



Decisione n. 1220 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. 2768, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La società Ricorrente, con oggetto “*il commercio al dettaglio e all’ingrosso di prodotti alimentari e non alimentari*”, ha rappresentato tramite il proprio rappresentante legale che :

- l’Intermediario convenuto proponeva, nel mese di dicembre del 2009, la sottoscrizione di un conto deposito titoli. Successivamente, “... *l’acquisto di un pacchetto di 100 azioni del valore di € 62,50 ciascuna (emesse dall’allora Banca Controllante), prospettando l’operazione come un investimento a rischio nullo, che avrebbe rappresentato, nel lungo periodo, una forma di accumulo*

del risparmio. L'intermediario garantiva, altresì, la possibilità di rivendere in qualsiasi momento le azioni”;

- *il 28 giugno 2013, l'Intermediario proponeva l'acquisto di “ulteriori azioni per un controvalore di € 625,00 (operazione conseguita ad un aumento di capitale della società emittente)”;*
- *il 16 luglio 2014, “sempre mediante un aumento di capitale della società emittente, i funzionari della Filiale... proponevano ... l'acquisto di ... 120 azioni al prezzo di 62,50 ciascuna per un controvalore di € 7.500,00”;*
- *“negli anni il legale rappresentante p.t. della ... s.r.l. più volte si recava presso la Filiale (... della Banca controllata) chiedendo di poter rivendere le azioni acquistate ma tale operazione non gli veniva consentita”.*

A fronte dei fatti sopra rappresentati la Ricorrente lamenta la violazione degli obblighi comportamentali e, in particolare, informativi disposti dal T.U. della Finanza (art. 21 e ss.) e dalla normativa regolamentare *medio tempore* applicabile in specie con riguardo:

2. all'omessa informativa sul grado di rischio connesso alla specifica operazione di investimento proposta sottolineando, in proposito, come parte convenuta sia stata inadempiente rispetto *“agli innumerevoli obblighi informativi ai quali era tenuta in considerazione della particolare natura dei titoli venduti [...] Si tratta, infatti, di titoli illiquidi [...] nessuna informazione sulla natura delle azioni gli è stata mai fornita, anzi era stato rassicurato circa la possibilità di liquidare i titoli in un momento successivo all'acquisto. [...] Nel caso di specie risultano pertanto violati gli articoli del Regolamento Consob n. 16190/2007 a norma dei quali: ‘Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate [...] (artt. 39 e 41 Reg. Consob)”.* Inoltre, l'illiquidità dei titoli avrebbe dovuto essere opportunamente segnalata al cliente, come previsto dalle specifiche “Misure di trasparenza” contenute della Comunicazione Consob del 2 marzo 2009, n. 9019104;

3. al dovere dell'intermediario di astenersi dall'esecuzione di un'operazione di acquisto inadeguata al cliente, al riguardo evidenziando che controparte avrebbe violato *“il dovere sancito dall'art. 42 comma 1 del Regolamento Intermediari di verificare*

[...] *l'effettiva capacità del cliente di comprendere i rischi che lo strumento finanziario offerto comportava e conseguentemente di assicurarsi che questi fosse in condizioni di effettuare un investimento consapevole. [...] Invero, ove correttamente effettuate le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza, esse avrebbero dovuto portare l'intermediario ad astenersi dal compiere l'operazione e a fornire specifica avvertenza al legale rappresentante p.t. della società ricorrente, che lo avrebbe indotto con ogni probabilità ad optare per la non esecuzione dell'investimento.*"

L'assenza di verifiche in proposito emergerebbe dai contenuti del relativo questionario MiFID, in cui veniva dichiarata la conoscenza da parte del cliente di strumenti finanziari 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"*;

4. al dovere di astenersi dalla vendita di titoli azionari in presenza di conflitti di interesse non regolarmente comunicati e gestiti (artt. 23 e ss. del Regolamento congiunto Banca d'Italia – Consob del 29 ottobre 2007).

La gravità della condotta della controparte sarebbe tale da legittimare, a giudizio della Ricorrente, il risarcimento dei danni quantificato *"nella somma corrisposta per l'acquisto del pacchetto di azioni (ad oggi € 14.375,00, pari al controvalore delle azioni acquistate)"*, oltre a interessi e rivalutazione monetaria.

5. La Banca resistente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso giacché avente a 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 luce delle previsioni di tale D.L. e dei contenuti sia del *"Contratto di cessione di azienda"*, sottoscritto il 26 giugno 2017 tra la banca resistente e la Banca Capogruppo ora in l.c.a., sia dei successivi atti contrattuali, intercorsi tra la Banca controllata incorporata dalla Banca resistente e la Banca Capogruppo ora in l.c.a., ossia il Contratto di Ritrasferimento di Crediti e Partecipazioni del 10 luglio 2017, *l'Addendum* al predetto Contratto di Ritrasferimento e il Secondo Atto Ricognitivo del Contratto di Cessione, sottoscritto in data 17 gennaio 2018, tra la Banca Capogruppo in l.c.a. e la Banca resistente, solo alla Banca Capogruppo in l.c.a sarebbero imputabili eventuali comportamenti

violativi accertati in questa see dall'ACF. Tali atti negoziali confermerebbero le previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità del convenuto al cd. Contenzioso Passivo, di cui farebbero parte anche i contenziosi *“instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso (...le banche ex controllate dalla Banca Capogruppo ora in l.c.a. e incorporate dalla Banca resistente ...)”*.

