



Decisione n. 1223 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. 2795, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente ha rappresentato:

- di intrattenere un rapporto di intermediazione finanziaria con l'Intermediario convenuto, in virtù di un contratto quadro del 10 febbraio 2011, per la prestazione dei servizi di collocamento, negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, mediazione e consulenza, oltre che di deposito titoli;

- di aver sottoscritto un questionario di profilatura in data 10 febbraio 2011, da cui risulta un'esperienza finanziaria solo media, un orizzonte temporale di medio periodo e obiettivi di investimento, di mercato, di credito e di liquidità solo medi;
- di essere stato indotto dall'Intermediario medesimo, nonostante siffatto profilo "*chiaramente prudente e conservativo*", ad acquistare in più occasioni azioni, emesse dall'allora Banca Capogruppo, rischiose e illiquide, descritte invece come titoli sicuri, privi di rischio e di agevole liquidabilità e segnatamente:
 - (i) n. 200 azioni, acquistate in data 14 febbraio 2013, previa prestazione del servizio di consulenza da parte della Banca e rilascio del giudizio di adeguatezza, senza tuttavia alcuna esplicitazione che trattavasi di titolo illiquido, non quotato e dunque di difficile smobilizzo;
 - (ii) in data 28 marzo 2013, il di lui padre gli cedeva n. 300 azioni, che aveva a sua volta acquistato sempre tramite la Banca, "*anche egli in virtù di un ordine di sottoscrizione viziato dalle medesime gravi omissioni informative*";
 - (iii) in data 1 luglio 2014, sempre su consiglio dell'Intermediario, il Ricorrente sottoscriveva scheda di sottoscrizione di ulteriori n. 100 azioni dell'allora Capogruppo, operazione anch'essa effettuata in regime di consulenza e ritenuta inadeguata per superamento del limite di concentrazione, vincolo superato tramite sottoscrizione, soli due minuti dopo, di modulistica secondo cui l'operazione veniva effettuata su iniziativa del cliente, ancorchè con valutazione di appropriatezza priva del relativo esito;
- a conclusione di tali operazioni, egli si è trovato a detenere un pacchetto azionario che quantifica in n. 500 azioni, acquistate al prezzo medio di carico di euro 40,255 per un costo di euro 20.127,50, e n. 100 azioni derivanti dall'aumento di capitale sociale del 2014, acquistate al prezzo medio di carico di euro 36,00 per un controvalore di euro 3.600,00, avendo

così investito in azioni dell'allora Banca Capogruppo, ora in l.c.a., dell'odierno convenuto la somma complessiva di euro 23.727,50, della quale chiede ora l'integrale ristoro;

- tutte le sopra esposte operazioni sarebbero state poste in essere in violazione della normativa di cui agli artt. 21, TUF, oltre che 27, 28, 31 e 34, 39 e ss. e 46 del Regolamento Consob n. 16190/2007, dovendosi ritenere tutte inadeguate rispetto al profilo dell'investitore;
- l'Intermediario avrebbe, infine, violato la Comunicazione Consob n. 9019104 del 2/03/2009 in materia di prodotti finanziari illiquidi.

2. L'Intermediario resistente ha eccepito, in via preliminare, 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 che, in virtù di quanto previsto dall'art. 3, comma 1, di tale decreto, nonché di quanto indicato nel "*Contratto di cessione di azienda*", sottoscritto il 26 giugno 2017 tra Banca cessionaria e Banca posta in l.c.a., rientrerebbero nell'ambito di competenza dell'allora Capogruppo in l.c.a., con la conseguente inammissibilità del ricorso. La propria estraneità al ricorso, sarebbe confermata non solo dalle suindicate previsioni, ma anche da successivi atti contrattuali intercorsi tra le parti, confermativi delle previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità della resistente al cd. Contenzioso Passivo, di cui farebbero parte anche i contenziosi "*instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso [la Banca resistente...]*".

3. Sia Parte Ricorrente, sia l'Intermediario convenuto hanno trasmesso repliche, sostanzialmente per confermare le rispettive posizioni.

DIRITTO

1. Come sopra rilevato, in via pregiudiziale, la Banca convenuta ha sollevato l'eccezione relativa alla propria 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.

Orbene, questo Collegio si è espresso sull'argomento (*ex multis*, v. 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 anche 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 acollo che opera sempre e solo come un acollo 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. Così risolta la questione pregiudiziale sollevata e passando al merito, va anzitutto rilevato che parte resistente non ha contestato i fatti e le doglianze esposte 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 a far pervenire a un conclusivo giudizio di fondatezza delle doglianze del Ricorrente. Peraltro, dalla documentazione disponibile in atti si rilevano plurimi elementi confermativi della fondatezza degli addebiti mossi da Parte Ricorrente all’operato dell’odierno convenuto.

Dati per comprovati gli investimenti effettuati nei termini indicati nel ricorso, la profilatura del cliente è in effetti attestativa di un livello medio di esperienza e conoscenza (il Ricorrente ivi dichiara di non conoscere le azioni, né di aver mai investito in esse), di un orizzonte temporale di medio periodo, con volontà di assumere un rischio medio di mercato e liquidità. Ciò essendo, risulta più che evidente che trattasi di un profilo di investitore non coerente con l’operatività in esame.

Anche con riguardo al processo di valutazione di adeguatezza/appropriatezza risulta confermato quanto indicato nel ricorso in merito alla successione di preordini con indicazione di inadeguatezza e successivi ordini ad iniziativa del cliente, con esito positivo, in sede di verifica di appropriatezza. Con riguardo all’operazione di

sottoscrizione dell'aumento di capitale avvenuta in data 1 luglio 2014, in uno dei due preordini viene segnalato che l'operazione, in regime di consulenza, è inadeguata al profilo dell'investitore per superamento del limite di concentrazione; nell'altro si dichiara che l'operazione avviene su iniziativa del cliente e risulta appropriata. La prima operazione è invece direttamente ritenuta adeguata.

Quanto agli obblighi informativi e di correttezza comportamentale, dalla documentazione allegata non risulta, infine, smentito quanto affermato dal Ricorrente in merito alla mancata *disclosure* di cui alla Comunicazione Consob del marzo 2009 in materia di doveri di correttezza e trasparenza dell'intermediario in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi.

Stante quanto sopra rilevato, il Ricorrente va pertanto risarcito del danno occorso che, tuttavia, non può essere quantificato in misura pari al *petitum* avanzato dal Ricorrente medesimo, inglobando esso anche il trasferimento di un pacchetto azionario intercorso con il di lui padre, in merito al quale dalla documentazione disponibile non emergono elementi tali da poter far ritenere comprovato il nesso causale tra la lamentata presunta condotta omissiva dell'Intermediario e il danno che ne sarebbe derivato per il Ricorrente e ritenendo questo Collegio più ragionevole che si sia trattato di un trasferimento tra privati, tra l'altro legati da stretto rapporto familiare. Espungendo, quindi, tale secondo acquisto, l'ammontare del risarcimento da riconoscersi in questa sede va determinato in euro 11.650,00 che rivalutati, trattandosi di debito risarcitorio e quindi di valore, ammonta a € 11.954,60. Sulla somma così 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, la somma rivalutata di € 11.954,60, 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
Firmato digitalmente da:
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi