



Decisione n. 1212 del 12 dicembre 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: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta del 05 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2746, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

**FATTO**

**I.** Il Ricorrente ha rappresentato:

- di avere in essere dal 3 giugno 2011, insieme alla propria coniuge, un contratto con l'Intermediario per la prestazione dei servizi di collocamento, negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, mediazione, consulenza e deposito titoli;
- di avere dichiarato, nel questionario di profilatura datato 3 giugno 2011, di avere un orizzonte temporale di medio-lungo periodo e la propria coniuge un'esperienza finanziaria media;

- nonostante entrambi con profili finanziari “*non speculativi*” e “*con orizzonte temporale non lungo*”, l’Intermediario nel corso del tempo lo avrebbe convinto ad acquistare azioni rischiose e illiquide emesse dall’allora propria Capogruppo, descrivendole invece come titoli sicuri, privi di rischio e di agevole liquidabilità e segnatamente:

- (i) n. 300 azioni in data 10 giugno 2010, mediante due preordini, contenenti informazioni tra loro contraddittorie, di cui uno, sottoscritto alle ore 14,36, in cui è riportato che l’operazione veniva effettuata mediante prestazione del servizio di consulenza da parte della Banca, venendo l’investimento giudicato inadeguato per “esperienza non soddisfatta” (all’epoca non era stato neanche ancora compilato un questionario di profilatura) e l’altro, sottoscritto solo due minuti dopo, in cui veniva riportato che l’operazione veniva posta in essere su iniziativa del cliente, che non si avvaleva più del servizio di consulenza, e senza alcuna valutazione di appropriatezza. Su nessuno dei due preordini veniva esplicitato che trattavasi di titolo non quotato e, dunque, di difficile smobilizzo. Peraltro, tale investimento veniva effettuato addirittura prima di sottoscrivere il contratto quadro di negoziazione, datato 3 giugno 2011;
- (ii) in data 3 giugno 2011, ulteriori n. 200 azioni ed anche in questo caso il preordine non segnalava l’illiquidità del titolo e l’operazione, giudicata adeguata, veniva posta in essere con prestazione del servizio di consulenza da parte del convenuto;

A detta del Ricorrente, le sopra esposte operazioni sarebbero state poste in essere in violazione della normativa di cui agli artt. 21 del TUF, oltre che 27, 28, 31 e 34, 39 e ss. e 46 del Regolamento Consob n. 16190/2007, trattandosi di investimenti inadeguate rispetto al profilo dell’investitore per conoscenza finanziaria, obiettivi di investimento e orizzonte temporale, oltre che per superamento del limite di concentrazione. Sarebbe stata, altresì, violata la Comunicazione Consob n. 9019104 del 2/03/2009 in materia di obblighi informativi su prodotti finanziari illiquidi.

Ciò affermato, il Ricorrente conclusivamente chiede di essere ristorato in misura pari al controvalore investito di € 23.330,16, oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali.

2. Nelle deduzioni difensive, l'Intermediario ha evidenziato che il ricorso ha ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni dell'allora Capogruppo, ora posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017, e 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.

Il cessionario è stato individuato in una banca terza con cui la capogruppo in l.c.a. ha stipulato, in data 26 giugno 2017, il contratto di cessione nell'ambito del quale è previsto il trasferimento in capo al cessionario la partecipazione dell'allora capogruppo nell'odierno Intermediario in quanto *asset* compreso nell'*“Insieme Aggregato”*.

Dal perimetro della cessione sarebbero, a detta della Resistente, da intendersi escluse responsabilità inerenti alla fattispecie oggetto del presente ricorso: ciò si ricaverebbe dal tenore letterale dell'art. 3.1.4, lett. b (iv), del contratto di cessione, in linea con l'art. 3, comma 1, lett. b, del predetto decreto. Le suddette esclusioni riguarderebbero anche le passività potenziali in capo alla Resistente in quanto 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. Tale previsione contrattuale sarebbe in linea con l'art. 4, commi 4 e 7, del d.l. n. 99/2017 che consente la restituzione/retrocessione alle Banche in LCA 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”*. Oltre a 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 dalla Capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo.

La Banca ha, pertanto, concluso affermando che le contestazioni rientrerebbero nell'ambito di competenza dell'allora Capogruppo in l.c.a. con la conseguente inammissibilità dell'odierno ricorso.

