



Decisione n. 1300 del 7 gennaio 2019

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio
composto dai Signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente
Prof.ssa M. Rispoli Farina – Membro
Cons. Avv. D. Morgante – Membro
Prof. Avv. G. Guizzi – Membro
Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof.ssa M. Rispoli Farina

nella seduta del 19 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2766, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente rappresenta di aver sottoscritto, tra il 2010 e il 2015, n. 1.012 azioni emesse dalla banca (di seguito “la Vecchia Capogruppo”) all’epoca dei fatti controllante l’intermediario, poi incorporato nell’odierno Resistente, per un controvalore complessivo che quantifica in € 61.893,18. In merito egli si duole dell’inadempimento da parte del convenuto degli obblighi di condotta di cui lo stesso è gravato nella prestazione dei servizi d’investimento e deduce, in particolare, la violazione degli obblighi informativi previsti dalla normativa di settore, così contravvenendo anche

a quanto sancito dalla Comunicazione Consob del 2 marzo 2009 in materia di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi e delle norme in tema di adeguatezza e appropriatezza, essendo egli privo di qualsivoglia conoscenza ed esperienza in materia finanziaria. Il Ricorrente, inoltre, allega al proprio ricorso una “*Relazione di consulenza tecnica*”, illustrativa degli obblighi informativi preventivi che l’Intermediario avrebbe disatteso nel caso di specie e precisa che “*un rinvio per relationem ad un set informativo non consegnato al risparmiatore e, comunque, privo delle informazioni previste dalla Comunicazione Consob del 2009 non assolve agli obblighi informativi di legge*”. Evidenzia, altresì, l’evoluzione del rating dell’Emittente, rilevando che “*anche nel periodo cronologicamente precedente le operazioni proposte al [Ricorrente] l’investimento andava considerato ad altissimo rischio ed estremamente speculativ[o]*” e contesta, inoltre, l’(in)adeguatezza e (in)appropriatezza delle operazioni disposte, atteso che “*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 operazioni chiaramente inadeguate e inappropriate al profilo del cliente*”. Per il Ricorrente, sul punto, è opportuno rammentare che, ai sensi dell’art. 1439 c.c., “*deve essere connotata negativamente la condotta del contraente quando, come nel caso di specie: - beneficia di una posizione di “asimmetria informativa”, per effetto del che egli adisce l’ACF chiedendo di essere risarcito del danno occorso in ragione di € 61.683,16, oltre spese legali e per consulenza tecnica.*

2. Alla formulazione di deduzioni per parte Resistente ha provveduto, in qualità di *outsourcer*, la Banca che, in pendenza del presente procedimento, si è fatta acquirente, il 26 giugno 2017, della partecipazione di controllo dell’Intermediario medesimo e ha incorporato quest’ultimo, a seguito di fusione, a far data dal 7 aprile 2018. La Banca si è, tuttavia, limitata ad eccepire l’inammissibilità sopravvenuta

dell'odierno ricorso, per avere esso ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse al tempo dei fatti dalla Banca Capogruppo, poi posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017, alla quale sola sarebbero, per effetto di ciò, imputabili eventuali comportamenti violativi accertati in queste sede. A sostegno dell'inammissibilità dell'odierno ricorso, inoltre, l'Intermediario ha richiamato anche i successivi atti contrattuali intercorsi tra la Banca resistente, controllata dalla Banca cessionaria e la Banca 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 in l.c.a. e la Banca cessionaria che confermerebbero le previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità della Banca controllata al cd. Contenzioso Passivo, di cui farebbero parte anche i contenziosi *“instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso (...le banche controllate dalla Capogruppo in l.c.a. e ora controllate dalla Banca cessionaria) [...]*”. Ha, infine, richiamato l'ordinanza Tribunale di Foggia del 16 maggio 2018, mentre in punto di fatto l'Intermediario ha evidenziato che *“il [Ricorrente], titolare di n. 1.012, per un controvalore al prezzo unitario di euro 62,50 pari ad €63.250,00 (non si ritiene corretta detta valorizzazione posto che il prezzo di acquisto è variato a seconda del periodo di sottoscrizione), acquistate/ricevute per stacco dividendo/premio fedeltà sin dal 29.10.2010, si è rivolto all'Arbitro per le Controversie Finanziarie chiedendo la condanna di [l'Intermediario] al rimborso di euro 61.893,16”*. Nulla, invece, è stato eccepito con riguardo al merito dei fatti per cui è sorta controversia.

3. Il Ricorrente, in replica alle deduzioni di controparte, ha reiterato la propria *“richiesta di risarcimento danni rivolta all' [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”; evidenzia, inoltre, il Ricorrente che tali inadempimenti hanno riguardato “titoli azionari illiquidi e quindi da trattare, sotto il profilo informativo, alla stregua di prodotti finanziari illiquidi e non invece come titoli azionari quotati in borsa”.

4. L’Intermediario ha presentato repliche finali ribadendo l’eccezione relativa alla propria estraneità al ricorso, che sarebbe motivata anche dal provvedimento autorizzativo della Commissione UE, in relazione a quanto previsto dal d.l. n. 99/2017.

