



Decisione n. 1046 del 6 novembre 2018

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: Prof. Avv. G. Guizzi

nella seduta del 22 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 1980, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. 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 per non aver sottoposto alla sottoscrizione del cliente i singoli ordini di acquisti di strumenti finanziari e per non aver trasmesso informazioni circa la natura illiquida degli stessi, nonché per la mancata valutazione del carattere non appropriato dell'investimento rispetto al proprio profilo di rischio.

Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.

2. Dopo aver presentato reclamo il 30 gennaio 2018, riscontrato in maniera giudicata insoddisfacente il giorno 5 febbraio successivo, la ricorrente, avvalendosi dell'assistenza di un difensore, si è rivolta all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, rappresentando quanto segue.

La ricorrente - insegnante di lingue in pensione, e che si dichiara priva di competenze in ambito finanziario - espone di essere stata indotta dall'intermediario convenuto all'acquisto e alla sottoscrizione di azioni e obbligazioni convertibili emesse dalla banca che, all'epoca dei fatti, ne deteneva il controllo. In particolare, la ricorrente precisa di aver compiuto diverse operazioni, nel periodo compreso tra il 30 ottobre 2011 e il 1° luglio 2014, arrivando così a investire complessivamente nei detti strumenti finanziari la somma di €190.070,00.

La ricorrente sostiene che l'intermediario avrebbe violato plurime disposizioni di legge e regolamentari disciplinanti la prestazione dei servizi di investimento. In particolare, la ricorrente lamenta: (i) che l'intermediario avrebbe addirittura falsificato la firma apposta sull'ordine di acquisto impartito con la prima operazione di investimento; (ii) il non corretto svolgimento dell'attività di profilatura; (iii) l'omessa rilevazione del carattere non appropriato degli investimenti; (iv) che l'intermediario è stato inadempiente all'obbligo di fornire informazioni sul carattere illiquido degli strumenti finanziari oggetto delle operazioni.

Sulla base di quanto esposto, la ricorrente conclude chiedendo al Collegio, in via principale, previa declaratoria di nullità o comunque annullamento delle operazioni di investimento, di dichiarare il convenuto tenuto alla restituzione del capitale investito, ovvero, in subordine, al risarcimento dei danni sofferti, che quantifica in pari misura.

3. Nel procedimento è intervenuto, in luogo del convenuto, nella dichiarata qualità di suo *outsourcer*, l'intermediario che ne ha, di recente, rilevato il controllo nell'ambito della procedura di liquidazione coatta amministrativa che ha coinvolto la precedente banca capogruppo, emittente dei titoli oggetto delle operazioni di investimento per cui è controversia.

L'interveniente premette, in fatto, una succinta ricostruzione del rapporto tra il convenuto e la ricorrente, precisando che quest'ultima è titolare di 5.062 azioni emesse dalla precedente capogruppo *«rivenienti da diverse operazioni di acquisto, sottoscrizione di prestito obbligazionario convertibile ed adesione all'operazione di aumento di capitale deliberato disposti a partire dall'ottobre 2014»*. L'interveniente sottolinea, altresì, sempre in fatto, che la quantificazione della pretesa *«non tiene conto delle somme incassate negli anni a titolo di dividendi su azioni e cedole maturate sul prestito obbligazionario convertibile, complessivamente pari a €5.895,78»*

L'interveniente eccepisce, quindi, il difetto di legittimazione passiva dell'intermediario convenuto rispetto alla domanda articolata nel ricorso. La tesi dell'interveniente è che anche quest'ultimo beneficerebbe, in definitiva, della previsione speciale dettata dall'art. 3, comma 1, lett. b), del d.l. 99/2017, là dove ha stabilito, nel quadro della procedura di liquidazione coatta amministrativa della banca precedente controllante, che sono escluse dal perimetro degli elementi patrimoniali ceduti all'interveniente (e tra i quali rientra anche la partecipazione al capitale del convenuto) i debiti della banca capogruppo *«nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate»*.