3. Nelle deduzioni integrative il Ricorrente ha replicato affermando che, nel perimetro delle passività escluse dalla cessione del 26 giugno 2017, rientrerebbero solo “*i debiti presenti o futuri che siano conseguenza dell'attività di... omissis...*” non essendo mai menzionati “*fatti che siano conseguenza dell'attività di commercializzazione delle azioni posti in essere (dalla Banca resistente...)*”. Pertanto, risulterebbe confermata la responsabilità diretta della Banca nei suoi confronti, in relazione alle contestate violazioni.

4. In sede di repliche finali, l'Intermediario ha ribadito quanto affermato nelle precedenti difese riguardo all'inammissibilità del ricorso per estraneità della Banca alle vicende e ai debiti della Capogruppo in LCA.

#### **DIRITTO**

1. In via pregiudiziale, la Banca ha sollevato l'eccezione 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, lett. b), del D.L. n. 99/2017 e dell'art. 3.1.4., lett. b (iv) del contratto di cessione che, nel quadro della procedura di liquidazione coatta amministrativa della banca *ex* controllante, stabilisce l'esclusione dal perimetro degli elementi patrimoniali ceduti, tra cui rientra anche la partecipazione al capitale di parte resistente, dei debiti della banca capogruppo “*nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate*”: tali esclusioni secondo la Banca sarebbero da riferirsi anche alle corrispondenti passività potenziali in capo alla controllata Banca resistente. Il Collegio si è espresso sull'argomento (*ex multis*, Decisioni n. 107, 111 e 112 del 16 novembre 2017, n. 163 del 22 dicembre 2017, n. 309 del 2 marzo 2018 e n. 807, del 30 agosto 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 venete, 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 T.U.B., 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 incide 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 sottolineato 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 [l'odierna parte resistente] 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, 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, pertanto, non può far venire meno la responsabilità di parte resistente nei confronti dei propri clienti (*cf.* Decisione del Collegio n. 398 del 24 aprile 2018).

2. Va, poi, ritenuta non fondata l'eccezione del Ricorrente laddove chiede che venga dichiarata la nullità del contratto quadro di negoziazione e collocamento del 3 giugno 2011, per assenza di forma scritta *ad substantiam*" per il fatto che esso non risulta essere stato sottoscritto anche dall'Intermediario; ciò, alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione laddove ha affermato che *"Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art.23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti"* (Cass. SS.UU., sent. n. 898/18).

3. Nel merito, va rilevato che parte resistente non ha contestato i fatti e le doglianze svolte nel ricorso, 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 specificamente contestati dalla parte costituita possono essere posti dal giudice a fondamento della decisione. In fattispecie analoghe il Collegio si è espresso nel senso di ritenere applicabile detto principio, essendo 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» (cfr. Decisioni ACF del 22 marzo 2018, n. 348 e 349; da ultimo Dec. n. 946 del 16 ottobre 2018 e Dec. n. 956 del 17 ottobre 2018).*

Ciò risulta di per sé sufficiente per pervenire a un conclusivo giudizio di fondatezza delle doglianze del Ricorrente; peraltro, dalla documentazione disponibile in atti emergono comunque elementi confermativi delle doglianze addotte, in particolare per quanto attiene alla mancata messa a disposizione del cliente all'atto delle operazioni del set informativo necessario per pervenire a consapevoli scelte d'investimento, ivi comprese quelle specificamente previste dalla comunicazione Consob del marzo 2009 con riguardo ai prodotti finanziari illiquidi.

**4.** Ciò essendo e venendo alla quantificazione del danno occorso, esso va determinato in misura corrispondente alle somme impiegate da parte ricorrente nei predetti investimenti, considerato che il valore delle azioni di che trattasi si è oramai azzerato, stante la sopravvenuta procedura di liquidazione coatta amministrativa dell'emittente, ossia in € 23.325,00 che, debitamente rivalutato trattandosi di debito risarcitorio e quindi di valore, ammonta a € 25.610,85.

Sulla somma rivalutata spettano, altresì, gli interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo.

#### **PQM**

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto a corrispondere al ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, la somma rivalutata di euro 25.610,85, oltre agli interessi legali sulla somma 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 € 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](http://www.acf.consob.it),  
sezione “Intermediari”.

Il Presidente  
Firmato digitalmente da:  
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi