



Decisione n. 2462 del 14 aprile 2020

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio
composto dai Signori

Dr. 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 6 aprile 2020, in relazione al ricorso n. 3489, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

*I. Parte ricorrente, nel modulo del ricorso e in una memoria separata - nell'ambito di una più ampia operatività posta in essere tra il 2004 e il 2012 su titoli emessi dall'intermediario dei cui servizi d'investimento si avvaleva (la Vecchia Banca), poi posto in risoluzione a novembre 2015 e i cui *asset* sono confluiti in un nuovo soggetto (la Nuova Banca o Ente Ponte), a sua volta successivamente incorporato nell'odierno Resistente – rappresenta, in particolare, che “nell'ambito dell'aumento di capitale sociale nel 2012 è stato indotto - sulla base di informazioni non corrette -*

all'acquisto di ulteriori 8.774 azioni a euro 0,85 cadauna. Tale operazione era stata presentata come tranquilla, senza sostanziali rischi per l'investimento oggetto di risparmio da parte del sottoscrittore e della propria famiglia e teso al rafforzamento dell'istituto di credito", lamentandosi per il fatto che in tale occasione gli sarebbe stata celata la reale situazione dell'Emittente/Intermediario, considerato che nel prospetto informativo relativo a tale operazione non erano contenute informazioni rilevanti, *"tra cui la presenza di una lettera della Banca d'Italia che evidenziava irregolarità della gestione"* e di essere stato oggetto di "pressing" da parte dell'Intermediario, perché aderisse all'offerta *"nonostante la consapevolezza (in capo agli operatori) dell'inadeguatezza dell'investimento"*, con conseguente violazione dell'articolo 94 Tuf e dell'articolo 21 Tuf in quanto, se correttamente informato, egli non avrebbe sottoscritto le azioni di nuova emissione e, anzi, avrebbe ceduto quelle in suo possesso. Il Ricorrente chiede, dunque, di dichiarare l'Intermediario convenuto - legittimato passivo, in quanto cessionario di tutte le situazioni giuridiche attive e passive della *vecchia* Banca – tenuto al risarcimento del danno occorso, in misura pari al complessivo investimento di € 38.948,07.

2. L'Intermediario evidenzia, in primo luogo, che ad eccezione dell'acquisto di 8.774 azioni avvenuto nel 2012, gli altri titoli in possesso del Ricorrente sono conseguenza di operazioni stratificate nel tempo, realizzate tra il 2004 e il 2007 per un totale di 42.931 azioni, con conseguente intervenuta prescrizione di ogni pretesa per tutti gli acquisti antecedenti al 6 novembre 2008 (dieci anni antecedente alla presentazione del reclamo in atti), tenuto conto che il *dies a quo* del termine prescrizione decorre dall'inadempimento contestato. Secondo l'Intermediario *"il petitum dovrà, pertanto, essere limitato alla somma di Euro 7.457,90"*, corrispondente al valore dell'acquisto effettuato dal ricorrente nel 2012, riguardo a cui Parte resistente eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso:

- ai sensi dell'art. 12, c. 2, lett. a), del Regolamento ACF, per non aver Parte ricorrente fornito prova a supporto della fondatezza della domanda e non aver dimostrato il nesso di causalità tra la condotta contestata ed il danno;
- ai sensi dell'art. 12, c. 2, lett. b), del Regolamento ACF, in quanto l'Arbitro non sarebbe competente a conoscere la controversia, trattandosi di sottoscrizione di

prodotti di propria emissione per i quali la Vecchia Banca avrebbe agito in qualità di emittente e non di intermediario;

