Intermediario in merito a legittimazione passiva, rapporto tra emittente e socio, contenuto del prospetto e obbligo dei medesimi di limitare il danno.

Hanno poi rilevato che l'Intermediario *“non fornisce alcun elemento per dare prova di aver adempiuto correttamente ai propri obblighi informativi, non essendo di certo sufficiente produrre la scheda di adesione all'aumento di capitale firmata... con all'interno inserite alcune clausole (l'essere a conoscenza del conflitto di interesse... titolo a rischio, etc)”* non essendo fornita la prova che il prospetto sia stato effettivamente consegnato e considerato che le dichiarazioni

cui fa riferimento la Banca sono inserite senza alcuna evidenziazione grafica finalizzata a consentirne la consapevolezza delle stesse da parte del firmatario.

Con riferimento alle specifiche operazioni in questione i Ricorrenti sottolineano, poi, che *“assume, invece, grande importanza il fatto che controparte abbia depositato le schede cliente relative agli anni 2005, 2007 e 2008, ma abbia ommesso di produrre la scheda del 4.1.12 (ovvero prima dell’acquisto delle azioni in sede di aumento di capitale del febbraio 2012) da cui risulti un obiettivo di investimento del cliente PRUDENTE con conseguente inadeguatezza dei titoli de quo”*.

Hanno quindi così concluso:

“a) in via principale: accertare la responsabilità della Banca per la violazione degli artt. 94 e segg. del D.lvo 24.2.98 n. 58 ed in particolare per aver predisposto e diffuso un prospetto contenente informazioni non veritiere e incomplete sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sui risultati economici e sulle prospettive dell'emittente azioni;

b) in via subordinata: accertare la responsabilità della Banca per la violazione dei doveri di correttezza, diligenza e di informazione incombenti sull’intermediario finanziario di cui al D.lvo 415/96, degli artt. 21 e 23 del TUF, degli artt. 26, 27,28, 29 e 34 del regolamento Consob 11522/98 come meglio specificato in narrativa, nonché per inadempimento agli obblighi di cui agli artt. 1218, 1337,1338, 1374, 1375, 1175, 1176, 1759 c.c.;

c) per l'effetto, in ogni caso, condannare la Banca, in persona del legale rappresentante pro tempore al risarcimento dei danni subiti... da ragguagliarsi al capitale investito ed alle perdite subite, così come specificato in narrativa, oltre interessi e rivalutazione monetaria a far data dall’ordine di acquisto sino al soddisfo o della somma maggiore o minore si riterrà di giustizia, determinata anche in via equitativa”.

Per quanto concerne la quantificazione del danno, la domanda dei Ricorrenti è volta all’ottenimento di un risarcimento pari a 1.123,69 euro, corrispondente al controvalore totale delle azioni acquistate fino al 2012 compreso.

4. L'Intermediario ha ribadito le eccezioni e difese già svolte, omettendo peraltro di inviare documentazione comprovante eventuali dividendi maturati e liquidati a favore dei Ricorrenti, così concludendo:

- a) in via pregiudiziale: dichiarare il proprio difetto di competenza per tutte le domande riguardanti la violazione della disciplina degli emittenti;
- b) in via preliminare: accertare e dichiarare il difetto di legittimazione passiva sostanziale della *nuova* Banca;
- c) in via principale: rigettare le domande di parte ricorrente, in quanto infondate;
- d) in via subordinata, nel caso di condanna: quantificare il danno ai sensi degli artt. 1223 e 1225 cod. civ., tenendo conto anche di tutto quanto percepito da parte ricorrente in relazione alle azioni di che trattasi, oltre che del suo concorso di colpa, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ.

DIRITTO

I. Il Collegio si sofferma, anzitutto, nella valutazione della questione preliminarmente posta da parte resistente, sostanziandosi nell'eccezione di carenza di legittimazione passiva della Nuova Banca, stante quanto sopra rilevato.

In merito, valutate le argomentazioni di parte e stante il quadro normativo di riferimento, il Collegio esprime l'orientamento di ritenere sussistente, in casi della specie, la legittimazione passiva della Nuova Banca.

