



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 1268 del 21 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 26 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2870, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La Ricorrente si duole per essere stata indotta dal personale dell'Intermediario ad acquistare nel 2014, tramite due distinte operazioni, complessive n. 100 azioni dell'allora Banca Capogruppo, in assenza della dovuta informativa in ordine alle caratteristiche degli strumenti finanziari e dei rischi ad essi correlati, nonché in violazione delle regole di adeguatezza previste dalla disciplina di settore. In particolare, gli investimenti sarebbero stati effettuati con le modalità e nei tempi di seguito indicati:

- (i) acquisto di n. 60 azioni ordinarie per un complessivo investimento di euro 3.750,00 (prezzo per azione euro 62,50) disposto in data 30 luglio 2014, con addebito in data 27 agosto 2014, nell'ambito dell'aumento di capitale rivolto al pubblico indistinto eseguito dall'emittente. Più precisamente, in tale data parte ricorrente sottoscriveva, su specifica raccomandazione di investimento dell'Intermediario, l'adesione relativamente ad un più elevato numero di azioni (n. 160). In sede di riparto l'emittente procedeva, tuttavia, all'assegnazione di 60 azioni;
- (ii) acquisto di ulteriori n. 40 azioni ordinarie per un complessivo investimento di euro 2.500,00 (prezzo per azione euro 62,50) disposto, in data 18 settembre 2014, sottoscrivendo la scheda di adesione relativa al nuovo aumento di capitale sociale ordinario rivolto ai "non soci".

Con riferimento all'operazione disposta il 30 luglio 2014, la Ricorrente rileva che *"La Banca sottoponeva alla firma della [Ricorrente] una scheda di adesione all'aumento di capitale sociale 2014 riservata al pubblico indistinto e nonostante le perplessità manifestate, dopo aver ricevuto rassicurazioni circa l'inesistenza di rischi sul capitale investito, il [Ricorrente] cedeva alle forti pressioni della Banca ed acconsentiva alla sottoscrizione dell'offerta, prenotando l'acquisto delle azioni..."*. Tale operazione - realizzata dietro consulenza dell'Intermediario che in data 30/7/2014 *"faceva sottoscrivere [alla Ricorrente], il «Test di Adeguatezza» e la «Scheda di riepilogo del servizio di consulenza in materia di investimenti» contenente la richiesta di esecuzione dell'operazione"* – in realtà *"era del tutto incoerente con la conoscenza ed esperienza dichiarata dal cliente, anche con riferimento al questionario Mifid modificato in data 28/7/2014"*. In particolare, riferisce la Ricorrente che l'Intermediario avrebbe modificato il precedente questionario Mifid, sottoscritto il 16/10/2012, portando l'obiettivo di investimento da *"prudente"*, con profilo di rischio "limitato" ("classe B" nella scala di rischio dell'Intermediario) a "rischio elevato" (classe D").

Evidenzia, in merito, la stessa che *"la disciplina di settore (art. 39, comma 1 del Regolamento Intermediari) impone all'Intermediario che presta il servizio di consulenza di acquisire dal cliente le informazioni relative alla conoscenza ed esperienza nello specifico tipo di strumento finanziario oggetto della raccomandazione d'investimento. Ebbene, nel caso concreto, la dichiarazione [del*

Ricorrente] di conoscere e di aver acquistato azioni, risultante dal questionario MiFID, non è sufficiente a far ritenere che l'Intermediario abbia diligentemente assolto al suddetto obbligo, dovendo intendersi la sua conoscenza ed esperienza al più riferibile alle azioni come tipicamente intese (ossia, essenzialmente quali azioni di società quotate). Infatti, le azioni illiquide, come quelle oggetto della presente indagine, risultano semmai assimilabili ad altri prodotti finanziari tra i quali, ad esempio, i derivati OTC che, insieme a tutta una serie di altri prodotti derivati, [la Ricorrente], in sede di profilatura MiFID, aveva dichiarato di non conoscere". Per la Ricorrente, quindi, "in totale spregio delle norme di comportamento espressamente previste dalla normativa Mifid ed in violazione degli articoli 27-28-29-39-40-41-42 del regolamento Consob 16190/07 [l'Intermediario], incurante degli interessi e della situazione individuale dell'investitore, non ha esitato a collocare il «prodotto», pur in presenza di una operazione chiaramente inadeguata al profilo del cliente".

