



Decisione n. 1131 del 26 novembre 2018

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
Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof.ssa M. Rispoli Farina

nella seduta del 22 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 2626, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente rappresenta di aver acquistato, tra il 2010 e il 2014, azioni emesse dalla banca all'epoca dei fatti controllante l'odierno Resistente (di seguito "la Vecchia Capogruppo"), per un controvalore complessivo pari a € 31.304,00 e riferisce di essere stato consigliato all'acquisto "*dal funzionario ... che aveva proposto l'investimento come sicuro in quanto al riparo dalle oscillazioni di mercato per il fatto che la banca emittente e al tempo capogruppo non era una società quotata e, quindi, si trattava di investimento solido*". Al riguardo, egli lamenta la violazione degli obblighi comportamentali e informativi di cui al

T.U.F. e alla normativa regolamentare al tempo applicabile, specie avuto riguardo alla natura illiquida dei titoli di che trattasi. Il Ricorrente riferisce altresì che l'Intermediario avrebbe dovuto astenersi dall'esecuzione dell'operatività per cui è causa, in quanto *“palesamente inadeguat[a] rispetto alle esigenze e alle caratteristiche di un risparmiatore che fino a quel momento aveva sempre investito i suoi risparmi in prodotti assolutamente prudenti ed a basso rischio”*, per effetto del che egli adisce l'ACF chiedendo declaratoria di nullità/annullamento di tutte le operazioni effettuate, oltre al risarcimento a favore del Ricorrente del danno occorso in ragione di € 31.304,00, più interessi legali.

2. La Resistente ha innanzitutto eccepito l'inammissibilità sopravvenuta del ricorso per carenza di legittimazione passiva, avendo lo stesso ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse al tempo dei fatti dalla Banca Capogruppo, posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017, alla quale sarebbero quindi da imputarsi gli eventuali debiti accertati. Parte Resistente, infatti, ha eccepito, in sede deduttiva, che il ricorso ha a oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse dalla banca all'epoca dei fatti controllante l'odierno Intermediario, ora posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017, e ha precisato che l'art. 3, primo comma, del predetto decreto ha stabilito la cessione dell'*“azienda, dei suoi singoli rami, nonché 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 soggetto individuato ai sensi del terzo comma del medesimo articolo. L'Intermediario ha proseguito evidenziando che il cessionario è stato individuato in una banca terza con cui la Vecchia Capogruppo ha stipulato, in data 26 giugno 2017, il contratto di cessione nell'ambito del quale è stato previsto il trasferimento in capo al cessionario della partecipazione dell'allora capogruppo nell'odierno Intermediario in quanto *asset* compreso nell'*“Insieme Aggregato”* e che, ai fini della corretta individuazione del perimetro oggetto di cessione, il medesimo d.l. n. 99/2017 opera un rinvio al contratto di cessione, all'art. 2, comma 1, lett. c), ai sensi del quale *“i commissari liquidatori procedono alla cessione di cui all'articolo 3 in conformità all'offerta*

vincolante formulata dal cessionario individuato ai sensi dell'articolo 3, comma 3”, per effetto del che dal perimetro della cessione sarebbero, a detta della Resistente, escluse responsabilità inerenti alla fattispecie oggetto del presente ricorso nonché le passività potenziali in capo alla Resistente, posto che l’art. 3.1.1 del contratto di cessione prevede che *“per Attività Incluse e passività Incluse [...] si intendono anche quelle relative alle partecipate che siano espressamente incluse nell’Insieme Aggregato”*. Oltre ciò, la Banca ha ritenuto di sottolineare che le operazioni di commercializzazione oggetto di contestazione sono state poste in essere in esecuzione delle politiche di vendita definite dall’allora Capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo. Nel merito dei fatti per cui è sorta controversia, è stato solo puntualizzato che la materia del contendere ha ad oggetto n. 849 azioni emesse dalla banca che all’epoca dei fatti controllava l’odierno Intermediario.

3. Il Ricorrente ha tenuto a replicare, rigettando le considerazioni della Resistente in ragione del fatto che il d.l. n. 99/2017, all’art. 3, *“ha evidentemente inteso riferirsi alle due banche oggetto dell’intervento normativo e solo ad esse, non anche dunque a soggetti terzi, ancorchè facenti parte al tempo dei rispettivi gruppi societari”*, dovendosi ritenere oramai pacificamente acquisita la *“legittimazione passiva dell’odierna resistente in quanto ... non è interessata da alcuna procedura concorsuale e i suoi asset non hanno formato oggetto di trasferimento”*, atteso che ciò che è stato trasferito è solo il controllo dell’odierno Intermediario e una tale cessione non incide sul rapporto “processuale” sussistente tra ricorrente e resistente.