- l’odierno convenuto sarebbe, inoltre, privo di legittimazione passiva dato che, in base a quanto disposto dal d.lgs 180/2015, deve ritenersi oggetto di cessione dalla vecchia Banca la sola azienda bancaria “*previa depurazione delle passività più rilevanti e riduzione totale del valore tra gli altri strumenti finanziari, delle azioni*”: da ciò discenderebbe l’impossibilità per gli azionisti della vecchia Banca di avanzare pretese nei confronti dell’Intermediario allo scopo di “*non frustrare gli interessi pubblici perseguiti con la procedura di risoluzione, finalizzata a consentire la prosecuzione dell’attività bancaria e finanziaria dell’azienda ceduta*”. In tal senso deporrebbe il dettato della Direttiva 2014/59 (c.d. BRRD), nella parte in cui prevede che gli azionisti e i creditori le cui passività non siano state cedute all’ente-ponte non possono rivalersi nei confronti di quest’ultimo. Sul punto vengono richiamate anche alcune pronunce di merito in cui è stato dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell’Intermediario in giudizi analoghi al presente e una pronuncia del Tar Lazio di rigetto del ricorso proposto da azionisti della vecchia Banca avverso i provvedimenti di risoluzione emanati dalla Banca d’Italia in cui viene enunciata la *ratio* degli istituti propri della procedura di risoluzione, quali la cessione di tutte o parte delle attività e delle passività ed il *bail-in*. Pertanto, ad avviso della Banca, “*l’interesse pubblico a salvare la banca in perdita e garantire la stabilità del sistema bancario, ha prevalso sulla tutela degli investitori, in primis gli azionisti, legittimamente coinvolti nel dissesto della banca su cui hanno investito*”. A riprova di ciò rileva che il legislatore nell’approntare forme di ristoro alternative, non ha attribuito alle “nuove” banche la potestà di intervenire nel procedimento, evincendosi che solo “*la Banca in liquidazione può eventualmente essere ritenuta responsabile per la violazione degli obblighi di cui sopra*”. La legittimazione passiva dell’Intermediario sarebbe, inoltre, da escludersi anche alla luce della normativa ordinaria in materia di cessione di aziende bancarie (art. 58 del D. Lgs. n. 385/1993 (TUB) e dell’art. 2560 c.c.), che prevede che il cessionario dell’azienda risponda solo dei debiti risultanti dai libri contabili obbligatori, come da alcune ordinanze di tribunali.

Nel merito, l'Intermediario adduce i seguenti fatti e argomentazioni:

- in data 20 novembre 2007 il Ricorrente sottoscriveva il questionario Mifid, dal quale emergeva una buona conoscenza degli strumenti finanziari ed una discreta operatività annuale su strumenti finanziari, perseguendo poi la finalità di “... *una decisa ed equilibrata crescita del capitale, con l'assunzione anche di un discreto rischio*”, con l'effetto che il profilo del cliente odierno Ricorrente non poteva ritenersi inadeguato all'investimento in questione;
- attraverso la sottoscrizione delle schede di adesione all'aumento di capitale che rimandavano al contenuto del prospetto informativo, l'Intermediario avrebbe adempiuto al proprio obbligo informativo;
- la sottoscrizione degli strumenti in esame è avvenuta nell'ambito di offerte al pubblico, “*non venendo prestato il servizio di consulenza*”, tanto che la Vecchia Banca, in considerazione del profilo di rischio del cliente, non poteva che valutare appropriato l'investimento, ai sensi dell'art. 42 del regolamento Consob 16190/2007;
- non sarebbe sussistente il nesso causale tra il comportamento tenuto dalla Vecchia Banca in sede di sottoscrizione degli strumenti finanziari e la perdita subita, essendo l'acquisto avvenuto “*in maniera totalmente consapevole, anche con riguardo al rischio ad essi associato*”.

Relativamente al danno, segnala l'Intermediario che lo stesso non è stato istantaneo dal momento che il valore degli strumenti finanziari è diminuito nel tempo, per cui la vendita degli stessi avrebbe permesso al ricorrente di minimizzare fortemente la perdita. Il mancato disinvestimento costituirebbe, pertanto, un comportamento da valutare ai sensi dell'art.1227 c.c.

