



Decisione n. 1073 del 9 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. G. Guizzi - Membro
Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta del 22 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 2581, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La Ricorrente, insegnante di matematica e “*semplice risparmiatrice priva di qualsivoglia esperienza in materia finanziaria*”, rappresenta:

- di aver sottoscritto, tra il 2012 e il 2014, n. 2.516 azioni emesse dall’allora Banca controllante l’Intermediario dei cui servizi d’investimento si avvaleva, per un controvalore complessivo di € 94.964,00;
- di essere stata indotta ad operare in tal senso “*dal funzionario Gestore dell’Agenzia [...] sul presupposto che queste azioni fossero sicurissime come le obbligazioni di cui [...] era già intestataria e che avrebbe potuto così*

beneficiare anche delle agevolazioni sul conto corrente che la Banca riservava ai soci”;

- di aver fatto completo affidamento sulle rassicurazioni ricevute, in merito al basso rischio e alla pronta liquidabilità del titolo, stante il rapporto di fiducia al tempo in essere;
- che la compilazione del questionario di profilatura MiFID “...sarebbe il frutto di un’iniziativa non condivisa con la cliente al dettaglio da parte del personale della banca” e che “appare in palese contraddizione con il profilo di investitrice senza alcuna conoscenza ed esperienza in ambito finanziario, con obiettivi misurati esclusivamente alla crescita nel lungo termine del capitale investito [...] profilata come **2 - conoscenza media** con la vendita di un prodotto come le azioni de quo di una banca non quotata cioè un prodotto altamente rischioso adatto ad un cliente con un profilo di rischio completamente diverso da quello del ricorrente. Un prodotto finanziario, quindi, completamente **inadeguato** al profilo di rischio...” della Ricorrente, da ciò conseguendo la contestazione circa la violazione da parte del Resistente degli obblighi comportamentali e, in particolare, informativi disposti dal T.U.F. (in particolare art. 21 e ss.) e dalla normativa regolamentare *medio tempore* applicabile, in specie con riguardo:
 - all’omessa informativa sul grado di rischio connesso alla specifica operazione di investimento proposta. La Ricorrente sottolinea, al riguardo, come “all’epoca della negoziazione dei titoli, l’odierna convenuta era a conoscenza del fatto che l’investimento in questi titoli presentava evidenti elementi di rischiosità, che avrebbero certamente reso problematico il rimborso. [...] La Banca non ha comunicato al cliente, come invece avrebbe dovuto, in ottemperanza alle proprie obbligazioni, che il rischio riguardava la possibilità, le modalità ed i tempi di restituzione del capitale impiegato”. L’illiquidità del titolo avrebbe dovuto essere opportunamente segnalata dalla Banca come previsto dalle specifiche “Misure di trasparenza” contenute nella Comunicazione Consob del 2 marzo 2009, n. 9019104.

- al dovere dell'intermediario di astenersi dall'esecuzione di un'operazione di acquisto inadeguata rispetto al profilo del cliente, al riguardo evidenziando che la Banca avrebbe dovuto rifiutarsi ***“di eseguire l'ordine di acquisto in quanto palesemente inadeguato rispetto alle esigenze e alle caratteristiche del risparmiatore che fino a quel momento aveva sempre investito i suoi risparmi in prodotti assolutamente prudenti ed a basso rischio”***, non potendosi reputare sufficiente, ai fini dell'esonero dell'Intermediario dalla responsabilità in cui essa incorre per aver eseguito un ordine inadeguato, la semplice conferma scritta del cliente; quest'ultima, infatti, non può supplire ad un difetto di attività informativa poiché solo in presenza di un preciso riscontro quanto all'adempimento dell'obbligo informativo, la scelta dell'interessato di dare corso all'operazione finanziaria – di cui emersa l'inadeguatezza – risulta libera e consapevole (cfr. *ex multis* Cassazione n. 24285/2016 e Decisione ACF n. 107 del 16 novembre 2017).

Domanda, quindi, il risarcimento dei danni patiti, quantificati in € 94.964,00, o la somma *“diversa che verrà ritenuta di giustizia, oltre agli interessi legali dalla data di acquisto dei titoli ad oggi”*, aggiungendo di aver presentato, in data 3 agosto 2017, domanda di insinuazione al passivo della procedura di liquidazione coatta amministrativa della Banca capogruppo.