4. La Resistente nelle proprie repliche ha nuovamente ricostruito il quadro pattizio di riferimento e ha tenuto a richiamare anche il Secondo Atto Ricognitivo del Contratto di Cessione, sottoscritto in data 17 gennaio 2018, ove nel richiamare gli artt. 3.1.1 e 3.1.4 del Contratto di Cessione (cfr. supra) si ribadisce che sono *“ricompresi tra i Contenziosi Esclusi anche quelli instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso ... [l’Intermediario] ... per la sottoscrizione o l’acquisto o la commercializzazione di azioni o di obbligazioni convertibili e/o subordinate”* emesse dalla Vecchia Capogruppo.

DIRITTO

I. Va rilevata, anzitutto, l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Intermediario, per effetto del varo del d.l. n. 99/2017. Trattasi, invero, di questione affrontata da questo Collegio in plurime occasioni, laddove ha avuto modo di esprimersi nei termini di seguito richiamati: “vero è che il d.l. n. 99/2017 si preoccupa di disciplinare l'avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa di due banche, una delle quali è appunto quella che all'epoca dei fatti controllava il resistente, in deroga all'ordinaria disciplina della l.c.a. prevista dal TUB, e parimenti vero è che... il decreto legge detta alcune disposizioni volte ad escludere che determinate passività che possono riguardare le due banche sottoposte alla l.c.a. ... possano gravare il soggetto (l'intermediario interveniente) che si rende acquirente delle rispettive aziende bancarie. E tuttavia, se ciò è vero, 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 ... Né, d'altra parte, sembra al Collegio che si possa provare a prospettare un'interpretazione estensiva della norma de qua. Oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, un'eventuale interpretazione della norma nel senso prospettato dall'intermediario interveniente sarebbe francamente eversiva del sistema ... in quanto essa nella sostanza 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. In conclusione sembra al Collegio che la disciplina del d.l. 99/2017 non possa essere in alcun modo letta come volta a esonerare il resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora capogruppo, e che al più tale disciplina possa semmai far sorgere un domani – ove il resistente fosse dichiarato responsabile e tenuto a risarcire i propri clienti – i presupposti affinché

l'intermediario interveniente possa rivalersi nei confronti della l.c.a cedente sulla base di eventuali previsioni e garanzie del contratto di cessione di asset, tra cui le partecipazioni del capitale del resistente, per l'esistenza di un maggior passivo della controllata non preventivato all'atto di acquisto." (v., tra le tante, decisioni n. 107 del 16 novembre 2017; n. 111, 112 del 16 novembre; n. 163 del 20 dicembre 2017; n. 309 del 2 marzo 2018; n. 807 del 30 agosto 2018).

Quanto, poi, all'argomento relativo agli accordi ricognitivi successivi al contratto di cessione, 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 che la procedura di liquidazione coatta della precedente capogruppo ha inteso riconoscere, a favore dell'intermediario interveniente che ha rilevato il controllo del resistente, l'avvenuto accollo dei debiti risarcitori che gravano quest'ultimo per fatti commessi nel collocamento delle azioni quando era ancora sotto il suo controllo; accollo, però, che opera sempre e solo come un accollo interno, e che poi, in ogni caso, non può far venire meno la responsabilità della resistente nei confronti dei propri clienti (v., in tal senso, decisione n. 398 del 24 aprile 2018).

2. In ciò essendosi esaurite le argomentazioni difensive del Resistente, risultano non contestati i fatti e le doglianze di parte Ricorrente, con ciò assumendo rilevanza il principio processual-civilistico di non contestazione di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c., in virtù del quale i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita possono essere posti dal giudice a fondamento della decisione senza che occorra dimostrarli. In presenza di fattispecie analoghe, questo Collegio, infatti, si è già espresso nel senso di ritenere applicabile il principio desumibile dall'art. 115, comma 2, c.p.c., a mente del quale è possibile porre a fondamento della decisione *"i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita"*, essendo ciò *"particolarmente 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" (v. ex multis, decisione n. 348 e 349 del 22 marzo 2018).

Nel merito della controversia, a fronte delle argomentate doglianze di parte attorea, ciò appare già di per sè sufficiente per pervenire ad un conclusivo giudizio di fondatezza delle stesse, peraltro opportunamente avvalorate dalle evidenze in atti.

