



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 2420 del 3 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 01 aprile 2020, in relazione al ricorso n. 3505, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La Ricorrente, classe 1934, lamenta la violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza nella prestazione del servizio di consulenza da parte dell'Intermediario resistente con riferimento alla sottoscrizione di n. 1.025 azioni emesse dalla Vecchia Banca, in occasione dell'aumento di capitale 2012; operazione di sottoscrizione ritenuta non adeguata e posta in essere in mancanza di adeguate e corrette informazioni.

Contesta, in particolare:

- ❖ di essere stata indotta all'investimento in virtù del quadro informativo fornito al momento dell'aumento di capitale: l'operazione sarebbe stata presentata come investimenti senza sostanziali rischi per il sottoscrittore perché realizzata nell'ambito di una attività di rafforzamento dell'istituto di credito. Inoltre, nonostante la non adeguatezza dell'investimento, l'Intermediario avrebbe “*fatto pressing*” perché la Ricorrente sottoscrivesse l'aumento di capitale;
- ❖ se vi fosse stata una informativa corretta, ella non avrebbe di certo sottoscritto l'aumento di capitale 2012 ma, piuttosto, dismesso i titoli già in suo possesso. Infatti, gli intermediari devono garantire il pieno esercizio del diritto di opzione contemperandolo con i principi di tutela dell'investitore previsti dalla disciplina in materia di servizi di investimento;
- ❖ che l'intermediario, in violazione dell'art. 94 del TUF e venendo meno agli obblighi di trasparenza e correttezza, avrebbe occultato le informazioni relative alla sua reale situazione finanziaria, come dimostrato dal fatto che al giugno 2012 presentava un bilancio positivo per 42 milioni di euro mentre 6 mesi dopo presentava una perdita di circa 500 milioni di euro.

La Ricorrente chiede, quindi, di essere risarcita delle somme corrispondenti al valore di acquisto delle azioni, prima sospese e poi azzerate, per un importo di 1.025,00 euro.

2. In via pregiudiziale, l'Intermediario eccepisce l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 12 comma 2, lett. a), del Regolamento ACF per non avere la ricorrente adempiuto all'onere della prova stabilito a suo carico dall'art. 15 del Regolamento ACF in conformità con l'art. 23 Tuf: tale previsione regolamentare, infatti, non disporrebbe “*un'esenzione dall'onere della prova a beneficio del ricorrente, bensì un'inversione a carico dell'intermediario per quanto concerne la sola dimostrazione della sua diligenza nella prestazione dei servizi di investimento*”. Più specificamente la Banca eccepisce che “*la ricorrente nulla dimostra sia circa l'esistenza e la consistenza [del danno] sia con riguardo alla sua riconducibilità al comportamento della [Vecchia Banca], paventando, in modo del tutto generico, come la [Vecchia Banca] avesse posto in essere presunte violazioni – peraltro del tutto indimostrate –*

degli obblighi di correttezza e completezza informativa e come la condotta dell'intermediario non avesse rispettato i propri obiettivi di investimento”.

Eccepisce, altresì, l'inammissibilità del ricorso per incompetenza *ratione materiae* del Collegio in quanto *“la sottoscrizione di n. 1.025 azioni per il controvalore di Euro 871,25 è avvenuta nell'ambito dell'attività svolta dalla Vecchia Banca ... quale emittente delle stesse, trattandosi di offerta di prodotti finanziari di sua emissione”.*

A parere della Banca, alle operazioni in questione non si applicherebbe la disciplina in materia di prestazione di servizi di investimento, ma quella dell'offerta al pubblico disciplinata nel Titolo II della Parte IV del Tuf.

Eccepisce anche la propria carenza di legittimazione passiva sul presupposto che la nuova Banca non sarebbe succeduta nell'eventuale debito risarcitorio nei confronti della Ricorrente. A questo proposito parte resistente osserva, in primo luogo, che sia la Direttiva 2014/59 (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. Inoltre, il fatto che né gli azionisti, né gli obbligazionisti subordinati possano vantare alcuna pretesa nei confronti della nuova Banca sarebbe confermato dalla circostanza che il legislatore ha previsto la costituzione di un apposito fondo e una speciale procedura arbitrale proprio a fini di indennizzo degli obbligazionisti subordinati che siano stati vittime di scorrettezze nella fase del collocamento di tali titoli, al riguardo richiamando gli impegni assunti dallo Stato italiano in ambito U.E. e alcune pronunce giurisprudenziali.

Inoltre, per l'Intermediario in ogni caso la nuova Banca non sarebbe succeduta nel debito risarcitorio nei confronti della Ricorrente, dal momento che, ai sensi degli artt. 58 TUB e 2560 c.c., in caso di cessione di un'azienda bancaria, il cessionario risponderrebbe 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 della 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.

Nel merito, la Banca osserva che *“considerato che nel portafoglio titoli della ricorrente erano presenti diverse obbligazioni emesse dalla Vecchia Banca ..., nonché dei titoli esteri in YEN..., investimenti tutti mai contestati, anche perché andati a buon fine, evidentemente l'acquisto di un numero così esiguo di azioni non poteva che essere considerato adeguato, ai sensi dell'art. 42, comma 3, del Regolamento CONSOB n. 16190/2007, trattandosi di operazione realizzata al di fuori del servizio di consulenza”*.

L'Intermediario sostiene, inoltre, che la sottoscrizione sarebbe avvenuta *“in maniera totalmente consapevole, anche con riguardo al rischio ad essi associato”*. Per la Banca, dunque, *“non sussiste alcun collegamento causale tra il comportamento tenuto dalla [vecchia Banca] in sede di sottoscrizione delle azioni e la asserita perdita subita dalla ricorrente, stante il fatto che la sottoscrizione di detti strumenti finanziari è avvenuta in maniera totalmente consapevole, anche con riguardo al rischio ad essi associato, rischio certamente conosciuto [dalla Ricorrente], e che 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 dalla ricorrente non è stato istantaneo, avendo, per un verso, la [vecchia Banca] subito diversi declassamenti di rating nel tempo ... e, per altro verso, le azioni di cui viene chiesto il risarcimento subito una diminuzione di valore nel tempo ... E' fuor di dubbio, dunque, che la mancata vendita delle azioni da parte della ricorrente sia stata la vera causa della perdita da questa subita. ... il maggior danno subito dalla ricorrente non può che essere imputato alla sua colpa grave, dovendo rimanere a suo carico ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.”* (Decisione ACF n. 35 del 04/08/2017), ritenendo che la Vecchia Banca abbia operato correttamente al momento dell'esecuzione delle operazioni contestate.

Rileva poi che la Ricorrente, nel quantificare il danno richiesto, non ha tenuto conto dei dividendi percepiti nel maggio 2012 per un importo di 25,83 euro (di cui allega documentazione) ed evidenzia che il controvalore della sottoscrizione dell'aumento di capitale 2012 ammonta a 871,25 euro, come comprovato dalla relativa contabile.

L'Intermediario chiede quindi al Collegio:

“A. in via pregiudiziale, dichiararne l'inammissibilità, ai sensi dell'art. 12, comma 2, lettera a) e b), del Regolamento [ACF];

B. in via preliminare, dichiarare il difetto di legittimazione passiva in capo alla Banca, come è stato ampiamente dimostrato in narrativa;

C. in via principale, nella denegata e non creduta ipotesi in cui codesto spettabile Arbitro ritenga di decidere nel merito: rigettarlo in quanto nessun inadempimento è stato commesso dalla Vecchia Banca ... al momento della realizzazione dell'operazione contestata e nel contempo nessuna responsabilità può essere ascritta alla Banca per l'azzeramento di valore subito dalle azioni, dovendo il danno derivante dalla mancata tempestiva vendita delle stesse essere attribuito esclusivamente alla negligenza della ricorrente;

D. in via subordinata, escludere il diritto a qualsivoglia risarcimento del danno considerando il determinante concorso di colpa dell'investitrice nella produzione dello stesso, fermo restando che, in ogni caso, qualsivoglia decisione al riguardo dovrà essere contenuta entro l'importo di Euro 845,42”.

3. La Ricorrente nelle deduzioni integrative, richiamando quanto già esposto, contesta sia l'eccezione di incompetenza *ratione materiae* sollevata dall'Intermediario sia la presunta carenza di legittimazione passiva invocata dallo stesso.

Sottolineando di avere 85 anni, osserva che l'Intermediario non ha contestato l'induzione all'acquisto, ribadendo di essere stata indotta a sottoscrivere nuove azioni e a conservare quelle già presenti in portafoglio proprio in virtù dei consigli ricevuti e del quadro informativo reso pubblico all'epoca. Nel rilevare che l'Intermediario non ha dato prova di aver correttamente adempiuto agli obblighi esistenti a suo carico, la Ricorrente indica che il danno subito è quello relativo sia alle azioni acquistate in sede di aumento di capitale sia alle azioni che sarebbero state vendute in

caso di una corretta informativa, sostenendo, in merito, che l'Intermediario abbia un obbligo di informazione di tipo continuativo, da prestarsi anche dopo la sottoscrizione di un prodotto finanziario.

4. L'Intermediario non ha depositato repliche finali.

DIRITTO

1. Preliminarmente, in relazione all'eccezione dell'Intermediario di inammissibilità del ricorso sotto vari profili, ai sensi dell'art. 12, lett. a) del Regolamento ACF - indeterminatezza della domanda, fatto discendere dall'asserito inadempimento della Ricorrente all'onere della prova sulla stessa incombente circa la fondatezza delle domande ed il nesso di causalità tra il comportamento contestato alla vecchia Banca e il danno lamentato - si tratta di rilievi inidonei a configurare un profilo d'inammissibilità del ricorso per indeterminatezza dello stesso, potendo semmai integrare, laddove fosse fondato, una questione di merito.

Ad ogni modo, anche a esaminarle nel merito, si tratta di eccezioni infondate, posto anzitutto che il ricorso espone in modo sufficientemente preciso l'investimento oggetto di contestazione, come comprovato anche dalla circostanza che l'Intermediario è stato messo in condizione di svolgere le proprie difese.

2. Infondata è anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 12, lett. b), del Regolamento ACF, dedotta dall'Intermediario per il fatto che la controversia avrebbe ad oggetto attività di offerta al pubblico, materia non ricompresa nell'ambito di competenza dell'ACF. Sul punto si richiama l'orientamento del Collegio per cui *“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” (decisione n. 165 del 09/01/2018).

3. Infondata è poi anche l’eccezione dell’Intermediario di difetto di legittimazione passiva sollevata sull’assunto che, secondo parte resistente, la nuova Banca 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.

Al riguardo, va detto che la questione della legittimazione passiva in capo ai nuovi soggetti costituiti a seguito di procedure di risoluzione di enti creditizi ha già formato oggetto più volte di esame da parte di questo Collegio che, in diverse pronunce ha affermato la legittimazione passiva dei predetti soggetti a stare in giudizio nei procedimenti ACF vertenti sulla violazione di regole di condotta nella vendita di azioni della vecchia Banca.

Nelle suddette decisioni si giunge a tale conclusione in esito all’analisi del provvedimento di Banca d’Italia del 22/11/2015 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. La *ratio* alla base del citato provvedimento è quindi quella 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 tale interpretazione potrebbe frustrare 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. Sul punto, il Collegio ha evidenziato che il provvedimento citato della Banca d'Italia attuativo del d. lgs. n. 180 del 2015 ha riguardo *“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 07/12/2018).

4. Venendo dunque al merito, l'effettività dell'operazione oggetto di ricorso non è contestata tra le parti, e riguarda la sottoscrizione di 1.025 azioni in occasione dell'aumento di capitale 2012, per un controvalore di 871,25 euro.

Con riferimento alla prestazione del servizio di consulenza, si rileva che la mancata produzione del contratto quadro da parte dell'Intermediario non consente di ritenere assolto da parte di quest'ultimo l'onere di provare di non essere a ciò tenuto e di non essersi, dunque, impegnato allo svolgimento della verifica di adeguatezza anche in caso di operazioni disposte a richiesta dei clienti.

Inoltre, si rileva che agli atti non è neanche presente un questionario MiFID precedente l'operazione oggetto di contestazione, cosicché l'Intermediario ha anche omesso di assolvere al proprio onere di dimostrare che l'operazione potesse ritenersi adeguata o quanto meno appropriata al profilo della cliente odierna ricorrente.

Né può tralasciarsi che l'età avanzata della stessa contribuisce a far propendere per considerare l'operazione non appropriata, né tanto meno adeguata al suo profilo.

Parimenti, l'Intermediario non ha assolto al proprio obbligo di versare la documentazione relativa all'investimento oggetto di contestazione, non avendo depositato né il modulo d'ordine dell'operazione né l'informativa eventualmente resa alla cliente prima della stessa.

Pertanto, l'Intermediario non ha assolto, sotto più profili, all'onere di dimostrare di aver adempiuto agli obblighi previsti a suo carico nella prestazione dei servizi di investimento, cosicché la Ricorrente ha conclusivamente diritto ad essere risarcita del danno occorso per 845,42 euro, pari alla differenza tra il capitale investito (871,25 euro) e le cedole percepite (25,83 euro). Tale somma, debitamente rivalutata, trattandosi di importo dovuto a titolo risarcitorio, ammonta quindi a € 877,55, 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 € 877,55, 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, gli atti realizzati al fine di conformarsi alla decisione, ai sensi dell'art. 16, comma 1, utilizzando esclusivamente l'apposito applicativo disponibile accedendo all'area riservata del sito istituzionale www.acf.consob.it, 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