2. Nelle sue deduzioni difensive, parte resistente ha osservato, in via preliminare, che la Ricorrente non avrebbe, a suo dire, fornito prova della sottoscrizione delle azioni di che trattasi e, in proposito, evidenzia anche la discrasia tra la somma indicata dalla Ricorrente nella domanda di ammissione al passivo della procedura di liquidazione coatta amministrativa dell'allora Banca capogruppo (€ 47.300,00) e l'odierna richiesta risarcitoria (€ 94.964,00).

In secondo luogo, l'Intermediario ha eccepito l'inammissibilità del ricorso giacché avente ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse, al tempo dei fatti, dalla Banca controllante, poi posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del D.L. n. 99/2017. Alla luce delle previsioni di tale D.L. e dei contenuti del *“Contratto di cessione di azienda”*, sottoscritto il 26 giugno

2017 tra la Banca cessionaria e la Banca capogruppo ora in l.c.a., soltanto a quest'ultima sarebbero, a suo avviso, imputabili eventuali comportamenti violativi accertati dall'ACF in questa sede.

Ha infine richiamato l'ordinanza Tribunale di Foggia del 16 maggio 2018 ove si conclude che *“a seguito dell'entrata in vigore della succitata normativa (cdr d.l. n. 99/2017), disciplinante la cessione dell'azienda, dei beni, dei diritti e dei rapporti giuridici non possa ravvisarsi la legittimazione passiva (... della Banca ...) – collocante sul mercato titoli riferibili (... alla Banca capogruppo ora in l.c.a. ...)”*.

3. Nelle proprie deduzioni integrative, la Ricorrente replica all'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva formulata dalla parte resistente sostenendone l'infondatezza, in quanto, come affermato anche dalla giurisprudenza di merito, il perimetro delle passività escluse dalla cessione non ricomprende quelle delle controllate della banca posta in liquidazione, poiché si tratta di autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta né pende alcuna procedura e che quindi sono legittimati passivamente rispetto alle domande fondate sulla violazione della disciplina regolante l'attività di intermediazione finanziaria, a tal fine richiamando l'orientamento di questo Collegio (*ex multis* Decisione n. 107 del 16 novembre 2017). La Ricorrente ha concluso evidenziando che controparte non avrebbe comunque fornito alcuna prova del corretto adempimento degli obblighi *ex art. 21* del T.U.F. e regolamenti attuativi, restando dunque incontestate le proprie doglianze.

4. L'Intermediario ha presentato repliche finali, ribadendo la propria estraneità rispetto all'oggetto dell'odierno ricorso, a suo dire confermata non solo dalle previsioni del *“Contratto di cessione di azienda”*, sottoscritto il 26 giugno 2017, ma anche da successivi atti contrattuali, intercorsi tra le parti, confermativi delle previsioni già contenute nel contratto di cessione.

DIRITTO

I. In via preliminare va respinta l'eccezione sollevata dall'Intermediario relativa alla carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la vecchia banca controllante, vicende dalle quali deriverebbe la propria estraneità al presente procedimento e, dunque, l'inammissibilità del ricorso. Ciò alla luce della previsione speciale dettata dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 99/2017 che ha stabilito la cessione dell'azienda, a cura dei commissari liquidatori *“dei suoi singoli rami, nonché di beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, ovvero attività e passività, anche parziali o per una quota di ciascuna di esse, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi”* al cessionario individuato con cui la Banca ora in l.c.a. ha stipulato in data 26.6.2017 il contratto di cessione di azienda: tale esclusione troverebbe conferma anche in alcune specifiche previsioni del contratto di cessione.

Questo Collegio si è espresso sull'argomento in numerose decisioni (tra queste, n. 107, 111 e 112 del 16 novembre 2017, n. 163 del 22 dicembre 2017 e n. 309 del 2 marzo 2018) nel senso di non condividere la ricostruzione del contesto normativo di riferimento introdotta da parte resistente. Ciò in quanto, se è vero che il d.l. n. 99/2017 si preoccupa di disciplinare l'avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa delle due banche ivi indicate, una delle quali è appunto quella che all'epoca dei fatti controllava l'odierna parte resistente, in deroga all'ordinaria disciplina della l.c.a. prevista dal TUB, tuttavia, *“vero è anche che l'art. 3, comma 1, lett. b), del detto decreto legge testualmente delinea il perimetro delle passività escluse con unico riferimento a quelle afferenti alle due banche poste in l.c.a., senza estenderlo a ricomprendere anche quelle delle loro controllate, che sono d'altronde autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta, né pende alcuna procedura”*. Il punto di partenza del percorso interpretativo seguito nelle citate decisioni è che l'intermediario resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale e i suoi *asset* non hanno formato oggetto di trasferimento: ciò che è stato trasferito è solo il controllo dell'Intermediario, odierno resistente, dalla Banca in l.c.a. al soggetto cessionario. Pertanto, la cessione non incide né sul rapporto “processuale” - che resta tra il Ricorrente e parte resistente - né sulla titolarità dell'obbligazione che dovesse

risultare accertata, all'esito del procedimento innanzi all'ACF, a carico di quest'ultima per le vicende controverse, appunto perché l'art. 3, comma 1, lett. b), del predetto decreto-legge non può testualmente riferirsi ad esse. Il Collegio ha, altresì, sottolineato nelle medesime circostanze che un'interpretazione estensiva della predetta norma, oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, sarebbe *“eversiva del sistema e gravemente sospetta d'incostituzionalità”*, in quanto essa *“postulerebbe che il decreto legge abbia sostanzialmente disposto la cessione di un debito (sia pure litigioso) che gravava sul resistente in favore della banca che all'epoca dei fatti la controllava, in contrasto così con il principio comune del diritto delle obbligazioni che non consente la cessione di un debito senza il consenso del creditore”*. Ne deriva che la disciplina del d.l. 99/2017 non può essere letta come volta a esonerare parte resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora capogruppo.

Quanto, infine, all'argomento relativo agli accordi ricognitivi, successivi al contratto di cessione (volti a porre rimedio ad alcuni problemi interpretativi sorti in relazione all'esecuzione del contratto di cessione degli *asset* in favore dell'interveniente), si osserva che la previsione contrattuale per cui sono *“ricompresi tra i Contenziosi Esclusi anche quelli instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso [omissis] per la sottoscrizione o l'acquisto o la commercializzazione di azioni o di obbligazioni convertibili e/o subordinate di ciascuna delle due Banche in LCA”* non può significare altro - in coerenza con il su richiamato principio generale che impedisce di immaginare, pena altrimenti l'illegittimità costituzionale della previsione che la consenta, l'esistenza di un contratto di accollo che possa produrre effetti pregiudizievoli a danno di terzi ad esso estranei - che la procedura di liquidazione coatta della precedente capogruppo ha inteso riconoscere, a favore dell'intermediario interveniente che ha rilevato il controllo del resistente, di essersi sì accollata debiti risarcitori che gravano quest'ultimo per fatti commessi nel collocamento delle azioni quando era ancora sotto il suo controllo, ma con un accollo che opera sempre e solo come un accollo interno, e che poi, in ogni caso, non può far venire meno (pena altrimenti la abnormità della soluzione per le

ragioni già dette) la responsabilità della resistente nei confronti dei propri clienti (cfr. Decisione n. 398 del 24 aprile 2018).

2. Venendo ora al merito, va anzitutto rilevato che parte resistente non ha introdotto argomentazioni difensive al riguardo e non ha, di conseguenza, assolto l'onere probatorio che su di essa incombe per il principio di cd. vicinanza alla prova (art. 15, comma 2, del Regolamento ACF). Sul punto questo Collegio ha avuto modo di affrontare la questione relativamente al caso, come il presente, in cui l'Intermediario si era costituito depositando una memoria con cui si chiedeva solo l'improcedibilità del ricorso, ivi affermando la possibilità *“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»”* (cfr., tra le tante, Decisioni del 22 marzo 2018, n. 348 e 349). Nelle medesime decisioni il Collegio ha ritenuto, tra l'altro, ciò *“coerente con i principi che reggono e governano la distribuzione degli oneri di allegazione e prova, rispettivamente del cliente e dell'intermediario, nelle controversie concernenti la corretta prestazione dei servizi di investimento come disciplinati dall'art. 23 TUF. La circostanza che in tali controversie il ricorrente possa limitarsi ad allegare l'inadempimento agli obblighi inerenti la corretta esecuzione del servizio, e che grava l'intermediario della prova contraria, si traduce, infatti, in un onere difensivo più stringente per quest'ultimo; un onere che, anzi, si rafforza nel contesto del procedimento avanti l'ACF, ai sensi del disposto dell'art. 11, comma quarto, Regolamento 19602/2016, che appunto sancisce che «l'intermediario trasmette all'Arbitro le proprie deduzioni, corredate di tutta la documentazione afferente al rapporto controverso», così gravandolo di un ulteriore onere, che potrebbe dirsi di cooperazione, questa volta diretto verso l'Arbitro, e che è previsto al fine di consentire un efficace ed efficiente funzionamento del sistema”*.

3. Fermo restando che, quanto testè rilevato, già consente di orientarsi nel senso dell'accoglimento del ricorso in esame, è opportuno altresì evidenziare che dalla documentazione agli atti emerge comunque l'omissione da parte dell'odierno

resistente degli obblighi comportamentali, anzitutto informativi, in merito alle caratteristiche dell'investimento. In proposito, in atti sono presenti due Schede di adesione, del 4 gennaio 2013 e del 30 giugno 2014, da cui risulta che la Ricorrente ha reso apposita dichiarazione di aver preso visione del Prospetto d'Offerta depositato. A questo riguardo, va evidenziato tuttavia come una siffatta dichiarazione, prestampata, non può ritenersi esaustiva dell'intera gamma degli obblighi informativi previsti dalla normativa di settore, soprattutto allorquando trattasi di titoli contrassegnati anche da illiquidità, stanti le psecifiche previsioni in merito previste dalla comunicazione Consob del marzo 2009 (cfr. *ex multis* Decisione n. 807 del 30 agosto 2018).

Incongruenze con riguardo all'operato dell'Intermediario emergono anche con riguardo alle valutazioni di adeguatezza delle operazioni concluse rispetto al profilo della cliente, stanti i contenuti dei questionari MiFID, del 1° agosto 2011 e del 21 giugno 2012, in particolare con riferimento al grado di conoscenza ed esperienza finanziaria della cliente stessa.

Criticamente valutabile in questa sede è anche l'operato dell'Intermediario con riguardo all'operazione di acquisto del 24 luglio 2013 di n. 200 azioni, laddove il preordine contiene il *test* di adeguatezza, eseguito alle 11:43 con esito negativo e l'informativa resa alla cliente reca l'indicazione dell'inadeguatezza per il superamento del limite di concentrazione; alle 11:53 (a distanza, dunque, di soli dieci minuti), tuttavia, viene eseguito il *test* di appropriatezza con l'esplicitazione che l'operazione è eseguita su iniziativa della cliente. Per l'acquisto del 23 ottobre 2014, di n. 600 azioni, risulta eseguito il *test* di adeguatezza alle ore 12.36, con esito negativo; l'informativa resa alla cliente reca l'indicazione dell'inadeguatezza per il superamento del limite di concentrazione ed è riportata l'apposita avvertenza: *“La Banca sconsiglia l'esecuzione dell'operazione in quanto non adeguata al profilo del cliente”*. Risulta evidente che trattasi di *modus operandi* sostanzialmente elusivo dei vincoli normativi funzionali alla tutela effettiva del cliente ed essenzialmente strumentale al perseguimento di finalità proprie dell'Intermediario, rivelandosi dunque senz'altro censurabile sotto il profilo della

violazione delle regole di correttezza, (v., *amplius*, Decisione n. 61 del 3 ottobre 2017 e numerose altre successive).

4. Ritenute dunque accertate la fattispecie violative ascritte all'odierno Resistente e passando alla quantificazione del danno occorso, le evidenze in atti confermano l'effettività degli investimenti in esame e, dunque, per complessivi € 93.929,00. A tale controvalore è necessario aggiungere quello delle n. 23 obbligazioni convertibili di cui all'operazione del 4 gennaio 2013 (€ 1.035,00). Si addivene, così, a un controvalore complessivo di € 94.964,00, corrispondente all'importo richiesto dalla Ricorrente, che le va pertanto risarcito, avendo i titoli di che trattasi perduto oramai ogni valore, debitamente rivalutato trattandosi di importi dovuti a titolo risarcitorio (€ 97.255,37), e con l'aggiunta degli interessi legali dalla data della decisione sino al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere alla Ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, la somma di euro 97.255,37, oltre agli interessi legali sulla somma così rivalutata, 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 € 500,00, 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