In fatto la Resistente afferma soltanto che la Ricorrente società è *“titolare di n. 234 azioni, per un controvalore al prezzo unitario di € 62,50 pari a € 14.625,00 (non si ritiene, tuttavia, corretta tale valorizzazione posto che il prezzo di acquisto è variato a seconda del periodo di sottoscrizione) acquistate sin dal 21.12.2009 [...]”*.

6. Nelle proprie memorie di replica, la Ricorrente, nel richiamare le affermazioni introduttive dell'odierno procedimento, replica all'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva formulata da controparte sostenendone l'infondatezza in quanto, come affermato anche dalla giurisprudenza di merito, il perimetro delle passività escluse dalla cessione non ricomprendereb quelle delle controllate della banca poi 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'intermediazione finanziaria. Tale soluzione interpretativa è stata adottata anche dal Collegio ACF, secondo un orientamento ormai consolidato (*ex multis* Decisioni n. 807 – 808 – 809 – 810 del 30 agosto 2018, n. 875 del 28 settembre 2018 e n. 906 del 4 ottobre 2018), nonché dalla recente giurisprudenza di merito (*cfr.* sentenze del Tribunale di Palermo dell'8 maggio 2017).

7. L'Intermediario ha, a sua volta, presentato repliche finali ribadendo l'eccezione relativa alla propria estraneità al ricorso, che sarebbe motivata anche da provvedimento autorizzativo della Commissione UE .

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. Orbene, questo Collegio si è espresso sull'argomento, tra le altre, nelle decisioni n. 111 e 112 del 16 novembre 2017 nel senso di non condividere la ricostruzione del contesto normativo di riferimento introdotta dal Resistente, non essendo soggetto interessato da alcuna procedura concorsuale, nè i suoi *asset* 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. in relazione alle operazioni di commercializzazione delle proprie azioni possano gravare il soggetto (l'intermediario interveniente) che si rende acquirente delle rispettive 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. Pertanto, l'intermediario resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale, né i suoi asset hanno mai formato oggetto di trasferimento ad alcuno; ciò che è stato trasferito è solo il controllo del resistente dalla banca in l.c.a. all'intermediario interveniente. Ma una tale cessione non può incidere né sul rapporto "processuale" – che resta tra ricorrente e resistente – né sulla titolarità dell'obbligazione che dovesse risultare accertata, all'esito del procedimento innanzi all'ACF, a carico del resistente per le vicende controverse (restitutoria o risarcitoria che sia), appunto perché l'art. 3, comma 1, lett. b), del predetto decreto-legge non può testualmente riferirsi ad esse. 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 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 al più tale disciplina può 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 dall'intermediario nella prestazione di servizi di investimento inerenti proprie azioni (o obbligazioni), poi annullate all'esito dell'adizione da parte dell'Autorità di risoluzione della misura del *burden sharing*.

2. Così risolta la questione pregiudiziale e venendo al merito, va rilevato che parte resistente non ha contestato 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 specificamente contestati

dalla parte costituita possono essere posti dal giudice a fondamento della decisione (*ex multis*, v. decisioni n. 348 e n. 349 del 22 marzo 2018).

Fermo restando che ciò è già di per sé sufficiente per pervenire a un conclusivo giudizio di fondatezza della domanda, non avendo parte resistente assolto l'onere probatorio che su di essa incombeva per il principio di vicinanza alla prova (art. 15, comma 2, del Regolamento ACF; (Decisioni ACF del 22 marzo 2018, n. 348 e 349), è anche opportuno evidenziare che la Resistente ha espressamente confermato che la Ricorrente è *“titolare di n. 234 azioni, per un controvalore al prezzo unitario di € 62,50 pari a € 14.625,00”*. Inoltre, il rapporto con l'Intermediario risulta confermato anche dalla documentazione versata in atti, nel cui contesto assume rilievo il questionario MiFID del 2 dicembre 2009, da cui emerge che il legale rappresentante della società Ricorrente dichiarava di conoscere strumenti quali azioni, obbligazioni e titoli di Stato, ma di non avere conoscenza di prodotti più complessi, come i derivati OTC, e di non avere *“esperienza professionale correlata al settore finanziario”*. Gli *“obiettivi di investimento dell'azienda”* erano, poi, individuati nella *“copertura dei rischi finanziari aziendali”*.

La documentazione non fornisce, invece, prova che una valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza dell'operazione sia stata effettivamente condotta da parte resistente. Allo stesso modo, non è dato rinvenire nel fascicolo istruttorio alcun documento recante una specifica informativa precontrattuale fornita al cliente sulle caratteristiche di rischiosità dei titoli azionari di che trattasi, né è disponibile in atti una comunicazione esplicita della sussistenza di una situazione di conflitto di interessi in capo al convenuto.

Quanto sopra rilevato, la Ricorrente società ha pertanto diritto di essere risarcita del danno occorso in misura pari a quanto investito, vale a dire per € 14.375,00 che, rivalutati trattandosi di debito di natura risarcitoria e dunque di valore, si attesta a € 15.014,45. Sulla somma così 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 alla Ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, la somma rivalutata di € 15.014,45, oltre agli interessi legali 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