



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 946 del 16 ottobre 2018

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G.E. Barbuzzi – Presidente

Prof. Avv. A. Albanese – Membro supplente

Prof. M. de Mari – Membro supplente

Prof. Avv. F. De Santis – Membro supplente

Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof. Avv. M. de Mari

nella seduta del 12 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 1886, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La controversia portata alla cognizione del Collegio attiene alla prestazione di servizi di investimento aventi ad oggetto titoli illiquidi e, segnatamente, azioni emesse dalla *ex* Capogruppo dell'intermediario resistente. L'operazione controversa coinvolge valutazioni attinenti all'ammissibilità del ricorso nonché in ordine alla violazione degli obblighi informativi e delle regole di correttezza. Questi i fatti essenziali oggetto del procedimento.

2. Il ricorrente – dopo aver presentato reclamo all’intermediario dall’esito a suo avviso insoddisfacente – si è rivolto all’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF).

Il ricorrente espone di aver acquistato in data 22 ottobre 2014 n. 200 azioni della ex Capogruppo per un controvalore complessivo di euro 7.900,00. Il ricorrente rileva che sarebbe stato indotto, sotto pressione dei funzionari dell’intermediario, ad acquistare dette azioni per ottenere condizioni più vantaggiose per i tassi d’interesse di un erogando mutuo, poi effettivamente stipulato in data 28 gennaio 2015 con lo stesso intermediario. E che il suo profilo finanziario non sarebbe stato coerente con i titoli azionari da lui sottoscritti e che anzi l’investimento sarebbe stato consigliato ed effettuato in assenza di profilatura, ciò in quanto il questionario MiFID allegato al contratto di negoziazione, collocamento e raccolta ordini del 23 ottobre 2014 è successivo alla richiesta di acquisto/sottoscrizione delle azioni, nonché al pre-ordine di acquisto delle azioni contenente il test di adeguatezza e quello di appropriatezza, eseguiti in data 22 ottobre 2014. Ad avviso del ricorrente l’operazione “è comunque inadeguata” al suo profilo, “trattandosi dell’acquisto di azioni illiquide e altamente rischiose”. Circostanza questa di cui non gli sarebbe stata data adeguata informativa. Inoltre l’operazione sarebbe comunque inadeguata per superamento del limite di concentrazione.

Nel ricorso si rileva ulteriormente che l’intermediario avrebbe altresì violato la Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 in materia di doveri di correttezza e trasparenza dell’intermediario in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi, non avendo evidenziato in modo rilevante in sede di sottoscrizione delle azioni *de quibus* il rischio di illiquidità delle stesse, e avendo omesso di rilasciare all’investitore informazioni specifiche sugli scenari probabilistici circa la stabilità dell’emittente, sul *fair value* delle azioni e sul presumibile valore di realizzo delle stesse.

A fronte dei fatti rappresentati, l’istante chiede che il Collegio condanni l’intermediario al risarcimento del danno in suo favore, per la “*somma di euro 7.900 oltre rivalutazione monetaria ed interessi [...]*”.

3. Alla formulazione delle deduzioni per parte resistente ha provveduto, in qualità di *outsourcer*, la Banca che nel giugno 2017 si è resa acquirente della partecipazione di controllo della precedente Capogruppo. Con le richiamate deduzioni l'intermediario si è tuttavia limitato ad eccepire l'inammissibilità del presente ricorso, per avere esso ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse al tempo dei fatti dalla ex Capogruppo, posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017 e alla quale sola – stante quanto previsto nel richiamato decreto e nel “*Contratto di cessione di azienda*” sottoscritto il 26 giugno 2017 con la stessa ex Capogruppo – sarebbero imputabili eventuali comportamenti violativi dell'intermediario resistente accertati dall'ACF.

Nulla, invece, è stato eccepito con riguardo al merito dei fatti per cui è sorta la presente controversia.

4. Il ricorrente ha presentato deduzioni integrative con le quali ha ribadito le proprie ragioni, contestando l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dalla resistente ed evidenziando che, pur provvedendo il d.l. 99/2017 ad escludere dal perimetro di cessione alcune passività riferibili alle banche poste in l.c.a., esso non contempla quelle delle controllate, che sono autonomi soggetti di diritto, non interessati da alcuna procedura concorsuale.

5. L'intermediario ha presentato memoria di replica ribadendo l'inammissibilità del ricorso per estraneità della Banca alle vicende e ai debiti della ex Capogruppo in liquidazione coatta amministrativa e ha chiesto altresì di ritenere inammissibili le deduzioni integrative del ricorrente perché presentate fuori dal termine di quindici giorni dal ricevimento delle deduzioni dell'intermediario previsto dall'art. 11, comma 5, del Regolamento ACF, adottato con delibera Consob n. 19602 del 4 maggio 2016.

DIRITTO

1. Prima di esaminare il merito del contenzioso, è necessario dare conto del profilo sollevato attraverso l'eccezione di inammissibilità prospettata

dall'intermediario interveniente che oggi controlla il resistente, secondo il quale le vicende che hanno interessato la banca che controllava il resistente all'epoca dei fatti – e che aveva emesso le azioni oggetto della presente controversia – comportano che il resistente dovrebbe considerarsi ormai “estraneo” al presente procedimento, perché gli eventuali debiti che fossero accertati in relazione alle operazioni di commercializzazione di quelle azioni non sarebbero stati interessati dall'operazione di cessione eseguita in favore dell'interveniente, ma sarebbero rimasti in capo alla banca precedente controllante. L'assunto non può essere condiviso.

Decisiva sembra la considerazione – già espressa dal Collegio nelle Decisioni nn. 106, 111 e 112 del 16 novembre 2017 – che è vero 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 che è parimenti vero 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. 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, che sono d'altronde autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta, né pende alcuna procedura. Insomma, quel che si intende dire è che 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 per definizione non incide né sul rapporto “processuale” – che resta tra ricorrente e resistente – né incide, e non può incidere, 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, 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 – e gravemente sospetta di incostituzionalità anche nell'ambito della riconosciuta discrezionalità del legislatore, non foss'altro che 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 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 dell'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. Il Collegio non può, pertanto, accogliere l'eccezione preliminare d'inammissibilità del ricorso formulata dall'intermediario.

2. Quanto all'ulteriore eccezione preliminare sollevata dall'intermediario in merito alla presunta inammissibilità delle deduzioni integrative del ricorrente per tardiva presentazione delle stesse, va precisato che tali deduzioni non sono state in effetti depositate tempestivamente. Infatti – considerando che l'art. 11, comma 5,

del Regolamento ACF stabilisce che il ricorrente può presentare deduzioni integrative entro quindici giorni dal ricevimento delle deduzioni dell'intermediario — nel caso di specie le deduzioni dell'intermediario sono state trasmesse al ricorrente il 23 febbraio 2018 e, dunque, il ricorrente avrebbe dovuto utilmente depositare le proprie deduzioni integrative entro il successivo 12 marzo 2018, mentre invece sono state trasmesse il 21 marzo 2018. Ciò chiarito, il Collegio rileva tuttavia che il termine è stato “sforato” di nove giorni e quindi le deduzioni sono state depositate comunque in un tempo ragionevole che non ha inficiato la durata del procedimento ed il diritto alla difesa del resistente, le cui ulteriori memorie di replica sono state comunque valutate dal Collegio e acquisite agli atti del procedimento. Ed inoltre le deduzioni integrative del ricorrente nulla aggiungono a quanto già prospettato dallo stesso nel ricorso introduttivo, limitandosi a ribadire quanto già eccepito in sede di ricorso e opponendosi all'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla Banca interveniente, che, per opinione costante e consolidata di questo Collegio, viene disattesa. Il rilievo dell'intermediario resistente non può pertanto essere accolto.

3. Ritenute, pertanto, infondate l'eccezione di inammissibilità del ricorso e quella di inammissibilità delle deduzioni integrative, passando a trattare il merito, va rilevato che parte resistente non ha contestato i fatti e le doglianze del ricorrente (se non limitatamente al profilo dell'inammissibilità delle deduzioni integrative perché presentate fuori termine) 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 presenza di fattispecie analoghe il 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 [sull] intermediario la 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. Dec. n. 348 e 349 del 22 marzo 2018).

Sebbene ciò appaia di per sé sufficiente per pervenire ad un conclusivo giudizio di fondatezza delle doglianze del ricorrente, al Collegio preme rilevare che, dalla documentazione presente in atti, sono comunque desumibili elementi confermativi della violazione degli obblighi informativi, non essendo stato smentito da parte resistente il mancato rispetto dei doveri di correttezza e trasparenza dell'intermediario in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi, recati dalla Comunicazione Consob del marzo 2009.

Risulta inoltre sintomatica di una condotta non improntata ai canoni della correttezza e della diligenza la stretta correlazione tra l'acquisto delle azioni e la concessione del mutuo a tasso agevolato, che appare confermata dall'art. 4 del contratto di finanziamento del 28 gennaio 2015. Al riguardo, occorre ricordare che la contestata condotta di abbinamento della concessione del contratto di mutuo ipotecario all'acquisto di azioni per divenire socio della Banca, presenta forti coincidenze con le pratiche commerciali scorrette dell'intermediario (c.d. operazioni bacciate) sanzionate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con la Delibera dell'adunanza del 24 maggio 2017, secondo la quale “*nel caso dei “Mutui Soci”, indebito condizionamento si realizzerebbe, in particolare, nei confronti dei consumatori non soci e dei soci detentori di azioni in numero inferiore a 200, con la necessaria sottoscrizione da parte loro dei predetti pacchetti minimi di azioni pari a numero 200 azioni, con un esborso, quindi,*

minimo procapite (all'epoca dei fatti di circa 8.000 euro), al fine di accedere a questi prodotti di mutuo riservati ai soci particolarmente vantaggiosi creati proprio a tal fine, titoli peraltro difficilmente negoziabili e liquidabili e, che, per determinati periodi (i citati 24 mesi successivi alla stipula del mutuo), non possono essere disinvestiti con l'effetto di scendere sotto la soglia di numero 200 azioni pena la perdita delle specifiche condizioni economiche ivi previste". La pratica delle cd. "operazioni bacciate" è già stata valutata come rilevante da questo Collegio sin dalla Decisione n. 5 del 5 giugno 2017, in cui – similmente al caso *de quo* – *“la ricorrente lamenta[va], in primo luogo, di essere stata artatamente indotta dall'intermediario, nell'ambito della prestazione del servizio di investimento, ad acquistare azioni emesse dallo stesso intermediario con la prospettiva di poter poi beneficiare, nell'ambito di una contestuale operazione creditizia che veniva conclusa con quest'ultimo, di un tasso agevolato. Orbene, sotto questo profilo non sembra revocabile in dubbio che la condotta dell'intermediario, ove risulti provata in concreto, possa senz'altro considerarsi come un comportamento decettivo dell'intermediario nella prestazione del servizio di investimento, che ha indotto la ricorrente a concludere un investimento in azioni che altrimenti non avrebbe concluso".* Quanto all'esistenza della “prova in concreto” della suindicata condotta decettiva, la predetta decisione evidenzia che *“il circostanziato accertamento in fatto compiuto dall'AGCM nel quadro del provvedimento evocato dalla ricorrente, che ha rilevato l'esistenza, in un arco temporale sufficientemente prolungato, esattamente di comportamenti identici a quelli lamentati e dedotti [...] può del resto costituire senz'altro (i) un principio di prova del fatto che anche la ricorrente è stata vittima di un comportamento ingannevole”.*

Quanto infine alla profilatura e al controllo di adeguatezza/appropriatezza dell'operazione, il ricorrente risulta avere un profilo di rischio di mercato basso e di liquidità medio, un orizzonte temporale di medio-lungo periodo e una conoscenza medio-alta in strumenti finanziari. L'operazione appare inadeguata al profilo del ricorrente poiché l'investimento effettuato, per la sua natura azionaria e

illiquida, non sembra in linea con il suo profilo. In ogni caso la Banca nel pre-ordine di acquisto (del 22 ottobre 2014, ore 18:04) aveva segnalato al ricorrente la non adeguatezza dell'investimento; solo un minuto dopo, però, nel successivo pre-ordine (del 22 ottobre 2014, ore 18:05), segnala che lo stesso ricorrente agisce di propria iniziativa, esclude la consulenza, effettua la verifica di appropriatezza e segnala solo il conflitto d'interesse. Si tratta di un comportamento che in numerose occasioni il Collegio ha avuto modo di censurare, dal momento che il brevissimo lasso di tempo intercorso tra la verifica di adeguatezza e quella di appropriatezza, lascia intendere che l'iniziativa cliente non sia stata spontanea ed autentica bensì indotta dall'intermediario in spregio delle più elementari regole di correttezza (*cf.*, tra le tante, Decisione ACF del 3 ottobre 2017 n. 61).

4. Preme infine al Collegio rilevare che il danno lamentato dal ricorrente è attuale e concreto. A tale riguardo, sulla base di un principio espresso da questo Collegio in decisioni relative a fattispecie analoghe (*cf.*, tra le altre, Decisione n. 60 del 3 ottobre 2017), l'azzeramento del valore attuale dei titoli, in considerazione della liquidazione coatta amministrativa della *ex* Capogruppo, è all'evidenza sufficiente a far ritenere sussistente il requisito di attualità del danno lamentato.

Relativamente al *quantum* va riconosciuto all'investitore l'importo di euro 7.900,00, corrispondente al controvalore delle azioni acquistate.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto al risarcimento dei danni a favore del ricorrente nella misura di euro 8.121,20, comprensivi di rivalutazione monetaria, oltre a interessi legali dalla data della decisione 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 euro 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