



Decisione n. 1238 del 17 dicembre 2018

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 19 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2842, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente, in qualità di erede, ha rappresentato che:

- al proprio dante causa, “*semplice risparmiatore privo di qualsivoglia titolo di studio e di qualsiasi esperienza in materia finanziaria, che aveva sempre investito i suoi risparmi di emigrante in Buoni Fruttiferi Postali*”, nell’agosto del 2012 veniva diagnosticato uno stato di demenza senile, in conseguenza del quale il competente Tribunale provvedeva alla nomina, nell’ottobre 2013, di un amministratore di sostegno;

- tra il 2012 e il 2013, quando aveva già 82 anni, il dante causa acquistava “n. 1500 azioni” emesse dall’allora Banca Capogruppo, ora in l.c.a., dell’odierno Resistente, per un controvalore di € 59.750,00, per il tramite di quest’ultimo;
- era stato consigliato in tal senso “*dal funzionario gestore dell’Agenzia (della Banca controllata ...) sul presupposto che queste azioni fossero sicurissime come le obbligazioni di cui il sig.... era già intestatario e che avrebbe potuto così beneficiare anche delle agevolazioni sul conto corrente che la Banca riservava ai soci*”;
- “*è di tutta evidenza che il sig. ... che, in ogni caso, mai prima di allora aveva acquistato azioni, non era nelle condizioni mentali per comprendere l’investimento che stava effettuando*”;
- Egli, infatti, aveva fatto completo affidamento sulle rassicurazioni ricevute, in merito al basso rischio e pronta liquidabilità del titolo, dal funzionario della Banca con il quale aveva un rapporto amichevole; in proposito, il Ricorrente osserva che “*Il funzionario prospettava l’acquisto delle azioni ... come una forma di deposito sicuro e, contrariamente al vero, liquidabile in qualsiasi momento*;
- “*le azioni sono ancora nella disponibilità del richiedente dal momento che – contrariamente a quanto fu indicato – trattavasi di capitale a rischio invendibile*;
- il questionario di profilatura MiFID “*(in relazione al quale il sig. ... non è mai stato realmente intervistato) sarebbe il frutto di un’iniziativa non condivisa con il cliente al dettaglio da parte del personale della banca. Il sig. ... non era in grado, sia per ragioni culturali che legate alla patologia di cui era affetto già da tempo, di comprendere il contenuto della modulistica*”;
- “*dall’esame della documentazione in possesso del cliente, si evidenzia come appaia in palese contraddizione il profilo di investitore senza alcuna conoscenza ed esperienza in ambito finanziario, affetto da patologia cognitiva e che all’epoca aveva comunque 82 anni, con obiettivi misurati esclusivamente alla crescita nel lungo termine del capitale investito e desiderio di incrementare il proprio capitale in maniera sensibile, con un*

rischio di credito dichiarato di tipo “3-MEDIO-ALTO” che configurerebbe un obiettivo di investimento e rischio di credito molto elevato, senza le premesse per un investimento sicuro [...]”

A fronte dei fatti sopra rappresentati il Ricorrente lamenta, dunque, la violazione degli obblighi comportamentali e, in particolare, informativi disposti dal T.U. della Finanza (in particolare art. 21 e ss.) e dalla normativa regolamentare *medio tempore* applicabile, in specie con riguardo:

2. all’omessa informativa sul grado di rischio connesso alla specifica operazione di investimento proposta. Il Ricorrente sottolinea, al riguardo, come *“all’epoca della negoziazione dei titoli, l’odierna convenuta era a conoscenza del fatto che l’investimento in questi titoli presentava evidenti elementi di rischiosità, che avrebbero certamente reso problematico il rimborso. [...] La Banca non ha comunicato al cliente, come invece avrebbe dovuto, in ottemperanza alle proprie obbligazioni, che il rischio riguardava la possibilità, le modalità ed i tempi di restituzione del capitale impiegato”*. L’illiquidità del titolo avrebbe dovuto essere opportunamente segnalata dalla Banca come previsto dalle specifiche “Misure di trasparenza” contenute della Comunicazione Consob del 2 marzo 2009, n. 9019104.