Secondo l'interveniente l'estensione dell'esenzione di responsabilità anche in favore delle banche precedentemente controllate dall'intermediario posto in l.c.a., per pratiche di *misselling* delle azioni e obbligazioni di quest'ultimo, costituirebbe un esito che sarebbe confermato da alcune specifiche previsioni del contratto di cessione. In particolare si afferma che le suddette esclusioni riguarderebbero anche le passività potenziali in capo al convenuto, atteso che l'art. 3.1.1. del contratto di cessione prevede che per *“Attività Incluse e Passività Incluse di [omissis]”* si intendono anche quelle relative alle società partecipate, che siano espressamente incluse nell'insieme aggregato. Tale previsione contrattuale sarebbe, d'altronde, in linea con l'art. 4, commi 4 e 7, del d.l. n. 99/2017, che consente la restituzione/retrocessione alla banca in l.c.a.

di *“attività, passività o rapporti... di società appartenenti ai gruppi bancari delle Banche... con piena liberazione del cessionario retrocedente anche nei confronti dei creditori e dei terzi”*.

4. La ricorrente si è avvalsa della facoltà di presentare deduzioni integrative. Con riferimento all'eccezione di difetto di legittimazione passiva del convenuto, la ricorrente ne deduce l'infondatezza richiamando le precedenti decisioni rese al riguardo dall'ACF.

Per quel che concerne la contestazione della quantificazione della pretesa, la ricorrente sostiene che le cedole e i dividendi non debbano essere detratti, in quanto *«non sono null'altro che interessi (frutto civile) a corrispettivo dell'obbligazione acquistata e che, non essendo state percepite in mala fede, potranno essere trattenute ai sensi degli art. 1148 e 2033 del codice civile»*.

5. L'interveniente si è avvalso della facoltà di presentare memoria di replica. L'interveniente eccepisce l'inammissibilità delle controdeduzioni, affermando che le stesse sarebbero tardive in quanto *“risultano presentate a distanza di 16 giorni dal deposito delle deduzioni”*. In ogni caso insiste per l'accoglimento delle eccezioni di carenza di legittimazione passiva dell'intermediario convenuto e nella richiesta di detrazione delle cedole e dei dividendi, richiamando in proposito quanto statuito in analoghe controversie dalla Cassazione (da ultimo nella sentenza 16 marzo 2018, n. 6664).

DIRITTO

1. Preliminarmente va disattesa l'eccezione di tardività delle deduzioni integrative. Come il Collegio ha già avuto modo in altre occasioni di precisare, il termine di quindici giorni per la loro presentazione decorre, infatti, – ove le controdeduzioni dell'intermediario siano presentate, per così dire anticipatamente rispetto al termine massimo previsto dal Regolamento - non già da quello dell'effettivo deposito delle stesse, bensì da quello di scadenza del termine ultimo a questi assegnato.

2. L'eccezione di difetto di legittimazione passiva del convenuto sollevata dall'interveniente è infondata.

Come ricordato dalla ricorrente, il Collegio si è già espresso sul punto più volte nel senso dell'infondatezza della tesi secondo cui le vicende che hanno interessato il controllo dell'intermediario convenuto, a seguito della messa in liquidazione coatta della banca controllante all'epoca dei fatti di causa, ed emittente le azioni oggetto dell'investimento per cui è controversia, comporterebbero che esso si debba considerare oramai "*estraneo*" al presente procedimento, perché gli eventuali debiti che fossero accertati in relazione alle operazioni di commercializzazione di quei titoli non sarebbero stati interessati dall'operazione di cessione eseguita in favore dell'interveniente, ma sarebbero rimasti in capo alla banca precedente controllante (cfr. le decisioni del 16 novembre n. 107, 111 e 112; decisione n. 163 del 22 dicembre 2017).