La Ricorrente lamenta la violazione da parte dell'Intermediario degli obblighi di condotta sullo stesso gravanti anche sotto gli ulteriori profili di seguito indicati:

- informazione carente in ordine alle caratteristiche di illiquidità dei titoli collocati e ciò avuto riguardo anche alle prescrizioni in materia di obblighi informativi contenute nella Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009.
- Violazione dei doveri di informazione in ordine all'effettivo grado di rischio dello strumento finanziario e di corretta esecuzione delle operazioni, considerata l'evoluzione del *rating* dell'emittente che, "anche nel periodo cronologicamente precedente agli ordini di negoziazione effettuati", risultava classificato nella macro-categoria "speculative" e presentava un'evoluzione negativa in accelerazione: "l'acquisto di un titolo classificato come un «non investment grade», soggetto ad un «downgrades» così significativo nel breve arco temporale è chiaro indicatore di un investimento estremamente rischioso da considerare come operazione «inadeguata» per tipologia vista la natura altamente speculativa. Si può, quindi, affermare che [l'Intermediario] poteva e doveva rendersi conto che l'investimento era ad alto rischio, fortemente speculativo, con un elevato rischio di perdita del capitale investito ed era, in ogni caso, nelle condizioni di prevedere l'eventualità della caduta di tali azioni. In sostanza sin dal momento dell'acquisto vi era idonea informazione per ritenere rischioso

l'investimento in titoli azionari [dell'Emittente], con l'ulteriore rilievo che l'acquisto doveva ritenersi adeguato solo per investitori orientati alla speculazione”.

La Ricorrente conclude nel senso che la condotta assunta da [l'Intermediario] lo “rende senza dubbio colpevole sotto il profilo della responsabilità che, alla luce della sentenza delle SS.UU. 2007 n. 26724 è di tipo sia precontrattuale che contrattuale”.

2. L'Intermediario, tramite la nuova Banca Capogruppo incorporante, ha formulato proprie deduzioni evidenziando che costituiscono oggetto del ricorso in esame doglianze relative alla commercializzazione di azioni dell'allora Banca Capogruppo dell'odierno convenuto, poi posta in liquidazione coatta amministrativa con il d.l. n. 99/2017; doglianze che, in virtù di quanto previsto dall'art. 3 di tale decreto, rientrerebbero nell'esclusivo ambito di competenza dell'allora Capogruppo in l.c.a., con la conseguente inammissibilità dell'odierno ricorso per carenza di legittimazione passiva.

3. Per parte sua la Ricorrente, nelle sue repliche, ha reiterato la “richiesta di risarcimento danni rivolta a [Intermediario] che ha agito, non come «mero esecutore nella rete commerciale», ma come Banca dotata di personalità giuridica distinta da quella della Capogruppo”, ulteriormente precisando che la condotta dell'Intermediario integrerebbe anche violazione “dell'art. 21 TUF, degli artt. 39 e 41 Reg. Consob n. 16190/07, degli artt. 23 e segg. Reg. Consob/Banca d'Italia 29.10.07 anche in relazione a pratiche commerciali scorrette, ex art. 21 del codice del consumo, e lesive di diritti ed interessi del consumatore ex art. 2 C.d.C.”, nonché violazione “dell'art. 2358 c.c., che fa assoluto divieto di commercializzazione di azioni proprie, non vertendosi nelle ipotesi di esclusioni previste dalla norma, e non sussistendo le condizioni e le garanzie richieste dalla predetta norma”.

4. L'Intermediario nelle proprie repliche finali ha richiamato anche i contenuti del provvedimento autorizzativo della Commissione UE assunto nell'ambito della procedura ex d.l. n. 99/2017, da ciò facendone conseguire elementi a suo dire confermativi circa la propria carenza di legittimazione passiva.

DIRITTO

I. In via pregiudiziale, va rilevato che l'Intermediario ha resistito al ricorso eccependo esclusivamente la carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la vecchia banca controllante, dalle quali deriverebbe la propria estraneità al presente procedimento e, dunque, l'inammissibilità del ricorso. Ciò alla luce della previsione dell'art. 3.1.4, lett. b (iv) del contratto di cessione (e del disposto di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), del d.l. n. 99/2017) 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, le responsabilità (e i relativi effetti negativi) e le passività della banca capogruppo derivanti da, o comunque connessi con, le operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate e/o convertibili delle Banche in LCA”*: tali esclusioni secondo la Banca *“sono da riferirsi anche alle corrispondenti passività potenziali in capo all'allora Banca (... ora incorporata ...)”*.