3. al dovere dell’intermediario di astenersi dall’esecuzione di un’operazione di acquisto inadeguata rispetto al profilo del cliente, al riguardo evidenziando che la Banca avrebbe dovuto rifiutarsi *“di eseguire l’ordine di acquisto in quanto palesemente inadeguato rispetto alle esigenze e alle caratteristiche del risparmiatore che fino a quel momento aveva sempre investito i suoi risparmi in prodotti assolutamente prudenti ed a basso rischio”*, non potendosi reputare sufficiente, ai fini dell’esonero della Banca dalla responsabilità in cui essa incorre per aver eseguito un ordine inadeguato, la semplice conferma scritta del cliente; quest’ultima, infatti, non può supplire ad un difetto di attività informativa, poiché solo in presenza di un preciso riscontro quanto all’adempimento dell’obbligo informativo, la scelta dell’interessato di dare corso all’operazione finanziaria – di

cui è emersa l'inadeguatezza – risulta libera e consapevole (cfr. *ex multis* Cassazione n. 24285/2016 e Decisione ACF n. 107 del 16 novembre 2017).

La gravità della condotta della Banca è tale da legittimare, a giudizio del Ricorrente, *“la restituzione di tutto il capitale investito e/o in subordine a titolo di risarcimento danni la somma di € 59.150,00”*.

4. Nelle deduzioni difensive, la Banca ha eccepito l'inammissibilità del ricorso giacché avente a oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse, al tempo dei fatti, dalla Banca Capogruppo, posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del D.L. n. 99/2017. Alla luce delle previsioni di tale D.L. e dei contenuti sia del *“Contratto di cessione di azienda”*, sottoscritto il 26 giugno 2017 tra la Banca cessionaria e la Banca posta in l.c.a., che dei 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, solo a quest'ultima Banca sarebbero imputabili eventuali comportamenti violativi tenuti dalla Banca controllata, accertati dall'ACF. Tali atti negoziali confermerebbero le previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità della Banca controllata dalla cessionaria al cd. Contenzioso Passivo, di cui fanno parte anche i contenziosi *“instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso (...le banche controllate dalla Capogruppo in l.c.a. e ora dalla Banca cessionaria) [...]*”. Ha, infine, richiamato l'ordinanza Tribunale di Foggia del 16 maggio 2018 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. (in l.c.a.)”*.

In punto di fatto, l'Intermediario evidenzia che *“i dati riportati dalla parte ricorrente non risultano coerenti con la documentazione allegata. Il numero di*

azioni intestate al sig.... ci risulta essere n. 1491 per un controvalore di € 56.526,00 in parte rivenienti dalla conversione di obbligazioni convertibili e adesione ad aumenti di capitale”.

5. Nelle proprie deduzioni integrative, il Ricorrente replica all’eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva formulata dalla parte resistente sostenendone l’infondatezza, in quanto, come affermato anche dalla giurisprudenza di merito, il perimetro delle passività escluse dalla cessione non ricomprende quelle delle controllate della banca posta in liquidazione, poiché si tratta di autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta né pende alcuna procedura e che quindi sono legittimati passivamente rispetto alle domande fondate sulla violazione della disciplina regolante l’intermediazione finanziaria. Tale soluzione interpretativa è stata adottata anche dal Collegio ACF, secondo un orientamento ormai consolidato (*ex multis* Decisione n. 107 del 16 novembre 2017 e n. 194 del 16 gennaio 2018), nonché dalla recente giurisprudenza di merito (*cf.* sentenze del Tribunale di Palermo dell’8 maggio 2017 e Tribunale di Potenza del 25 luglio 2017).

Il Ricorrente ha, infine, ribadito che la Banca non ha fornito alcuna prova del corretto adempimento degli obblighi *ex art.* 21 del T.U.F. e dei regolamenti attuativi e che, di conseguenza, le affermazioni del Ricorrente devono ritenersi incontestate.

6. 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. In via pregiudiziale, la Banca ha sollevato l’eccezione relativa alla carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la *vecchia* banca controllante, vicende dalle quali deriverebbe la propria estraneità al presente procedimento e, dunque, l’inammissibilità del ricorso. Ciò 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.

Il Collegio si è espresso sull'argomento (*ex multis*, Decisioni n. 107, 111 e 112 del 16 novembre 2017, n. 163 del 22 dicembre 2017, n. 309 del 2 marzo 2018 e n. 807, del 30 agosto 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 venete, 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 T.U.B., 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 resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale e i suoi *asset* non hanno formato oggetto di trasferimento: ciò che è stato trasferito è solo il controllo dell'Intermediario, odierno resistente, dalla Banca in l.c.a. al soggetto cessionario. 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.

Il Collegio ha sottolineato che un'interpretazione estensiva della predetta norma, oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, sarebbe *“eversiva del sistema e*

gravemente sospetta d'incostituzionalità” in quanto essa “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”.

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 della allora Capogruppo.

Quanto, infine, all’argomento relativo agli accordi ricognitivi, successivi al contratto di cessione (volti a porre rimedio ad alcuni problemi interpretativi sorti in relazione all’esecuzione del contratto di cessione degli *asset* in favore dell’interveniente), si osserva che la previsione contrattuale per cui sono *“ricompresi tra i Contenziosi Esclusi anche quelli instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso [l’odierna parte resistente] 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”* non può significare altro 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 sì 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, pertanto, non può far venire meno la responsabilità di parte resistente nei confronti dei propri clienti (*cf.* Decisione del Collegio n. 398 del 24 aprile 2018).

Né, infine, come già posto in luce nella Decisione n. 1099 del 19 novembre 2018, sembra pertinente il richiamo alla decisione della Commissione UE che ha autorizzato il trasferimento delle azioni rappresentative del capitale della *bridge bank* a favore dell’intermediario convenuto. Il riferimento, ivi contenuto, al fatto che nessuna futura pretesa di azionisti o detentori di obbligazioni subordinate o di altri strumenti ibridi di capitale di [omissis] possa ricadere sulla *bridge bank* appare, infatti, pienamente compatibile e coerente con la posizione espressa dal Collegio, che appunto limita la sterilizzazione delle pretese solo ai diritti patrimoniali e/o amministrativi incorporati

nelle azioni e da queste discendenti, nulla deponendo, invece, nel senso che la Commissione abbia inteso interpretare la direttiva nella accezione più estesa sostenuta dal convenuto e che vorrebbe anche azzerare le ben diverse pretese nascenti da illeciti compiuti dall'intermediario nella prestazione di servizi di investimento inerenti proprie azioni (o obbligazioni), poi annullate all'esito dell'adizione da parte dell'Autorità di risoluzione della misura del *burden sharing*.

2. Nel merito, va rilevato che parte resistente non ha contestato i fatti e le doglianze svolte nel ricorso, 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. In 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”* (cfr. 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. Inoltre, dalla documentazione trasmessa da parte ricorrente ulteriori elementi confermativi della fondatezza delle doglianze addotte.

Con riguardo all'adeguatezza delle operazioni rispetto al profilo del dante causa, in atti è presente il questionario di profilatura MiFID del 7 novembre 2012, da cui emerge

che al cliente - all'epoca già 82enne e in più che precario stato di salute - veniva assegnato un profilo di esperienza di tipo "4-ALTA". Nonostante l'età, gli veniva inoltre inopinatamente attribuito un "orizzonte temporale di medio – lungo periodo (fino a dieci anni)"; un obiettivo di investimento "di tipo 4 medio/alto – obbligazioni a carattere speculativo"; un rischio di liquidità di tipo "4-MEDIO-ALTO – discreta probabilità di liquidazione dell'investimento".

I moduli di preordine e ordine relativi alle operazioni di acquisto recano l'indicazione dell'esecuzione delle operazioni in regime di adeguatezza, con l'informativa relativa al solo aspetto del conflitto di interessi.

Il portafoglio del cliente risultava, inoltre, investito al tempo in azioni della Banca Capogruppo in l.c.a. nella percentuale dell'85,63%, dunque con un elevatissimo e non giustificato grado di concentrazione. Non consta, infine, che sia stato messo nella sua disponibilità un set informativo funzionale a pervenire a consapevoli scelte d'investimento, ivi comprese le informazioni specificamente previste dalla comunicazione Consob del marzo 2009 in materia di prodotti finanziari illiquidi.

Il Ricorrente va pertanto risarcito dei danni subiti a cagione delle esposte inadempienze dell'Intermediario.

3. Venendo alla quantificazione del danno occorso, stanti le evidenze in atti, esso va determinato in misura pari a quanto richiesto dal Ricorrente e, dunque, a € 59.750,00 che, debitamente rivalutati trattandosi di debito risarcitorio e quindi di valore, ammontano a € 61.998,70. 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 al Ricorrente, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, la somma rivalutata di € 61.998,70, 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 € 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