Fermo rimanendo, inoltre, che questo Arbitro non ha competenza in materia di domande di tutela costitutiva, quali le domande di risoluzione/annullamento contrattuali, occorre rilevare che l'istanza di ristoro economico formulata dal Ricorrente risulta supportata anche dalle evidenze in atti.

Difatti, il cliente, operaio con grado di scolarizzazione in linea solo con gli obblighi di legge, è stato destinatario negli anni di plurimi questionari di profilatura MiFID, con ivi delineato un progressivo incremento del proprio grado di esposizione al rischio ed obiettivi d'investimento, non coerenti con il suo *status* soggettivo, le sue conoscenze ed esperienza, oltre che i suoi investimenti.

Criticità sono rilevabili anche con riguardo al *modus operandi* dell'Intermediario in sede di valutazione di adeguatezza/appropriatezza, peraltro già rilevata in passato con riguardo a ricorsi riferiti al medesimo Intermediario; sintomatica in tal senso è la scansione temporale delle attività riferite all'operazione in data 18 gennaio 2013, allorquando il Ricorrente acquistava n. 222 obbligazioni convertibili e n. 199 azioni, per un controvalore complessivo pari a € 9.990,00. Tali investimenti

venivano valutati prima inadeguati rispetto al profilo di rischio del cliente e, pressochè contestualmente, appropriati in quanto *“il cliente non si avvale del servizio di consulenza ma agisce di propria iniziativa”*. Lo stesso è a dirsi con riguardo all’operazione di sottoscrizione di ulteriori n. 284 azioni emesse dalla Vecchia Capogruppo al prezzo unitario di € 36,00 in data 4 luglio 2014, per complessivi € 10.224,00. Sul punto questo Collegio ha già avuto modo di esprimersi, con riguardo a casi analoghi, 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. Decisione n. 61 del 3 ottobre 2017).

Con riguardo, infine, alla contestazione relativa alla violazione degli obblighi informativi in merito alle caratteristiche dell’investimento, dalle evidenze in atti emerge che il Ricorrente dichiarava di aver preso visione della documentazione d’offerta, con ivi allegato un *addendum* datato 4 luglio 2014, in cui viene fatta menzione del carattere illiquido degli strumenti finanziari di che trattasi tramite un (mero) rinvio ai contenuti dei documenti redatti dall’emittente. A questo riguardo, il Collegio ha già avuto modo di rilevare che il fatto di aver messo a disposizione del cliente, al tempo degli investimenti, la documentazione “di rito” non può ritenersi soddisfacente degli obblighi informativi e comportamentali incombenti su un intermediario in sede di prestazione di servizi d’investimento nei confronti della propria clientela, avendo in particolare riguardo al set di informazioni specifiche e rafforzate di cui alla comunicazione Consob del marzo 2009 in tema di prodotti finanziari illiquidi, rimasti del tutto inosservati nel caso di specie (v., in merito, più ampiamente, decisioni n. 35 del 4 agosto 2017; n. 111 del 16 novembre 2017; n.

147 del 14 dicembre 2017, n. 378 del 13 aprile 2018, a cui in questa sede si rinvia). Gli specifici obblighi informativi incombenti sugli intermediari nel rapportarsi con la propria clientela si inseriscono, infatti, in un quadro normativo la cui pietra angolare risiede proprio nella capacità di servire al meglio gli interessi del singolo cliente, adattando la prestazione erogata in ragione delle specifiche caratteristiche (esperienza, conoscenza, obiettivi di investimento, situazione patrimoniale) del contraente. Informativa specifica che non risulta sia stata fornita nel caso di specie. Sulla base di quanto sopra rilevato, assorbente di ogni altro profilo violativo, e alla luce della previsione di cui all'art. 15, comma 2, del Regolamento ACF, il Collegio ritiene conclusivamente accertata la responsabilità, sotto il profilo risarcitorio del danno occorso, dell'Intermediario con riguardo alle carenze informative e comportamentali all'atto degli investimenti di che trattasi.

3. Per quanto concerne la quantificazione del danno, esso va determinato in misura pari a quanto investito e, dunque, a € 31.689,00. Trattasi di danno concreto ed attuale in quanto, considerato il notorio stato di liquidazione coatta amministrativa cui è stato sottoposto l'Intermediario, le azioni per cui è causa risultano oramai prive di valore. La somma così determinata deve essere rivalutata dalla data dei singoli investimenti alla data della decisione (per € 1.629,20) e maggiorata degli interessi legali fino al soddisfo.

PQM

In accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere al Ricorrente, a titolo di risarcimento danni, la somma di € 33.318,20, comprensiva di rivalutazione monetaria, oltre a interessi legali dalla data della decisione fino 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