Il 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 dalla Resistente, non essendo stata interessata 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 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, 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 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 dell'allora capogruppo e, al più, tale disciplina può semmai far sorgere un domani 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.

Sotto questo profilo non giova, dunque, neppure richiamare la circostanza che nel "*Secondo Atto ricognitivo*", concluso con la precedente capogruppo in l.c.a si sarebbe chiarito che sono da considerare "*ricompresi tra i Contenziosi Esclusi anche quelli instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso Banca.... 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". Come, infatti, già rilevato dal Collegio "tale previsione contrattuale non può significare altro - in coerenza con il su richiamato principio generale che impedisce di immaginare, pena altrimenti l'illegittimità costituzionale della previsione che la consenta, l'esistenza di un contratto di accollo che possa produrre effetti pregiudizievoli a danno di terzi ad esso estranei – 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 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 poi, in ogni caso, non può far venire meno (pena altrimenti la abnormità della soluzione per le ragioni già dette) la responsabilità della resistente nei confronti dei propri clienti" (Dec. n. 398 del 24 aprile 2018).

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'adozione 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).

3. Fermo che ciò è già di per sé sufficiente per pervenire a un conclusivo giudizio di fondatezza della domanda, può altresì evidenziarsi che, quanto agli obblighi di informazione, che le operazioni di che trattasi sono avvenute senza che l'Intermediario abbia reso informazioni specifiche sulle caratteristiche dei titoli e, in particolare, sul fatto che essi, alla data in cui le operazioni stesso sono state poste in essere, fossero da qualificarsi come illiquidi, va anche rilevato come, d'altro canto, non siano rinvenibili nella documentazione in atti elementi idonei anche solo a revocare in dubbio tale profilo di doglianza.

Né possono assumere rilievo i rinvii operati, nelle schede di adesione, alla dichiarazione del cliente di aver preso visione della documentazione d'offerta. Invero, sul punto, il Collegio ha già avuto modo di esprimersi nel senso che il mero rinvio alla documentazione di rito non è sufficiente a far ritenere comprovato l'adeguato assolvimento da parte dell'Intermediario degli obblighi informativi su di lui gravanti. (*cfr.*, tra le altre, Decisioni n. 147 del 14 dicembre 2017, n. 111 del 16 novembre 2017; n. 34 del 3 agosto 2017).

4. Quanto alla eccepita inadeguatezza delle operazioni, quanto contestato dal Ricorrente in ordine alla riprofilatura effettuata il 28 luglio 2014 (ossia nei due giorni precedenti la prima operazione di investimento del 30 luglio 2014), trova conferma nella documentazione in atti, evincendosi la sua strumentalità così da creare una parvenza meramente formale di adeguatezza della medesima, in quanto tale violativa dei doveri di correttezza, diligenza, trasparenza gravanti sull'intermediario nella prestazione dei servizi d'investimento. Inoltre, le risultanze istruttorie comprovano quanto affermato dal Ricorrente in merito al fatto che le operazioni sono state poste in essere a seguito di consulenza da parte dell'Intermediario che, in entrambi i casi, ha ritenuto le operazione adeguate, senza tuttavia adeguate e coerenti motivazioni.

Ciò essendo, la Ricorrente va conclusivamente risarcita del danno occorso in misura pari all'importo complessivamente investito e, pertanto, per € 6.250,00 che, rivalutati, trattandosi di debito risarcitorio e dunque di valore, si attesta a € 6.392,50.

5. Quanto alla richiesta di rimborso delle spese correlate alla redazione della consulenza tecnico-contabile prodotta in atti (per euro 719,16) e all'assistenza

stragiudiziale di cui la medesima si è avvalsa (per euro 960,00), trattasi di oneri non ristorabili in questa sede, stante il disposto di cui all'art. 4, comma 3, del Regolamento ACF (cfr., tra le altre, nello stesso senso dec. n. 96 del 26 ottobre 2017).

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 € 6.392,50, 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