3. Nelle deduzioni integrative il Ricorrente, nel ribadire le contestazioni già articolate replica, quanto all'incompetenza *ratione materiae*, che è proprio l'articolo 84 del Regolamento Intermediari n. 16190 del 2007 a esplicitare che gli intermediari, anche quando procedono alla vendita in fase di emissione, sono tenuti al rispetto delle regole sulla prestazione dei servizi d'investimento.

Con riferimento all'eccepita intervenuta prescrizione per gran parte degli investimenti in esame, obietta il Ricorrente che il *dies a quo* di decorrenza della stessa sarebbe da individuarsi nella data di verifica del danno, nel caso di specie

da individuarsi dunque nel momento in cui è diventato palese il dissesto dell'emittente intermediario.

Per quanto attiene al difetto di legittimazione passiva del convenuto odierno, il Ricorrente insiste sulla sua sussistenza in forza di quanto previsto dall'articolo 47 del D. lgs. 180/2015, rilevando che non troverebbe applicazione l'articolo 2560 c.c. in caso di cessione di azienda bancaria.

Circa la contestazione relativa alla mancata prova di quanto contestato, ricorda il Ricorrente che le regole del riparto probatorio nella disciplina dell'intermediazione finanziaria pone in capo all'Intermediario l'onere - non assolto nel caso di specie - di dimostrare di essersi comportato in modo corretto. Inoltre, in presenza di un inadempimento, il nesso di causalità, come evidenziato dalla giurisprudenza può essere provato anche in via presuntiva.

Infine, il Ricorrente sostiene che l'intermediario sarebbe stato comunque tenuto ad un obbligo d'informativa sugli strumenti finanziari acquistati anche in corso di rapporto, in virtù del contenuto dell'articolo 21 Tuf, come affermato anche da giurisprudenza che viene richiamata.

4. L'intermediario non ha prodotto repliche finali.

DIRITTO

I. Preliminarmente va acclarata, con riferimento alle operazioni non antecedenti al 2012, l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Intermediario per la asserita violazione dell'articolo 12, lett. a), del Regolamento ACF, per non aver Parte ricorrente dimostrato il nesso di causalità tra la condotta ascritta all'Intermediario ed il danno patito.

In disparte il fatto che tali argomentazioni non sono idonee a configurare profili d'inammissibilità del ricorso, integrando piuttosto questioni di merito, esse non colgono comunque nel segno, essendo nel ricorso esposti in modo sufficientemente preciso le ragioni su cui tale domanda si basa, come comprovato anche dalla circostanza che l'Intermediario è stato posto in condizione di svolgere riguardo ad esse una compiuta difesa.

2. Deve, invece, ritenersi fondata l'eccezione di prescrizione con riferimento agli acquisti antecedenti al 6 novembre 2008 (dieci anni precedenti al reclamo in atti), con l'effetto che il perimetro conoscibile della presente controversia va limitato al solo acquisto posto in essere il 17 febbraio 2012, in occasione dell'aumento di capitale (Al. 5 alle deduzioni).

In proposito, quanto all'argomentazione del Ricorrente secondo cui il termine di decorrenza della prescrizione dovrebbe essere individuato nel momento in cui si è manifestato il danno nella sfera del creditore, tenuto conto che per lungo tempo è stata tenuta celata la reale situazione dell'Emittente, essa non è condivisa da questo Collegio che, in casi analoghi, si è così espresso: *“è irrilevante a questo proposito che il danno di cui si chiede il risarcimento si sia manifestato o sia stato scoperto dal cliente in un momento successivo rispetto all'inadempimento. Infatti, nel nostro ordinamento di norma gli impedimenti di mero fatto (quale la mancata manifestazione del danno o la mancata scoperta del danno) non impediscono il decorso della prescrizione, salvo il caso del dolo della controparte. Peraltro, qualora si ammettesse che la mancata manifestazione del danno o la mancata scoperta del danno impediscono il decorso della prescrizione, la durata della prescrizione sarebbe potenzialmente indefinita e indefinibile”* (decisione ACF 2344 del 23 marzo 2020). Argomentazioni, queste, che vengono confermate anche in questa sede.

3. In tale ambito infondata si rivela l'eccezione, sollevata ai sensi dell'articolo 12, lett. a) del Regolamento ACF, di incompetenza *ratione materiae* dell'ACF, in quanto la Vecchia Banca avrebbe operato solo in qualità di emittente nell'ambito di un'offerta al pubblico e non nella prestazione di un servizio d'investimento; trattasi, infatti, di eccezione già numerose volte esaminata e non accolta dal Collegio, in virtù di un orientamento, oramai consolidatosi, secondo cui *“la circostanza che la Vecchia Banca abbia collocato al Ricorrente azioni di propria emissione [...] 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, specificando altresì che “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 [...]” (ex multis decisione n. 1340 dell’11 gennaio 2019).

4. Infondata è, altresì l’eccezione di difetto di legittimazione passiva dell’odierno convenuto.

Anche tale questione è stata già oggetto di scrutinio da parte del Collegio che, in numerose pronunce (a partire dalla decisione n. 165 del 9 gennaio 2018), ha affermato in simili fattispecie la legittimazione passiva in capo alle banche resesi cessionarie degli Enti Ponte nei procedimenti ACF, vertenti sulla violazione di regole di condotta nella vendita di azioni della *vecchia* Banca.

E ciò in esito all’analisi del quadro normativo e provvedimentale di riferimento, da cui risulta che oggetto di cessione sono state tutte le situazioni giuridiche attive e passive facenti capo alla *vecchia* Banca, eccezion fatta per quelle ivi espressamente escluse, coerentemente con l’obiettivo 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, afferendo ciò *“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 possa 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”* (ex multis Decisione 1189 del 7 dicembre 2018).

5. Va, ritenuta, invece, l'eccezione di incompetenza di questo Collegio circa la contestata violazione dell'articolo 94 Tuf, che non può essere oggetto di scrutinio in questa sede, in quanto l'art. 4, comma 1, del Regolamento n. 19602/2016 circoscrive 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...”* (Decisione 360 del 6 aprile 2018).

6. Venendo, quindi, ora al merito delle violazioni contestate e attinenti alla fase genetica del rapporto, con riferimento all'operazione del 17 febbraio 2012 (cfr. all. 5 alle deduzioni), in atti risulta presente esclusivamente la scheda di adesione all'operazione in cui il sottoscrittore dichiara di aver preso visione del prospetto, mentre nessun'altra informazione utile risulta ricavabile dal modulo. Oltre ciò, è orientamento costante del Collegio quello di ritenere che la mera messa a disposizione dell'investitore del prospetto d'offerta (o il rinvio ad esso), non può ritenersi idonea a far ritenere assolti da parte dell'intermediario gli obblighi d'informazione attiva su di esso gravanti, in quanto tale documento è predisposto dall'Emittente per la generalità degli investitori, precipuamente allo scopo di ridurre le asimmetrie informative. Di contro, gli obblighi informativi dell'intermediario in sede di prestazione dei servizi d'investimento si collocano su un diverso piano funzionale, essendo volti a *“servire al meglio l'interesse del cliente”*, adattando la prestazione erogata alle caratteristiche soggettive di quest'ultimo: ne consegue che l'intermediario è sempre tenuto ad agire con un grado di diligenza superiore, che non può esaurirsi nella messa a disposizione del prospetto informativo predisposto dall'emittente (da ultimo Decisione n. 2324 del 9 marzo 2020).

