



Decisione n. 1337 dell'11 gennaio 2019

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 28 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2818, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Le Ricorrenti, di professione impiegate e senza alcuna competenza né esperienza in materia di investimenti finanziari, rappresentano di essere “state indotte da funzionari dell’intermediario [...] ad acquistare con propri risparmi, in due tranche da € 50.000, l’una in data 27.03.2015 e l’altra in data 20.04.2015, strumenti finanziari obbligazionari emessi dalla Capogruppo ... a quel tempo controllante l’intermediario per un controvalore complessivo di € 100.000 [...] in violazione dei canoni di correttezza, diligenza e buona fede, senza che si raccogliessero preventivamente, correttamente e adeguatamente tutte le informazioni necessarie per una

corretta profilatura, inducendo così le ricorrenti ad un'operazione non coerente e non adeguata al loro profilo di rischio, di certo basso”.

Lamentano inoltre le Ricorrenti che *“l’intermediario ometteva altresì di adottare le precauzioni organizzative dovute in caso di conflitti di interesse, di informare chiaramente e per iscritto della fonte del conflitto di interessi e di fornire informazioni adeguate, in concreto, in considerazione delle esigenze specifiche, alle ricorrenti, tenute all’oscuro circa la natura e le specifiche caratteristiche di illiquidità degli strumenti finanziari oggetto dell’investimento”.*

Le carenze informative di che trattasi sono riferite direttamente anche all’odierno convenuto, quale incorporante l’intermediario dei cui servizi di investimento esse si erano avvalse al tempo della contestata operatività, non avendole rese edotte di quanto stava accadendo con riguardo all’emittente i titoli a seguito dei provvedimenti assunti dalle competenti Autorità di vigilanza a suo carico, fino alla messa in liquidazione coatta amministrativa nel giugno 2017. Ritengono le Ricorrenti che *“la Banca pertanto non si è attenuta a quelli che sono gli obblighi di diligenza e correttezza nella prestazione del servizio; la relativa condotta si è così posta in contrasto con il dettato normativo di riferimento avuto riguardo alle norme di cui all’art 21 TUF, 27 e ss. Regolamento 16190/07 con particolare riguardo alla sussistenza di un conflitto di interessi dell’emittente, come anche all’inadeguatezza delle operazioni rispetto al profilo [delle] clienti; inoltre l’omessa informativa in ordine alla natura illiquida dei titoli venduti ha violato la Comunicazione Consob 2 marzo 2009 nr 9019104”.*

Le Ricorrenti chiedono quindi il risarcimento del danno *“in misura pari al valore dell’importo investito, oltre rivalutazione ed interessi”*, quantificando l’importo risarcitorio in €130.000,00.

2. Alla formulazione delle deduzioni per parte resistente ha provveduto, in qualità di *outsourcer*, la Banca resistente che, nel giugno 2017, si è resa acquirente della partecipazione di controllo della precedente Capogruppo ora in LCA, incorporando poi quest’ultima a far data dal 7 aprile 2018, al riguardo eccependo la sopravvenuta inammissibilità del ricorso giacché

avente ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse, al tempo dei fatti, dall'allora Capogruppo, poi posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017; *“operazioni di commercializzazione”* che sono state poste in essere in esecuzione delle politiche di vendita definite dalla Capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo. Alla luce delle previsioni di tale d.l. e dei contenuti del *“Contratto di cessione di azienda”*, sottoscritto il 26 giugno 2017 con la Banca in LCA, solo a tale Banca sarebbero dunque imputabili eventuali comportamenti violativi della Banca da questa controllata e poi incorporata dalla Banca resistente, ove accertati dall'ACF.

