



Decisione n. 2021 del 22 novembre 2019

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio
composto dai Signori

Dr. 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 18 novembre 2019, in relazione al ricorso n. 2979, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente fa presente di aver sottoscritto nell'ottobre 2014, già ottantaseienne, n. 200 azioni della banca controllante l'Intermediario dei cui servizi d'investimento si avvaleva, per un investimento complessivo pari a € 7.900,00. Egli lamenta a tal proposito che l'Intermediario, pur agendo in regime di prestazione del servizio di consulenza, ha omesso di informarlo allatto dell'investimento in merito alle caratteristiche di illiquidità e rischiosità del titolo di che trattasi, con particolare riferimento a quanto all'uopo previsto dalla Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 sui prodotti finanziari illiquidi, nonché la non adeguatezza dell'investimento rispetto al profilo del Ricorrente stesso, atteso che:

- non sarebbe stato reso edotto che l'emittente non era società quotata in borsa, né che il prezzo delle azioni veniva stabilito discrezionalmente dall'assemblea dei soci, oltre a trattarsi di titoli ad altissima rischiosità;
- le azioni di che trattasi sarebbero state presentate come un *“investimento sicurissimo, privo di rischi e di facile smobilizzo”* e, proprio per queste sue caratteristiche, aderente alle esigenze di crescita *“limitata ma stabile”* del capitale, dichiarate dal Ricorrente.

Diversamente da ciò, se l'Intermediario avesse correttamente valutato l'adeguatezza dell'investimento, non avrebbe mancato di osservare che strumenti così rischiosi come titoli azionari illiquidi erano del tutto inadatti a un investitore, tra l'altro, con propensione al rischio bassa, con ciò violando l'art. 39 del Regolamento Consob 16190/2007, che *“impone incondizionatamente all'intermediario di astenersi sempre e comunque dalla vendita di strumenti finanziari con un grado di rischiosità non adeguata al profilo del cliente”*.

L'Intermediario, inoltre, non avrebbe mai *“veramente”* raccolto informazioni relative alla propensione al rischio del Ricorrente (come detto, già ottantaseienne al tempo dei fatti), alla sua conoscenza ed esperienza rispetto alle varie tipologie di strumenti finanziari, alla sua situazione finanziaria e consistenza reddituale, alla sua propensione al rischio, all'orizzonte temporale ed alle finalità perseguite per mezzo dell'investimento finanziario. E ciò in quanto il relativo questionario Mifid non sarebbe stato, in realtà, compilato dal Ricorrente, né sarebbe il frutto di una sua partecipazione attiva, essendo stato *“artatamente collazionato e precompilato dal funzionario della Banca... (di cui il Ricorrente si fidava) ... al solo scopo di rendere il profilo del malcapitato investitore coerente con l'operazione e, conseguentemente, attribuire un giudizio positivo alla verifica di adeguatezza del pre-ordine”*. Il che sarebbe confermato da vari *“indizi”*:

- (a) la circostanza che la profilatura risalga al giorno antecedente (09/10/2014) quello della richiesta di ammissione a socio della banca emittente e capogruppo (10/10/2014);
- (b) il fatto che i pregressi investimenti del Ricorrente fossero sempre stati orientati ad iniziative conservative e che egli *“desiderava unicamente un investimento cauto e conservativo, in grado di garantire la conservazione del capitale investito”*;

(c) la contraddizione tra l'elevato profilo esperienziale associato al cliente (in una scala da 1 a 4, qualificato di grado 4 – “alto”), da un canto, e la sua età (86 anni) e il suo livello culturale;

(d) il “dissonante” contrasto tra l'età del Ricorrente (86) e l'orizzonte temporale ivi indicato (“10 anni”).

Vizia insanabilmente l'operato della Banca, inoltre, il fatto che l'Intermediario abbia agito in conflitto di interesse, senza avere di ciò adeguatamente informato il cliente.

Sulla base di tali doglianze, il Ricorrente chiede conclusivamente *“che venga accertato e dichiarato l'inadempimento gravissimo ed inescusabile della Banca ai doveri informativi ed alle obbligazioni contrattualmente assunte e per l'effetto, che venga riconosciuto il diritto del Ricorrente al risarcimento del danno patito, da commisurarsi all'importo di € 7.900.00, corrispondente al prezzo pagato per l'acquisto delle 200 azioni... acquistate il 10/04/2014, il cui valore oggi è totalmente azzerato. Il tutto maggiorato di interessi”*.

2. La Banca ricostruisce anzitutto, in sede deduttiva, l'operatività di che trattasi in modo coincidente con quanto rappresentato dal Ricorrente, rilevando che il ricorso ha ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni della allora Capogruppo, ora posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017, e che l'art. 3, comma 1, del predetto decreto ha stabilito la cessione dell'*“azienda, dei suoi singoli rami, nonché beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, ovvero attività e passività, anche parziali o per una quota di ciascuna di esse, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi”* al soggetto individuato, ai sensi del terzo comma del medesimo articolo, in una banca terza con cui la capogruppo in l.c.a. ha stipulato, nel giugno 2017, apposito contratto di cessione, nell'ambito del quale è stato previsto il trasferimento in capo al cessionario della partecipazione dell'allora capogruppo nell'odierno Intermediario in quanto *asset* compreso nell'*“Insieme Aggregato”*.

Dal perimetro della cessione sarebbero, a detta della Banca resistente, escluse le responsabilità inerenti alla fattispecie oggetto del presente ricorso: ciò si ricaverebbe dal tenore letterale dell'art. 3.1.4, lett. b (iv), del contratto di cessione, in linea con l'art. 3, comma 1, lett. b, del predetto decreto. Le suddette esclusioni riguarderebbero anche le passività potenziali in capo alla Resistente in quanto l'art. 3.1.1 del contratto

di cessione prevede che *“per Attività Incluse e passività Incluse [...] si intendono anche quelle relative alle partecipate che siano espressamente incluse nell’Insieme Aggregato”*. Tale previsione contrattuale sarebbe in linea con l’art. 4, commi 4 e 7, del d.l. n. 99/2017, che consente la restituzione/retrocessione alle banche in lca di *“attività, passività o rapporti... di società appartenenti ai gruppi bancari delle Banche... con piena liberazione del cessionario retrocedente anche nei confronti dei creditori e dei terzi”*. Oltre a ciò, la Banca ha ritenuto di sottolineare che le operazioni di commercializzazione oggetto di contestazione sono state poste in essere in esecuzione delle politiche di vendita definite dall’allora capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo, con l’effetto che le contestazioni in esame rientrerebbero nell’ambito di competenza dell’allora capogruppo, ora in l.c.a., con la conseguente inammissibilità del ricorso odierno.

L’Intermediario non ha svolto argomentazioni deduttive sul merito dei fatti occorsi.

L’Intermediario non ha svolto argomentazioni deduttive sul merito dei fatti occorsi.

3. Il Ricorrente – ribadendo le argomentazioni già svolte – quanto all’unica eccezione formulata dalla Banca in relazione alla prospettata propria carenza di legittimazione passiva, dopo aver ripercorso la genesi del d.l. 99/2017, ricorda, richiamando anche decisioni di questo Collegio, che, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. b), di tale decreto legge sono *“in ogni caso esclusi dalla cessione i debiti delle Banche [tra cui l’allora Capogruppo] nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse”*. La richiamata disposizione *“testualmente delinea il perimetro delle passività escluse con unico riferimento a quelle afferenti alle due banche poste in Liquidazione Coatta Amministrativa, 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 trasferimento del controllo dell’Intermediario dalla precedente capogruppo – ora in liquidazione coatta amministrativa – ad un altro intermediario non può incidere, dunque, *“sulla titolarità dell’obbligazione che verrà*

accertata nella procedura de quo, a carico della Banca, appunto perché l'art.3, comma 1, lettera b), del predetto decreto legge non può testualmente riferirsi ad essa". Peraltro, ove si ritenesse di interpretare estensivamente il testo del d.l. 99/2017 al fine di estenderne l'applicabilità alle controllate, verrebbe disposto il trasferimento del credito che il Ricorrente vanta nei confronti dell'Intermediario *"in favore della banca che all'epoca dei fatti la controllava, in contrasto con il principio comune del diritto delle obbligazioni che non consente la cessione di un debito senza il consenso del creditore"*.

4. Nelle repliche finali l'Intermediario si è limitato a ribadire quanto argomentato già nelle prime deduzioni.

DIRITTO

1. Infondata è da ritenersi l'unica eccezione sollevata dall'Intermediario, di carenza della propria legittimazione passiva per quanto sopra richiamato. Questo Collegio, infatti, si è già numerosamente espresso sull'argomento (v. tra le tante, decisioni n. 107, 111 e 112 del 16 novembre 2017, n. 163 del 22 dicembre 2017 e n. 309 del 2 marzo 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 ivi indicate, 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 TUB, 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 odierno resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale e i suoi *asset* non hanno formato oggetto di trasferimento: ciò che è stato trasferito al soggetto cessionario è solo il controllo dell'Intermediario medesimo dalla banca ora in l.c.a.. 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. 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 dell'allora capogruppo.

2. Nel merito della controversia, parte resistente non ha come detto introdotto argomentazioni difensive, 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 senza che occorra dimostrarli. In numerose fattispecie analoghe questo 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”* (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, stanti le evidenze disponibili in atti; deve, quindi, ritenersi provato, appunto in quanto non specificamente contestato, che l'Intermediario abbia agito in violazione degli obblighi di diligenza, correttezza, trasparenza e

informazione in sede di prestazione di servizi di investimento a favore del Ricorrente, in relazione all'operatività sopra specificata.

Il Ricorrente va, pertanto, risarcito del danno occorso; danno che, sulla base della ricostruzione svolta dal Ricorrente e non contestata dall'Intermediario, va quantificato nella somma investita, pari a € 7.900,00 che, debitamente rivalutata, si attesta a € 8.065,90, su cui spettano gli interessi legali dal dì del reclamo fino al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere a Parte ricorrente, a titolo risarcitorio, la somma rivalutata di euro 8.065,90, su cui sono dovuti gli interessi legali dalla data del reclamo 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, utilizzando esclusivamente l'apposito applicativo disponibile accedendo all'area riservata del sito istituzionale www.acf.consob.it, 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