Inoltre, fermo restando quanto già affermato circa l'incompetenza dell'Arbitro sul contenuto del prospetto, l'informativa fornita dall'Intermediario in occasione dell'aumento di capitale del 2012 è stata già oggetto di scrutinio da parte di questo Collegio (cfr. già la decisione n. 165 del 9 gennaio 2018) che ha rilevato come: *“dal provvedimento della Consob di accertamento della incompletezza del prospetto pubblicato in occasione dell'aumento di capitale del marzo 2012 risulti, non solo che*

la Vecchia Banca abbia intenzionalmente, tramite i suoi esponenti apicali, omissis 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. [...] 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 [...] lascia oggettivamente presumere, con inferenza probabilistica, che il medesimo soggetto, nella sua veste di intermediario, abbia allo stesso modo omissis di fornire corrette informazioni in sede di prestazione di servizi d'investimento a favore della propria clientela afferenti agli stessi titoli" (v., tra le tante, decisione n. 1188 del 7 dicembre 2018).

Quanto, poi, alla valutazione di adeguatezza/appropriatezza, non è dato sapere con quali modalità sia stata trattata l'operazione d'investimento di che trattasi in quanto, nonostante quanto affermato dall'Intermediario sulla non prestazione del servizio di consulenza, egli non ha versato in atti alcun documento da cui poter evincere utili elementi di valutazione in merito, non essendo stato versato in atti neanche il contratto quadro, né copia dell'ordine di acquisto.

In atti, è presente, invece, un questionario Mifid (cfr. all.12 alle deduzioni) il quale, tuttavia, è decisamente risalente nel tempo (2007), né l'Intermediario ha prodotto documentazione relativa al dossier titoli del Ricorrente, da cui poter trarre utili elementi di giudizio circa l'esperienza del cliente.

Ne emerge, in conclusione, che l'intermediario non è stato in grado di provare l'adeguato e corretto assolvimento degli obblighi previsti dalla normativa di settore all'atto dell'investimento.

7. Venendo, ora, al vaglio della doglianza di violazione degli obblighi informativi in corso di rapporto, va evidenziato che questo Collegio ha già avuto modo di affermare,

con riferimento a fattispecie analoghe, che l'esistenza di un siffatto obbligo in capo all'intermediario non può essere desunta, *sic et simpliciter*, dall'art. 21 del TUF. La previsione di un obbligo di informazione post-contrattuale, collocato cioè nella fase esecutiva del rapporto, può sussistere infatti solo nell'ambito di un contratto di gestione di portafogli e di prestazione del servizio di consulenza, laddove previsto nel contratto, trovando in questi casi giustificazione nelle specificità proprie di tali servizi. Detto obbligo deve, invece, escludersi in relazione ad altri servizi d'investimento, nei quali “... *gli obblighi di informazione si esauriscono al momento dell'acquisto dello strumento, senza dunque che sia configurabile un obbligo di aggiornamento dell'informazione circa la situazione del titolo fino a quando l'investimento si mantenga in essere.*” (v., tra le tante, la decisione n. 1275 del 2 gennaio 2019).

Né può sottacersi che nel caso di specie, pur se in astratto la mancanza del contratto quadro non può far escludere che vi fosse un accordo contrattuale tra le parti di monitoraggio dell'andamento degli investimenti in essere, deve rilevarsi che il Ricorrente non ha fatto alcun riferimento a eventuali obblighi negoziali in tal senso, avendo concentrato le proprie doglianze sull'informazione contenuta nel prospetto e fornita in sede di sottoscrizione, rispetto a cui vale quanto già sopra rappresentato circa l'ambito delle competenze di questo Collegio.

8. Stante tutto quanto sopra, Parte ricorrente ha conclusivamente titolo di essere risarcita con riferimento ai danni subiti a cagione del mancato assolvimento degli obblighi di condotta gravanti sull'Intermediario quanto al momento genetico dell'operazione del 17 febbraio 2012. Il relativo risarcimento va quantificato in € 7.457,90; somma che, debitamente rivalutata, trattandosi di importo dovuto a titolo risarcitorio, ammonta a € 7.808,42, su cui sono dovuti gli interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere alla Ricorrente, a titolo risarcitorio, la somma complessiva rivalutata di € 7.808,42, su cui sono dovuti gli 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, utilizzando esclusivamente l'apposito applicativo disponibile accedendo all'area riservata del sito istituzionale www.acf.consob.it, 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