DIRITTO

I. Va rilevata, anzitutto, l’infondatezza dell’eccezione di inammissibilità sollevata dall’Intermediario, a motivo di una sopravvenuta carenza di legittimazione passiva del Resistente, per effetto del varo del d.l. n. 99/2017 e, segnatamente, 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.

Trattasi, invero, di questione affrontata da questo Collegio in plurime occasioni, laddove ha avuto modo di esprimersi nei termini di seguito richiamati: *“vero è che il d.l. n. 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 parimenti vero è che... 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) che si rende acquirente delle rispettive aziende bancarie. E tuttavia, se ciò è vero, 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 ... Né, d'altra parte, sembra al Collegio che si possa provare a prospettare un'interpretazione estensiva della norma de qua. Oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, un'eventuale interpretazione della norma nel senso prospettato dall'intermediario interveniente sarebbe francamente eversiva del sistema ... 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 sembra al Collegio che la disciplina del d.l. 99/2017 non possa essere in alcun modo letta come volta a esonerare il 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 del capitale del resistente, per l'esistenza di un maggior passivo della controllata non preventivato all'atto di acquisto.” (v., tra le tante, decisioni n. 107 del 16 novembre 2017; n. 111, 112 del 16 novembre; n. 163 del 20 dicembre 2017; n. 309 del 2 marzo 2018; n. 807 del 30 agosto 2018).

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 (...). 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, rilevato dal Collegio in sede di esame di tale questione, “*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*” (decisione n. 398 del 24 aprile 2018).

2. In ciò essendosi esaurite le argomentazioni difensive del Resistente, la Banca non ha dunque contestato nel merito 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 specificatamente contestati dalla parte costituita possono essere

posti dal giudice a fondamento della decisione senza che occorra dimostrarli. In presenza di fattispecie analoghe, questo Collegio, infatti, si è già espresso nel senso di ritenere applicabile il principio desumibile dall'art. 115, comma 2, c.p.c., a mente del quale è possibile porre a fondamento della decisione *“i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”*, essendo ciò *“particolarmente 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”* (v., *ex multis*, decisioni n. 348 e 349 del 22 marzo 2018; decisione n. 946 del 16 ottobre 2018; decisione n. 956 del 17 ottobre 2018).

Nel merito della controversia, pertanto, l'unica ricostruzione dei fatti occorsi risulta essere quella contenuta in sede di ricorso che, anche avuto riguardo all'assenza di deduzioni dell'Intermediario, risulta comunque confermativa della fondatezza delle doglianze di parte attorea.

È noto, infatti, che ai sensi dell'art. 21 del T.U.F., nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento, gli intermediari sono obbligati ad agire con diligenza, correttezza e trasparenza per meglio soddisfare gli interessi dei propri clienti, nonché l'integrità del mercato; inoltre, gli stessi sono tenuti ad acquisire le informazioni necessarie per poter altresì operare

in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati, il che presuppone la messa a disposizione dell'investitore di un *set* informativo parametrato al suo profilo effettivo. Nel caso di specie, tuttavia, dalla documentazione in atti nessun riferimento specifico può rinvenirsi in ordine ai rischi connessi all'investimento, né con riguardo alle previsioni di cui alla comunicazione Consob del marzo 2009 in materia di prodotti finanziari illiquidi.

Sulla base di quanto testè rilevato, assorbente di ogni altro profilo violativo, e alla luce della previsione di cui all'art. 15, comma 2, del Regolamento ACF, il Collegio ritiene dunque conclusivamente accertata la responsabilità, sotto il profilo risarcitorio del danno occorso, dell'Intermediario con riguardo alle carenze informative e comportamentali all'atto degli investimenti di che trattasi.

3. Per quanto concerne la quantificazione del danno, occorre rilevare che dalla documentazione in atti emerge che la somma ripetibile in favore dell'odierno Ricorrente, a titolo risarcitorio, risulta pari a € 61.342,72, atteso che non può dirsi evidentemente risarcibile il controvalore delle n. 9 azioni attribuite al Ricorrente a titolo gratuito (per €550,46). Il Ricorrente ha, altresì, richiesto il rimborso delle spese legali sostenute (per € 2.175,00) e di quelle correlate alla redazione della consulenza tecnica presentata in allegato al ricorso (€2.460,00). Trattasi, tuttavia, di importi non ristorabili in questa sede, essendo esclusi dal novero dei danni deducibili avanti l'Arbitro, a norma dell'art. 4, comma 3 del Regolamento sull'ACF (v., in tal senso, decisione n. 96 del 26 ottobre 2017; decisioni n. 231, 232 e 234 del 31 gennaio 2018). La somma così determinata deve essere rivalutata dalla data degli investimenti alla data della decisione (per €2.485,42) e maggiorata degli interessi legali fino al soddisfo.

PQM

In accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere al Ricorrente, a titolo di risarcimento, la somma di € 63.828,14 comprensiva di rivalutazione monetaria, oltre interessi legali

dalla data della decisione fino 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 € 500,00, 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