Sul tema in particolare il Collegio si è espresso con la decisione n. 398 del 24 aprile 2018, la cui motivazione è da intendersi qui integralmente richiamata, non avendo d'altra parte offerto le controdeduzioni presentate in questo procedimento alcun elemento nuovo che possa dare ragione di mutare l'orientamento ivi espresso.

3. La domanda di risarcimento del danno da inadempimento – che deve essere esaminata in via prioritaria, in ossequio al c.d. "*principio della ragione più liquida*" (cfr. decisione 6 ottobre 2017, n. 72; decisione 14 dicembre 2017, n. 151) - è fondata, e pertanto meritevole di accoglimento.

Al riguardo deve notarsi, preliminarmente, come l'interveniente si sia limitato a una mera difesa in rito, senza nulla dedurre nel merito, né in fatto né in diritto, e poi in particolare senza espressamente contestare la ricostruzione della vicenda così come rappresentata nel ricorso. Come quest'Arbitro ha già avuto, dunque, ripetutamente modo di affermare (cfr. ad esempio decisione n. 348 del 22 marzo 2018; da ultima decisione n. 845 del 20 settembre 2018), tale circostanza consente di applicare nel caso di specie il principio desumibile dall'art. 115, secondo comma, c.p.c., a mente del quale è possibile porre a fondamento della decisione "*i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*".

4. Alla luce del principio sopra affermato, deve pertanto ritenersi provato, appunto in quanto non specificamente contestato, che le operazioni di

investimento siano avvenute nei termini descritti dalla ricorrente, e pertanto in particolare senza la somministrazione delle informazioni sul livello di rischio assunto, atteso il carattere illiquido degli strumenti finanziari.

In conclusione, ritiene il Collegio che la domanda di ristoro formulata dalla ricorrente per il danno sofferto in dipendenza dell'acquisto delle azioni ed obbligazioni convertibili emesse dalla (allora) capogruppo dell'intermediario convenuto deve trovare accoglimento, atteso che il danno sofferto in dipendenza di tali operazioni di investimento si imputa causalmente agli inadempimenti in cui è incorso il convenuto nella prestazione del servizio.

5. Il danno può essere quantificato in misura pari al valore del capitale investito per i predetti acquisti - atteso che con la sottoposizione dell'emittente alla procedura di liquidazione coatta amministrativa può considerarsi pacifico che le azioni (in cui le obbligazioni sono state coattivamente convertite), ancora nel portafoglio del ricorrente, sono oramai del tutto prive di valore - ancorché dovendosi sottrarre da tale importo, in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, la somma di €5.895,78, incassata dalla ricorrente a titolo di cedole e dividendi, trattandosi di un'utilità che è sicuramente una diretta conseguenza del fatto produttivo di danno.

Sotto questo profilo non coglie, dunque, nel segno il ragionamento svolto dalla ricorrente nelle deduzioni integrative. Gli è, infatti, che la previsione dell'art. 2033 c.c., là dove riconosce, in caso di indebito, al percettore di buona fede il diritto di trattenere i frutti percepiti, mentre era sicuramente pertinente rispetto alla domanda principale, non può entrare in gioco rispetto alla domanda subordinata, qui accolta, dove si tratta di neutralizzare gli effetti dannosi dell'inadempimento, e dove allora, nella quantificazione del risarcimento, debbono essere necessariamente considerate in detrazione, appunto nella richiamata logica della *compensatio*, le utilità percepite dalla ricorrente.

Il danno può, dunque, essere liquidato in complessivi €184.172,22. Trattandosi di somma dovuta a titolo risarcitorio, e dunque di un debito di valore, a tale importo deve aggiungersi l'ulteriore somma di €6.144,06 a titolo di rivalutazione monetaria.

PQM

In accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario convenuto tenuto a corrispondere alla ricorrente la somma complessiva di € 190.316,28 per i titoli di cui in narrativa, oltre interessi dalla data della decisione fino al soddisfo, e fissa il termine per l'esecuzione in trenta giorni dalla ricezione della medesima.

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 € 600,00, 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