



Decisione n. 1216 del 14 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 19 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2760, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente espone di essere titolare di n. 100 azioni emesse dall'allora Banca Capogruppo (ora in liquidazione coatta amministrativa) dell'Intermediario dei cui servizi d'investimento si avvaleva, poi incorporato nell'odierno Resistente, sottoscritte nel mese di ottobre 2014, al prezzo unitario di € 62,50, in adesione ad aumento di capitale sociale dedicato a non-soci.

All'operazione, ad essa indotto da controparte, fu accompagnata l'accensione di un finanziamento, stipulato il 15 dicembre 2014, espressamente finalizzato all'adesione all'aumento di capitale sociale per il medesimo importo; finanziamento

prospettatogli in filiale come *“conveniente in quanto [...] avrebbe potuto pagare il costo delle azioni”*. Il Ricorrente aggiunge d’aver tentato poi più volte di vendere le azioni così acquistate, senza mai riuscirvi.

In sede di acquisto delle azioni, l’Intermediario non avrebbe reso edotto il cliente circa i profili di rischio connessi all’investimento omettendo, in particolare, di informarlo della natura illiquida dei titoli acquistati e della possibilità di perdita integrale del capitale investito e, anzi, rassicurandolo *“circa la possibilità di liquidare i titoli in un momento successivo all’acquisto”*.

L’Intermediario avrebbe altresì violato l’obbligo *“di valutare l’appropriatezza delle operazioni di investimento, che implica l’acquisizione, da parte dell’intermediario di informazioni in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente in materia di investimenti ‘nello specifico prodotto o servizio richiesto’”*. L’assenza di verifiche in proposito emergerebbe dai contenuti del questionario MiFID sottoscritto dal Ricorrente, in cui egli ha dichiarato di conoscere strumenti, quali azioni, obbligazioni e titoli di Stato ma di non avere conoscenza di prodotti più complessi, tra cui i derivati OTC assimilabili alle *“azioni illiquide, come quelle per cui è causa”*.

Il Ricorrente rappresenta d’aver, pertanto, patito un danno quale conseguenza di diversi comportamenti dell’intermediario a suo dire lesivi di norme regolamentari, segnatamente, l’art. 23 e ss. del Regolamento Consob-Banca d’Italia del 29 ottobre 2007, in tema di conflitti di interesse, gli artt. 39 e 41 del Regolamento Consob n. 16190/2007 (di seguito, anche *“Regolamento Intermediari”*), in materia di informativa che l’intermediario è tenuto a fornire al cliente, e l’art. 42 del Regolamento Intermediari in materia di valutazione di appropriatezza, ma anche degli oneri informativi specificamente previsti dalla Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 sui prodotti illiquidi.

Rileva, altresì, la *“nullità della c.d. operazione baciata scaturita dalla violazione degli obblighi dell’intermediario per violazione dell’art. 2358 c.c.”* e chiede, conclusivamente, il *“risarcimento dei danni patiti e patienti”*, quantificandoli in *“€ 6.250,00 o la somma maggiore o minore che verrà accertata in giudizio”*.

2. Alla formulazione delle deduzioni per parte resistente ha provveduto la Banca che, nel giugno 2017, si è resa acquirente della partecipazione di controllo

dell'Intermediario. La Resistente ha confermato che il Ricorrente “[è] titolare di n. 100 azioni per un controvalore al prezzo unitario di euro 62,50 pari ad € 6.250,00, acquistate nel 2014 ...”.

In punto di diritto, Parte Resistente ha eccepito la sopravvenuta inammissibilità del ricorso odierno in quanto avente ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse, al tempo dei fatti, dall'allora Capogruppo, posta poi 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 con la Banca in LCA, solo a quest'ultima sarebbero imputabili eventuali comportamenti violativi accertati dall'ACF in questa sede.

Ciò deriverebbe non solo dalle previsioni del “*Contratto di cessione di azienda*”, ma anche da successivi atti contrattuali, intercorsi tra Banca controllata e Banca Capogruppo in LCA, ossia il Contratto di Ritransferimento di Crediti e Partecipazioni del 10 luglio 2017, l'*Addendum* al predetto Contratto di Ritransferimento e il Secondo Atto Ricognitivo del Contratto di Cessione, sottoscritto in data 17 gennaio 2018, tra la Banca capogruppo in LCA e la Banca resistente. Tali atti negoziali confermerebbero le previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità della Banca resistente al cd. Contenzioso Passivo, di cui fanno parte anche i contenziosi instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati.

Ha infine richiamato l'ordinanza Trib. Foggia 16 maggio 2018, proc. n. R.G. 2017/9667, ove si conclude che “*a seguito dell'entrata in vigore della succitata normativa (n.d.r. d.l. n. 99/2017), disciplinante la cessione dell'azienda, dei beni, dei diritti e dei rapporti giuridici non possa ravvisarsi la legittimazione passiva di banca ... S.p.a. – collocante sul mercato titoli riferibili a ... Banca S.p.a. – da intendersi quale identificazione soggettiva tra la parte processuale nei confronti della quale è stata spiegata la domanda ed il soggetto titolare del diritto a cui il ricorrente ricollega la sua pretesa*”.

Nulla, invece, è stato eccepito con riguardo al merito.

3. Nelle proprie repliche, il Ricorrente, nel richiamare integralmente quanto esposto in sede di deduzioni introduttive, ribadisce la responsabilità dell'Intermediario “*per*

aver venduto prodotti rischiosi a soggetto privo di qualsivoglia conoscenza finanziaria senza un'adeguata informazione sui rischi a cui andava incontro”.

Osserva, poi, che i contratti di cessione prodotti dall'Intermediario non sono idonei a escludere la responsabilità della Banca al tempo controllata e oggi della cessionaria resistente, dal momento che le passività escluse dal perimetro della cessione riguarderebbero le controversie instaurate dagli investitori contro la Banca Capogruppo in LCA e non già contro la Banca controllata. In tal senso, richiama che l'ACF si è già espresso nel senso del rigetto dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'Intermediario in casi analoghi (*cf.* decisioni n. 106-111-112 del 2017, n. 194 e 500 del 2018).

4. La Resistente nelle memorie di replica ha ribadito l'eccezione relativa alla propria estraneità al ricorso, che sarebbe a suo dire motivata anche da un provvedimento adottato dalla Commissione UE nell'ambito delle procedure che hanno interessato l'allora banca capogruppo. Dunque, il D.L. 99/2017 e il Contratto di Cessione si sarebbero limitati a recepire le prescrizioni contenute nell'autorizzazione della Commissione Europea, prevedendo l'esclusione dal perimetro della cessione delle contestazioni afferenti la commercializzazione e la prestazione dei servizi di investimento avente ad oggetto azioni ed obbligazioni subordinate. Secondo la Resistente, una interpretazione di segno diverso *“si porrebbe, quindi, in aperto contrasto con il dato letterale del provvedimento autorizzativo e con le specifiche condizioni a cui la Commissione Europea ha subordinato l'autorizzazione dell'operazione. [...] Ai sensi dell'art. 288 TFUE le decisioni delle istituzioni comunitarie sono obbligatorie”* e la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha *“ripetutamente affermato l'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le norme interne la cui attuazione potrebbe ostacolare l'esecuzione di una decisione comunitaria”*.

DIRITTO

1. Come sopra rilevato, l'Intermediario ha resistito al ricorso eccependo esclusivamente la carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la vecchia banca controllante. Trattasi di eccezione su cui questo Collegio si è espresso più volte e in maniera univoca, nel senso di non condividere la ricostruzione del contesto

normativo di riferimento proposto da Parte Resistente, in quanto trattasi di soggetto non interessato da alcuna procedura concorsuale, i cui *asset* non hanno formato oggetto di trasferimento poiché ciò che è stato trasferito è solo il controllo della Resistente dalla Banca in l.c.a. al soggetto cessionario.

In tal senso è vero che il d.l. 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 che, nel quadro di questa disciplina in deroga, 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) resosi acquirente delle aziende bancarie.

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. Né, d'altra parte, si può prospettare un'interpretazione estensiva della norma *de qua* che, oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, sarebbe gravemente sospetta di incostituzionalità per la sua palese irragionevolezza - 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, la disciplina del d.l. 99/2017 non può essere in alcun modo letta come volta a esonerare la 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 al capitale del resistente, per l'esistenza di un maggior passivo della controllata non preventivato all'atto dell'acquisto.