Orienta in tal senso, anzitutto, quanto previsto dal 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, eccezione 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, sostanziandosi 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 vuole affermare 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. Quanto all'altra eccezione pregiudizialmente posta da parte resistente, essa merita invece di essere accolta, non essendo questo Collegio competente a pronunciarsi sulla domanda principale dei ricorrenti, fondata sull'allegazione di una responsabilità per carenze informative del prospetto *ex art. 94 TUF*, circoscrivendo l'art. 4, comma 1, del Regolamento n. 19602/2016 l'ambito di operatività dell'ACF alle (sole) controversie *“tra investitori e intermediari relative alla violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del TUF...”*; resta ferma, pertanto, la sua competenza in merito alla domanda dei ricorrenti formulata in via subordinata, quella cioè fondata sull'allegazione di una violazione delle regole di correttezza e trasparenza nella prestazione di un servizio di investimento *ex art. 21 ss. TUF*.

3. 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 fondato, entro i limiti e per le ragioni di seguito rappresentate.

In primo luogo, va rilevato che 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 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.

Ciò essendo, rileva allora il Collegio che dalla documentazione in atti risulta dimostrato che in occasione dell'aumento di capitale del marzo 2012 la Vecchia Banca abbia posto in essere comportamenti violativi dell'art. 21 del TUF, per non avere agito in modo corretto e nel migliore interesse del cliente. Infatti, 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 non sono stati contestati dall'Intermediario, sembrano 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. D'altra parte, 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.

Pertanto, appare fondata la parte della domanda dei Ricorrenti rivolta ad ottenere il risarcimento di quanto investito per effetto dell'acquisto delle azioni dell'Intermediario nel 2012. Infatti, la violazione delle regole di correttezza e trasparenza imputabile alla Vecchia Banca è sufficientemente grave da far ritenere che, qualora i ricorrenti fossero stati correttamente informati della reale situazione economica e finanziaria dell'emittente, essi non avrebbero acquisito tali azioni. 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.

Invece, non appare sufficientemente fondata la parte della domanda dei Ricorrenti rivolta ad ottenere il risarcimento del danno, per un controvalore pari alle azioni in loro possesso già prima dell'aumento di capitale del marzo 2012. A questo proposito, i Ricorrenti allegano che, qualora non fossero stati indotti in errore in occasione dell'aumento di capitale del marzo 2012 sulla reale situazione economica e finanziaria della Vecchia Banca, essi si sarebbero indotto (oltre che a non sottoscrivere le nuove azioni, anche) ad alienare il pacchetto azionario in allora posseduto. Ma l'accoglimento di una tale domanda presupporrebbe l'esistenza di un obbligo di informazione a carico dell'intermediario, non solo in relazione a nuovi investimenti, ma anche in relazione agli investimenti già in essere. Un siffatto obbligo di informazione *ex post* può certamente derivare da particolari caratteristiche dello strumento finanziario collocato al cliente, ovvero discendere dalla tipologia di servizio di investimento prestato dall'intermediario, così come pattiziamente regolato tra le parti; tuttavia, nella specie, non consta la sussistenza dei relativi presupposti, né i Ricorrenti hanno prodotto adeguate evidenze in tal senso, così da potersi configurare un obbligo siffatto di

monitoraggio continuo, a carico dell'Intermediario e nell'interesse del cliente, in pendenza dell'investimento.

Né, rileva infine il Collegio, nulla può essere rimproverato ai Ricorrenti per non avere mitigato il danno ponendo in essere concrete iniziative funzionali alla cessione delle azioni in loro 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 degli odierni ricorrenti al tempo dei fatti l'onere di cogliere i segnali di allarme che avrebbero loro consentito di mitigare il danno, mediante la tempestiva cessione delle azioni in loro possesso. Inoltre, e in ogni caso, non pare ragionevole "compensare" una del tutto ipotetica colpa dei Ricorrente in tal senso con il dolo della Vecchia Banca, che ha come detto fornito una falsa e fuorviante rappresentazione del quadro informativo di riferimento, così irreparabilmente pregiudicando il processo valutativo e di propensione all'investimento da parte dei risparmiatori.

L'insieme delle considerazioni di cui sopra induce, pertanto, conclusivamente il Collegio a ritenere che i Ricorrenti abbiano diritto al risarcimento di un danno pari alla somma investita in azioni emesse dalla Vecchia Banca nel marzo 2012 e, dunque, a € 242,25. Da tale importo nulla può essere scomputato a titolo di dividendi percepiti, in quanto l'Intermediario non ha prodotto documentazione in tal senso, con l'effetto che tale importo va incrementato a € 248,55 per rivalutazione monetaria e interessi dalla data del reclamo, per complessivi € 250,27.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso entro i limiti sopra precisati, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere ai Ricorrenti, a titolo di risarcimento danni, la somma di euro 250,27 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