



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 1269 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. 2872, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente svolge doglianze in relazione ad un'operazione di sottoscrizione di n. 100 azioni ordinarie dell'allora Banca Capogruppo dell'Intermediario, per un complessivo investimento di euro 6.070,00 (prezzo per azione euro 60,70), disposta in data 19 novembre 2009, il cui perfezionamento risulta confermato dalla consistenza del portafoglio titoli del cliente. Evidenzia, a tal proposito, di essere stato indotto all'esecuzione dell'operazione dal personale del convenuto e ciò *“in violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza che*

gli intermediari devono tenere quando prestano servizi di investimento". Secondo la ricostruzione del Ricorrente, l'operazione *"veniva perfezionata sulla base di un apposito servizio di consulenza prestato dalla Banca, all'esito del quale il prodotto finanziario in questione risultava adeguato al profilo finanziario del cliente"*.

Il Ricorrente aggiunge che, *"a seguito del fabbisogno di liquidità per sopravvenute ed inderogabili esigenze familiari"*, l'8 gennaio 2014 si rivolgeva all'Intermediario per chiedere la vendita delle azioni possedute; tuttavia tale richiesta, successivamente reiterata in data 8 maggio 2014, rimaneva inevasa.

Relativamente all'inosservanza degli obblighi di condotta, il Ricorrente svolge doglianze in ordine ai seguenti profili:

- operazione non adeguata al profilo del cliente, in quanto il Ricorrente non possedeva il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento finanziario proposto comportava. Con riferimento a quanto dichiarato nel questionario MiFID sulla conoscenza degli strumenti finanziari, *"..., la dichiarazione del [Ricorrente] di conoscere e di aver acquistato azioni, risultante dal questionario MiFID raccolto il 6/6/2008 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, [il Ricorrente], in sede di profilatura MiFID, aveva dichiarato di non conoscere"*. Per il 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"*. Il questionario Mifid, inoltre, risulta riportato all'interno del "contratto quadro", in cui la profilatura risulta indicata come valida *"dall'11/01/2008 al 10/01/2018"*. In tale questionario l'investitore dichiara di non conoscere nessuno degli strumenti

derivati ivi indicati (fra cui i derivati OTC), né le obbligazioni strutturate. Soprattutto, quanto all'obiettivo d'investimento, dichiara di voler *“proteggere il capitale investito”*;

- 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.

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. Il Ricorrente nelle deduzioni integrative 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 art. 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. Il convenuto 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) de *“i 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, in quanto l'intermediario non è interessato da alcuna procedura concorsuale e i suoi *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. 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 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.

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 Nuova 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 azzerate 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. 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, va altresì evidenziato che, quanto agli obblighi di informazione, la contestata operatività è avvenuta senza che l'Intermediario abbia offerto informazioni specifiche sulle caratteristiche dei titoli e, in particolare, sul fatto che essi, alla data in cui è stata realizzata fossero da qualificarsi come illiquidi né, d'altro canto, sono rinvenibili nella documentazione in atti elementi idonei anche solo a revocare in dubbio tale carenza di informativa.

4. Vi è, inoltre, una palese incoerenza tra la tipologia di investimento in questione (azioni non quotate) e il grado di conoscenza e l'obiettivo d'investimento dichiarati dal Ricorrente in sede di questionario MiFID del 6.6.2008, in cui dichiara, non solo di non conoscere nessuno degli strumenti derivati ivi indicati (fra cui i derivati OTC), ma soprattutto che obiettivo dell'investimento era quello di voler "*proteggere il capitale investito*", all'evidenza non compatibile con i titoli poi sottoscritti.

5. Il Ricorrente va conclusivamente risarcito del danno occorso in misura pari all'investimento effettuato e, dunque, per € 6.070,00; importo che, rivalutato, trattandosi di debito risarcitorio e dunque di valore, si attesta a €6.737,70. Quanto alla richiesta di rimborso delle spese correlate alla redazione della consulenza tecnico-contabile prodotta in atti (per euro 599,51) e all'assistenza stragiudiziale di cui il medesima si è avvalso (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 al ricorrente, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, la somma rivalutata di € 6.737,70, 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