



Decisione n. 1331 dell'11 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 28 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2662, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La ricorrente, con l'assistenza di un difensore, rappresenta di aver sottoscritto azioni emesse dall'Intermediario dei cui servizi di investimento al tempo si avvaleva (di seguito anche la "Vecchia Banca"), poi sottoposto a procedura di risoluzione ex d.lgs. n. 180/2015 nel novembre 2015, lamentando a tal proposito l'inadeguatezza e inappropriatezza dell'investimento complessivamente effettuato rispetto al proprio profilo di rischio, sottolineando che la sua prima profilatura MiFID risalirebbe al 22 maggio 2012, e deduce, altresì, la violazione "*sistematica e stratificata*" 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. Oltre ciò, per effetto della situazione di dissesto in seguito accertata, la Vecchia Banca veniva sottoposta 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 incorporata dall'odierno Resistente. A giudizio della Ricorrente, la Nuova Banca, quale cessionaria dell'azienda, sarebbe succeduta anche nel debito risarcitorio nei suoi confronti, stante che l'azzeramento del valore dei titoli (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 poi azzerate erano state collocate in modo scorretto dall'intermediario/emittente, per effetto del che ella conclusivamente adisce l'ACF chiedendo *“il risarcimento del danno, in favore del ricorrente, con liquidazione nella misura corrispondente al prezzo di acquisto degli investimenti in strumenti finanziari, per un importo di euro 45.794,87 (proquota) oltre a rivalutazione monetaria: euro 44.981,45 (proquota) per costo di acquisto strumenti finanziari; euro 813,42 per danno spese ed interessi su finanziamento collegato; rivalutazione monetaria”*.

2. In via pregiudiziale, l'intermediario 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 un 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 dalla ricorrente fosse generico, non avendo 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.

L'Intermediario eccepisce, altresì, l'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno occorso per tutte le operazioni antecedenti al 3 luglio 2008, atteso che il ricorso di che trattasi è stato proposto in data 3 luglio 2018 e, dunque, quando era ormai decorso il decennale termine di prescrizione di cui all'art. 2946 c.c, per effetto del che la Resistente contesta l'ammontare della somma complessivamente richiesta, sostenendo che l'importo del *petitum* dovrebbe essere limitato alla somma di € 16.374,86.

Tiene a precisare, inoltre, che “*ai fini della determinazione del petitum devono essere considerate le cedole incassate, il conguaglio ricevuto dalla [Ricorrente] in sede di conversione del prestito obbligazionario in azioni e i dividendi accreditati [...] complessivamente l'investimento ha reso... l'importo di €767,09*”.

Quanto al merito, il Resistente fa presente che il profilo di rischio associato all'odierna Ricorrente risultava "*medio*" in ragione delle risposte date in sede di sottoscrizione del questionario MiFID il 17 dicembre 2017, poi elevato a "*medio-alto*" sulla base di quanto dalla stessa dichiarato in occasione dell'aggiornamento della propria profilatura in data 25 maggio 2011, di talché la Resistente asserisce che ciò che induce la Ricorrente a contestare oggi l'investimento "*è unicamente l'avvenuto azzeramento delle azioni, non certo la mancata conoscenza del relativo grado di rischio*".

Ad ogni buon conto, l'Intermediario rileva che la Vecchia Banca ha comunque provveduto a valutare l'appropriatezza dell'investimento di che trattasi, ai sensi dell'art. 42 del regolamento Consob 16190/2007, concludendo che "*la maggior parte degli acquisti realizzati*" non erano appropriati al profilo di parte attorea, con la conseguenza che la Ricorrente "*nonostante le avvertenze ricevute*" ha comunque "*apposto una firma specifica per confermare di voler dare seguito alle operazioni nonostante la valutazione di non appropriatezza delle stesse*".

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 la Ricorrente chiede ora il risarcimento, per effetto dell'intervenuto azzeramento dei titoli della Vecchia Banca, non sarebbe una conseguenza immediata e diretta di tali violazioni, posto che la Ricorrente avrebbe potuto minimizzare fortemente la perdita occorsa provvedendo per tempo alla vendita dei titoli di cui è causa. Pertanto, l'intermediario insiste per il rigetto del ricorso e chiede che il danno eventualmente quantificato sia comunque contenuto entro i limiti sopra delineati, tenendo conto anche del concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 cod. civ dell'odierna Ricorrente.

3. Nelle proprie repliche, la Ricorrente ribadisce nella sostanza quanto affermato in sede di ricorso e segnala, con riferimento all'eccezione di controparte circa l'insussistenza di elementi probatori a supporto delle doglianze formulata in sede di ricorso, che sarebbe stato onere, piuttosto, dell'Intermediario produrre elementi corroboranti le proprie

argomentazioni difensive, in particolare avuto riguardo “*alla mancanza di matching tra la classificazione a fini MiFID del ricorrente ed i prodotti ad alto rischio collocati [...] sulla concentrazione di rischio emittente al 100% [...] sulla sotto – classificazione di rischio delle proprie emissioni di obbligazioni subordinate, sulla mancata comunicazione agli investitori sulla reale situazione finanziaria della banca, rendendo pacifiche e non contestate, le avvenute violazioni degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti*”; ella insiste, inoltre, sulla legittimazione passiva dell’intermediario, sostanziandosi la sua domanda nella richiesta di risarcimento di un danno derivante da comportamenti violativi ascrivibili alla Vecchia Banca in qualità di intermediario che al tempo prestava servizi di investimento nei confronti dei propri clienti.

4. L’Intermediario ha ritenuto di non controreplicare.

DIRITTO

I. 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’odierna Ricorrente 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 sull’ACF, atteso che l’odierno ricorso 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.

Sempre in via pregiudiziale 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.

La Ricorrente si duole, anzitutto, per *“la mancanza di profilazioni ai fini MiFID pre 22/5/2012”* e ne fa conseguire la violazione da parte della Vecchi Banca degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza di cui era onerata in attuazione della normativa di settore. Orbene, dalle evidenze in atti emerge, tuttavia, una profilatura MiFID sottoscritta dall'odierna Ricorrente in data 17 dicembre 2007, da cui risulta essere stata alla stessa assegnato un profilo di rischio *“medio”* e, parimenti, è presente in atti un ulteriore questionario datato 25 maggio

2011, nel quale il profilo di rischio associato a parte attorea diviene “*medio-alto*”, per poi tornare inopinatamente “*medio*” nel questionario datato 22 maggio 2012. Tale non motivato e ondivago profilo di rischio associato all’odierna Ricorrente corrobora le doglianze di parte attorea in ordine al *modus operandi* di controparte, anche in considerazione del fatto che si trattava di cliente privo di particolari conoscenze ed esperienze in materia finanziaria (casalinga, con diploma di scuola secondaria), con “... *un reddito complessivo familiare inferiore a 38mila euro e risparmi da investire da 10 a 50 mila euro*”, il che avrebbe dovuto indurre l’intermediario a riporre la massima attenzione nella profilatura della cliente stessa. Giova evidenziare, a tale proposito, che ai sensi dell’art. 21 del T.U.F., nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento, gli Intermediari sono obbligati ad agire con diligenza, correttezza e trasparenza per soddisfare al meglio gli interessi dei propri clienti, nonché l’integrità del mercato; inoltre, gli stessi sono tenuti ad acquisire le informazioni necessarie per poter altresì operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati, il che presuppone la messa a disposizione dell’investitore di un set informativo parametrato al suo profilo reale; informativa che, nel caso di specie, non risulta essere stata fornita all’odierna Ricorrente.

Con riferimento, poi, alla doglianza relativa all’inadeguatezza delle operazioni d’investimento “*sia per concentrazione rischio emittente illogico (al 98%) che per concentrazione rischio azionario (100%)*”, avanzata con specifico riferimento alle operazioni di collocamento concluse successivamente al 2013, dalla documentazione in atti (v. estratti conto) emerge che il *dossier* titoli della Ricorrente era composto integralmente da titoli emessi dalla Vecchia Banca.

A ciò si aggiunga che la condotta posta in essere dalla Vecchia Banca risulta censurabile anche sotto altro profilo, alla luce della contestualità tra la valutazione di non adeguatezza e la successiva messa in atto dell’operatività, formalmente su iniziativa della cliente e “*al di fuori del servizio di consulenza*”. Sul punto ed in presenza di analogo *modus*

operandi, questo Collegio ha già avuto modo di esprimersi, nei termini di seguito riportati: “*dalla modulistica prodotta emerge, anzitutto, la contestualità delle fasi che hanno portato prima alla verifica di (in)adeguatezza e poi ad impartire l’ordine di esecuzione dell’operazione, senza dunque consentire al cliente di poter disporre di un tempo ancorchè minimale congruo per poter acquisire previamente ed effettivamente le informazioni necessarie per superare in modo consapevole il vincolo di inadeguatezza e, solo in esito a ciò, incaricare eventualmente l’intermediario di dare comunque corso all’operazione. La simultaneità di tali fasi non può che dare il senso di un adempimento solo formale e per nulla funzionale alle esigenze informative concrete ed effettive del cliente degli obblighi facenti capo all’intermediario*” (v., tra le tante, Decisione n. 61 del 3 ottobre 2017).

Pertanto, appare conclusivamente fondata la domanda della Ricorrente rivolta ad ottenere il risarcimento di quanto investito per effetto della sottoscrizione dei titoli di che trattasi, non constando che la Vecchi Banca abbia al tempo operato nel “*migliore interesse del cliente*”. Né, rileva infine il Collegio, nulla può essere rimproverato alla Ricorrente per non avere ella 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 eventuali segnali di allarme e farne conseguire coerenti decisioni.

Per quanto concerne la quantificazione del danno, l’insieme delle considerazioni di cui sopra induce codesto Collegio a ritenere che la ricorrente abbia diritto al risarcimento di un danno pari alle somme investite successivamente al 3 luglio 2008, data opportunamente indicata dall’odierno Intermediario come momento temporale successivamente al quale gli acquisti di strumenti finanziari possono essere considerati risarcibili, essendo per i precedenti da rilevarsi l’intervenuta decorrenza

del termine di prescrizione decennale, e, dunque, per un controvalore pari a €3.206,86.

Nulla può essere detratto a titolo di eventuali cedole incassate in virtù del possesso di obbligazioni convertite successivamente in azioni ovvero a titolo di dividendi, in quanto circostanza che in base alle evidenze in atti risulta sfornita di prova. La somma così determinata deve essere rivalutata (per €222,06) e maggiorata degli interessi legali sino al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto a corrispondere alla ricorrente, a titolo di risarcimento danni, la somma di € 3.428,92 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