Tale eccezione deriverebbe non solo dalle previsioni del *“Contratto di cessione di azienda”*, ma anche da successivi atti contrattuali, intercorsi tra Banca controllata e Banca Capogruppo in LCA, 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 LCA e la Banca resistente. Tali atti negoziali confermerebbero le previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità della Banca resistente al cd. Contenzioso Passivo, di cui farebbero parte anche i contenziosi instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati, desumendosi ciò dagli artt. 3.1.1 e 3.1.4 del Contratto di Cessione che *“tra i Contenziosi Esclusi [sono ricompresi] 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”* della ex Capogruppo ora in L.c.a.

Ha infine richiamato l'ordinanza Trib. Foggia 16 maggio 2018, proc. n. R.G. 2017/9667, ove si conclude che *“a seguito dell'entrata in vigore della succitata normativa (ndr d.l. n. 99/2017), disciplinante la cessione dell'azienda, dei beni, dei diritti e dei rapporti giuridici non possa ravvisarsi la legittimazione passiva di banca ... S.p.a. – collocante sul mercato titoli riferibili a ... Banca S.p.a. – da intendersi quale identificazione soggettiva tra*

la parte processuale nei confronti della quale è stata spiegata la domanda ed il soggetto titolare del diritto a cui il ricorrente ricollega la sua pretesa”.

Nulla, invece, è stato eccepito con riguardo al merito, avendo la Banca solo dato conferma che *“le Signore ... hanno sottoscritto in data 27.03.2015 e 20.04.2015 due tranches di euro 50.000,00 cadauna di obbligazione finanziaria Banca ... subordinato 20.12.2017 ... al prezzo di 100,39 (controvalore euro 50.238,40) e 100,35 (controvalore euro 50.290,18)”*. Le doglianze, prosegue l’Intermediario, concernono *“un’obbligazione bancaria subordinata del tipo Lower Tier 2 emessa da Banca ... in euro con sede di negoziazione Euro TLX – Borsa del Lussemburgo. Nella scheda prodotto è espressamente indicato che in caso di liquidazione dell’emittente, capitale ed interessi residui saranno rimborsati solo dopo che saranno stati rimborsati i titoli di debito senior”*.

DIRITTO

I. In via pregiudiziale, l’Intermediario ha resistito al ricorso eccependo, come sopra rilevato, 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 tante, 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 resistente 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.

2. Venendo dunque 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).

Fermo che ciò è già di per sé sufficiente per pervenire a un conclusivo giudizio di fondatezza della domanda, è anche opportuno evidenziare che la Resistente ha espressamente confermato che le Ricorrenti “*hanno sottoscritto in data 27.03.2015 e 20.04.2015 due tranches di euro 50.000,00 cadauna di obbligazione finanziaria Banca ... subordinato 20.12.2017 ... al prezzo di 100,39 (controvalore euro 50.238,40) e 100,35 (controvalore euro 50.290,18)*”, precisando che si tratta di “*un'obbligazione bancaria subordinata del tipo Lower Tier 2 emessa da Banca ... in euro con sede di negoziazione Euro TLX – Borsa del Lussemburgo. Nella scheda prodotto è espressamente indicato che in caso di liquidazione dell'emittente, capitale ed interessi residui saranno rimborsati solo dopo che saranno stati rimborsati i titoli di debito senior*”.

Emerge dagli atti, inoltre, che le due clienti erano state “intervistate” per la profilatura MiFID pochi giorni prima (questionari raccolti il 23 marzo 2015) e che entrambe avevano dichiarato un livello di scolarizzazione pari al “diploma”, di non conoscere alcune tipologie di strumenti finanziari (quali obbligazioni strutturate, derivati, anche OTC, e i fondi speculativi), di non avere “*esperienza professionale correlata al settore finanziario*” e di disporre annualmente “*da 4 a 10*” operazioni per un importo complessivo superiore ad € 25.000,00; esse, inoltre, dichiaravano una consistenza di reddito complessivo annuo “*tra 15.001 e 30.000 euro*”.

Gli ordini di acquisto allegati dalle Ricorrenti evidenziano, poi, che le disposizioni sono state impartite a seguito di erogazione del servizio di

consulenza, previa verifica di adeguatezza. Esse hanno prodotto, al riguardo, le evidenze documentali a supporto dei due acquisti, avvenuti in un arco temporale ravvicinato (il 27 marzo 2015 e il 20 aprile 2015), da cui emerge che la Banca ha erogato raccomandazioni personalizzate il 27 marzo 2015 e il 20 aprile 2015, la prima delle quali consigliava alle clienti l'investimento nell'obbligazione in esame per € 90.000,00, superando positivamente anche la verifica sul grado di concentrazione in relazione al patrimonio complessivo (assunto pari a € 180.000,00), mentre la seconda *raccomandazione personalizzata* era sostanzialmente volta ad “integrare” la precedente, avendo per oggetto il medesimo titolo obbligazionario, consigliando l'acquisto per il controvalore di altri € 50.000,00 e riportando, altresì, la dichiarazione di seguito riprodotta: *“l'esecuzione della verifica di 'concentrazione per ente/gruppo emittente' ha dato esito adeguato. Per l'esecuzione di tale verifica è stato considerato il suo profilo di investimento [...] il controllo prevede la verifica di non superamento di un livello massimo di concentrazione su un singolo ente/gruppo emittente che, rispetto agli obiettivi di investimento da lei dichiarati, è stato identificato nella percentuale del 85%”*.

In proposito, anche a non voler considerare l'opinabilità di un così elevato limite percentuale e in disparte la concreta adeguatezza degli strumenti rispetto alla profilatura delle clienti, sostanzialmente prive di conoscenze qualificate in materia finanziaria, non può non rilevarsi come nemmeno tale così elevato “tetto” sia stato poi concretamente rispettato, posto che da copia di un estratto conto della situazione finanziaria del relativo *dossier* titoli al 31 marzo 2018 risulta che all'epoca l'obbligazione in esame costituiva, in realtà, l'unico strumento finanziario presente nel portafoglio delle clienti; dall'estratto conto emerge, inoltre, che l'obbligazione non era ancora stata rimborsata – nonostante la propria scadenza naturale indicata a dicembre 2017 – e complessivamente era valorizzata per € 1.400,00.

L'Intermediario non risulta, in conclusione, aver dimostrato l'osservanza degli obblighi sanciti dall'art. 21 TUF e relativa disciplina attuativa e, anzi, dalla documentazione disponibile in atti emergono plurime violazioni della

normativa di settore. Le Ricorrenti hanno, pertanto, diritto di essere risarcite dei danni riportati a seguito delle suesposte inadempienze.

3. Venendo alla quantificazione del danno, va rilevato anzitutto che le Ricorrenti non hanno fornito indicazione dei criteri in base ai quali esse richiedono un ristoro pari a €130.000,00.

Al riguardo, l'Intermediario ha precisato, e le Ricorrenti non hanno replicato, che le clienti "*hanno sottoscritto in data 27.03.2015 e 20.04.2015 due tranches di euro 50.000,00 cadauna di obbligazione finanziaria Banca Popolare di Vicenza TV Callable subordinato 20.12.2017 ... al prezzo di 100,39 (controvalore euro 50.238,40) e 100,35 (controvalore euro 50.290,18)*", cosicché gli importi investiti, da ritenersi pacifici tra le parti, ammontano a € 50.238,40 (oltre a €7,50 di spese) al 27.03.2015 e a € 50.290,18 (oltre a €7,50 di spese) al 20.04.2015.

Le Ricorrenti vanno, pertanto, risarcite in misura pari a quanto risulta aver investito e definitivamente perduto a seguito dell'avvio della procedura di LCA dell'emittente, complessivamente ammontante a € 100.528,58 (oltre a € 15,00 di spese complessive) che, rivalutato, trattandosi di debito di natura risarcitoria e dunque di valore, si attesta a € 102.999,20 (= €51.502,05+ €51.497,14). Sulla somma 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 alle ricorrenti, a titolo di risarcimento del danno, la somma rivalutata di €102.999,20, 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 € 600,00, 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