Né, infine, come già posto in luce nella Decisione n. 1099 del 19 novembre 2018, sembra pertinente il richiamo alla decisione della Commissione UE che ha autorizzato il trasferimento delle azioni rappresentative del capitale della *bridge bank* a favore dell'intermediario convenuto. Il riferimento, ivi contenuto, al fatto che nessuna futura pretesa di azionisti o detentori di obbligazioni subordinate o di altri strumenti ibridi di capitale di [omissis] possa ricadere sulla *bridge bank* appare, infatti, pienamente compatibile e coerente con la posizione espressa dal Collegio, che appunto limita la sterilizzazione delle pretese solo ai diritti patrimoniali e/o amministrativi incorporati nelle azioni e da queste discendenti, nulla deponendo, invece, nel senso che la Commissione abbia inteso interpretare la direttiva nella accezione più estesa sostenuta dal convenuto e che vorrebbe anche azzerare le ben diverse pretese nascenti da illeciti compiuti nella prestazione di servizi di investimento inerenti le azioni (o obbligazioni) di che trattasi, poi annullate all'esito dell'adizione da parte dell'Autorità di risoluzione della misura del *burden sharing*.

2. Venendo al merito, va rilevato che parte resistente non ha contestato i fatti e le doglianze del 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 specificamente contestati dalla parte costituita possono essere posti dal giudice a fondamento della decisione (*ex multis* decisioni n. 348 e n. 349 del 22 marzo 2018).

Fermo che ciò è già di per sé sufficiente per pervenire a un conclusivo giudizio di fondatezza della domanda, è anche opportuno evidenziare che la Resistente ha espressamente confermato che il Ricorrente “[è] titolare di n. 100 azioni per un controvalore al prezzo unitario di euro 62,50 pari ad € 6.250,00, acquistate nel 2014 ...”. Inoltre, l'art. 5 del contratto di finanziamento prevede il divieto di trasferimento a qualsiasi titolo delle azioni acquisite con le somme rivenienti dal finanziamento (“*Lock up – non trasferibilità delle azioni fino al rimborso del finanziamento*”). Deve pertanto rilevarsi lo stretto collegamento tra il finanziamento e la sottoscrizione delle azioni, situazione che il Collegio ha già, più volte avuto modo di affrontare rilevando, tra l'altro, il “*chiaro contrasto*” con l'art. 21 del TUF del comportamento decettivo

dell'intermediario (*ex multis*, decisioni n. 875 del 28 settembre 2018 e n. 950 del 17 ottobre 2018).

La documentazione disponibile in atti non dà, invece, contezza della valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza dell'operazione eventualmente condotta, nè è dato rinvenire nel fascicolo istruttorio alcun atto recante una specifica informativa precontrattuale fornita dall'Intermediario al cliente sulle caratteristiche di rischiosità dei titoli azionari in questione. Nella summenzionata scheda di adesione all'aumento di capitale, il Ricorrente dichiara solo di “*aver preso visione del Prospetto d'Offerta* [...]”, ma come ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni il Collegio, (*ex multis*, Decisioni n. 378 del 13 aprile 2018, n. 807 del 30 agosto 2018), tale dichiarazione non risulta idonea a far ritenere soddisfatti gli obblighi informativi, ivi compresi quelli in merito al carattere illiquido delle azioni di cui trattasi, incumbenti sull'intermediario in sede di prestazione dei servizi d'investimento nei confronti della propria clientela. Infine, non è disponibile in atti una comunicazione esplicita della sussistenza di una situazione di conflitto di interessi in capo alla Banca per il collocamento delle azioni. L'Intermediario non risulta quindi aver assolto al suo onere probatorio di dimostrare l'avvenuto adempimento degli obblighi sanciti dall'art. 21 TUF e relativa disciplina attuativa.

Il Ricorrente ha pertanto diritto di essere risarcito dei danni riportati a seguito delle sueposte inadempienze in misura pari a quanto investito.

Né alcuna *compensatio* può esservi con il finanziamento ricevuto, pari a € 6.250,00, considerato che, mentre l'importo investito in azioni è stato definitivamente perduto a seguito della LCA dell'emittente, il cliente resta invece tenuto al rimborso della liquidità concessagli in via meramente temporanea, per di più in larga parte già rimborsata mediante rate mensili per 60 mesi, con scadenza al 31 dicembre 2019 (*Cfr.* documento in atti “*Contratto di finanziamento.pdf del 12/07/2018*”).

Stante quanto sopra, il danno risarcibile va quantificato in € 6.250,00 che, rivalutato, trattandosi di debito di natura risarcitoria e dunque di valore, si attesta a € 6.406,25. Sulla somma rivalutata spettano altresì gli interessi legali dalla data della presente decisione al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere al Ricorrente, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, la somma rivalutata di € 6.406,25, 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, sezione "Intermediari".

Il Presidente
Firmato digitalmente da:
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi