



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 969 del 19 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. 2182, 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. L'operazione controversa coinvolge valutazioni attinenti all'ammissibilità del ricorso nonché in ordine alla violazione degli obblighi informativi e delle regole di adeguatezza e di appropriatezza.

Questi i fatti essenziali oggetto del procedimento.

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

L’istante rappresenta di essere titolare di 937 azioni della *ex* Banca Capogruppo dell’intermediario resistente, acquistate, tra l’aprile del 2011 ed il maggio del 2014, per un controvalore complessivo di euro 58.562,50 euro. Nel ricorso si evidenzia che gli acquisti non sarebbero avvenuti di propria iniziativa “*ma su forte pressione dell’intermediario*”, il quale prospettava l’acquisto dei titoli “*come un’ottima opportunità d’investimento, di cui larga parte della clientela si era avvalsa con soddisfazione*”. Aggiunge la ricorrente che l’operato dell’intermediario non sarebbe stato improntato ai canoni di diligenza professionale in quanto: *i)* avrebbe omesso di fornirle informazioni circa la “*specificità dei titoli acquistati*”, anzitutto con riferimento alla loro natura di titoli illiquidi (sul che sarebbero rimaste inosservate le prescrizioni della Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 in materia di “*prodotti finanziari illiquidi*”); *ii)* non avrebbe, inoltre, rilevato l’inadeguatezza/inappropriatezza degli investimenti rispetto al suo effettivo profilo di investitore “*posto che la stessa era soggetto che non operava con disinvoltura sui mercati mobiliari e che esprimeva una categoria di inclinazione al rischio codificata con lettera «B»*”.

La ricorrente ha altresì ritenuto, infine, di svolgere considerazioni per l’ipotesi in cui – come poi in effetti verificatosi – si fosse costituita nella presente procedura la nuova Capogruppo dell’intermediario resistente quale soggetto medio *tempore* resosi acquirente della partecipazione di controllo della *ex* Capogruppo dell’intermediario resistente in forza del “*contratto di cessione d’azienda del 26 giugno 2017*”. In merito la ricorrente ha affermato la legittimazione passiva in capo alla nuova Capogruppo. In particolare, ha rilevato che non potrebbero ritenersi escluse dall’oggetto della cessione le passività derivanti dai giudizi risarcitori relativi alla commercializzazione delle azioni della Capogruppo da

parte dell'intermediario resistente, non potendosi estendere, di fatto, ai creditori delle partecipate gli effetti dell'insolvenza della partecipante. A sostegno delle proprie ragioni la ricorrente ha, da ultimo, fatto rinvio a talune pronunce del giudice ordinario.

A fronte dei fatti rappresentati, l'istante chiede che il Collegio condanni la Banca al risarcimento del danno in suo favore per la “*somma di euro di 58.562,50 euro, oltre interessi e rivalutazione monetaria [...]*”.

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 e in ordine alla circostanza che la ricorrente sia titolare di n. 937 azioni.

4. Né la ricorrente né l'intermediario resistente hanno formulato memorie di replica o integrative.

DIRITTO

I. 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. Ritenuta, pertanto, infondata l'eccezione di inammissibilità e passando a trattare il 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 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 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. Decisioni n. 348 e 349 del 22 marzo 2018).

Ciò risulta di per sé sufficiente a far pervenire ad un conclusivo giudizio di fondatezza delle doglianze del ricorrente in ordine alla violazione degli obblighi informativi e alle carenze concernenti la valutazione di adeguatezza degli investimenti.

3. Al di là di tale ordine di considerazioni, già di per sé assorbente del merito del ricorso, volendo nondimeno trattare nel merito la presente controversia, è da dirsi, quanto agli obblighi informativi e di correttezza, che l’inadempimento di tali obblighi risulta ricavabile dalla documentazione disponibile in atti, atteso che: a) la modulistica relativa agli acquisti del 2011 (Domande di ammissione a socio e Sottoscrizione di azioni) non recano nessuna specifica informazione in ordine alle caratteristiche del titolo *ex* Capogruppo; b) il mero richiamo all’asserita “presa visione” da parte dell’investitore della documentazione informativa “di rito” (Prospetto d’Offerta) contenuto nelle schede di adesione agli Aucap “POC 2013” e “PO 2014” non è sufficiente a comprovare il buon operato dell’intermediario.

Infatti, come il Collegio ha, in più pronunce, affermato: *“la mera pubblicazione e messa a disposizione di un prospetto di offerta non è sufficiente a far ritenere che siano stati correttamente adempiuti gli (ulteriori e finalisticamente differenziati) obblighi di informazione che l’intermediario, in quanto tale, è tenuto ad osservare nei confronti della clientela [...] infatti, con la pubblicazione del prospetto d’offerta l’emittente adempie al suo (diverso) obbligo di informazione nei confronti della generalità degli investitori, mentre l’intermediario (ancorché anche emittente) che fornisce un servizio di investimento - soprattutto quando, come nel caso di specie, esso si sostanzia in un servizio di consulenza - non può, all’evidenza, limitarsi ad informare la clientela della circostanza che è stato pubblicato un prospetto informativo e che tale prospetto è disponibile per gli interessati, dovendo per converso fornire al cliente tutte le informazioni necessarie al fine di consentirgli di valutare le caratteristiche dell’investimento proposto e da ciò farne scaturire una scelta consapevole.”* (v. Dec. n. 35 del 04/08/2017; in tal senso anche Dec. n. 378 del 13/04/2018; Dec. n. 147 del 14/12/2017, Dec. n. 111 del 16/11/2017 e Dec. 807 del 30/08/2018); c) anche i preordini relativi alle operazioni di sottoscrizione delle azioni del luglio 2013 e del maggio 2014 contengono la mera attestazione secondo cui *“le caratteristiche relative al prodotto finanziario sono descritte nell’informativa consegnata e condivisa preliminarmente all’operazione”*.

La fondatezza delle doglianze inerenti l’inadempimento degli obblighi informativi riveste carattere assorbente rispetto agli altri profili violativi sollevati dalla ricorrente. Tuttavia, va ulteriormente rilevato che analoghe carenze sono da riscontrarsi con riguardo alle fasi di valutazione dell’adeguatezza/appropriatezza degli investimenti. Anche in relazione ad esse, infatti, l’intermediario non ha ritenuto di addurre argomentazioni idonee anche solo a revocare in dubbio i motivi di doglianza esposti dalla ricorrente che, pertanto, devono ritenersi fondati sulla base del principio di non contestazione.

Anche in questo caso, peraltro, la documentazione disponibile in atti contiene elementi confermativi delle richiamate doglianze: si consideri che in occasione

dell'investimento del 2 luglio 2013 l'intermediario rilevava l'inadeguatezza dell'operazione "*per obiettivo*" e, subito dopo, nell'arco di appena cinque minuti (dalle 12:03:33 alle 12:08:16) – acquisito un secondo preordine – svolgeva con esito positivo la valutazione di appropriatezza ed acquisiva dal cliente l' "*espresso incarico alla Banca ad eseguire la presente operazione*".

Il Collegio, in sede di valutazione di casi analoghi, ha ritenuto che la sostanziale contestualità delle fasi di valutazione di adeguatezza/appropriatezza e di esecuzione dell'operazione sia espressione di un adempimento solo formale degli obblighi facenti capo all'intermediario e per nulla funzionale alle esigenze informative concrete ed effettive del cliente, in quanto non consente a quest'ultimo di poter disporre di un tempo congruo per poter acquisire previamente ed effettivamente le informazioni per superare in modo consapevole il vincolo di inadeguatezza e, solo in esito a ciò, incaricare eventualmente l'intermediario di dare comunque corso all'operazione (*ex plurimis*, Dec. n. 61 del 3/10/2017).

4. Preme infine al Collegio rilevare che il danno lamentato dalla 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 3/10/2017), l'azzeramento del valore attuale dei titoli, in considerazione della liquidazione coatta amministrativa della *ex* Capogruppo emittente, è all'evidenza sufficiente a far ritenere sussistente il requisito di attualità del danno lamentato.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto al risarcimento dei danni a favore della ricorrente nella misura di 61.295,00 euro, comprensivi di rivalutazione monetaria, oltre a 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 euro 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