



Decisione n. 1236 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. 2808, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La società Ricorrente espone di aver acquistato nel biennio 2012/14 azioni emesse dalla banca, ora in l.c.a. ex d.lgs. n. 99/2017, all'epoca dei fatti controllante la Banca dei cui servizi d'investimento ella si avvaleva, successivamente incorporata nell'Intermediario odierno convenuto. L'operatività oggetto di doglianze è la seguente:

- nel mese di luglio del 2012, a seguito di apertura di un rapporto deposito titoli, veniva proposto dalla Banca l'acquisto di n. 800 azioni dell'allora Capogruppo al prezzo unitario di € 62,50, per complessivi € 50.000,00,

“prospettando l’operazione come investimento a rischio nullo che avrebbe rappresentato, nel lungo periodo, una forma di accumulo del risparmio. L’intermediario garantiva altresì la possibilità di rivendere in qualsiasi momento le azioni ...”;

- nel luglio del 2013, in occasione di un aumento di capitale, la Banca proponeva – *“sempre presentando l’operazione come vantaggiosa per incrementare i propri risparmi”* – l’acquisto di ulteriori n. 40 azioni della Capogruppo al prezzo unitario di € 62,50, per un investimento complessivo pari a € 2.500,00;
- nel 2014, ancora in occasione di un aumento di capitale, l’Intermediario consigliava l’acquisto di ulteriori n. 1.600 azioni della Capogruppo al prezzo unitario di € 62,50, per un controvalore complessivo pari a € 100.000,00.

All’atto degli investimenti, tuttavia, l’Intermediario non avrebbe reso edotto il cliente dei profili di rischio ad essi connessi omettendo, in particolare, di informarlo circa la natura illiquida dei titoli di che trattasi e del rischio di perdita integrale del capitale investito. *“Di tutto ciò il legale rappresentante p.t. della società ricorrente era completamente all’oscuro, nessuna informativa sulla natura delle azioni gli era stata mai fornita, anzi era stato rassicurato circa la possibilità di liquidare i titoli in un momento successivo all’acquisto”.*

L’Intermediario avrebbe, altresì, violato l’obbligo *“di valutare l’appropriatezza delle operazioni di investimento, che implica l’acquisizione, da parte dell’intermediario di informazioni in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente in materia di investimenti ‘nello specifico prodotto o servizio richiesto’”.*

L’assenza di verifiche in proposito emergerebbe dai contenuti del questionario MiFID , in cui veniva dichiarata la conoscenza di strumenti quali azioni, obbligazioni e titoli di Stato ma di non avere conoscenza di prodotti più complessi, tra cui i derivati OTC assimilabili alle *“azioni illiquide, come quelle per cui è causa”.*

La Ricorrente rappresenta d’avere, pertanto, patito un danno quale conseguenza di diversi comportamenti dell’Intermediario a suo dire violativi di norme regolamentari, e segnatamente l’art. 23 e ss. del Regolamento Consob-Banca

d'Italia del 29 ottobre 2007, in materia di conflitti di interesse, gli artt. 39 e 41 del Regolamento Consob n. 16190/2007, in materia di informativa da fornire al cliente, e l'art. 42 del medesimo Regolamento in materia di valutazione di appropriatezza, come anche degli obblighi informativi specificamente previsti dalla Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 sui prodotti illiquidi.

Per effetto di quanto sopra, la Ricorrente chiede conclusivamente il “*risarcimento del danno patito*”, quantificandolo in € 152.500,00, pari al controvalore delle azioni acquistate, oltre agli “*interessi al tasso legale e la rivalutazione monetaria*”.

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 l.c.a.

Preliminarmente parte resistente ha rappresentato di avere, in pendenza del procedimento, acquisito la partecipazione di controllo della Banca Capogruppo ora in LCA nella Banca controllata, incorporando poi quest'ultima a far data dal 7 aprile 2018. Ha quindi eccepito la sopravvenuta inammissibilità del ricorso giacché avente ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse, al tempo dei fatti, dalla Capogruppo poi posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017. 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 quest'ultima sarebbero imputabili eventuali comportamenti violativi accertati dall'ACF in questa sede.

Ciò 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 fanno parte anche i contenziosi instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso di lei.

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”*.

La propria estraneità rispetto alla domanda formulata nell'odierno ricorso discenderebbe, infine, anche dall'atto autorizzativo della Commissione UE, ex d.l. n. 99/2017.

Nulla, invece, è stato eccepito dalla Resistente con riguardo al merito.

3. Nelle proprie memorie di replica, Parte Ricorrente, nel richiamare integralmente quanto esposto in sede di deduzioni introduttive, ribadisce la responsabilità dell'Intermediario *“per aver venduto prodotti rischiosi a soggetti privi di qualsivoglia conoscenza finanziaria senza un'adeguata informazione sui rischi a cui andavano incontro”*. Osserva, poi, che i contratti di cessione prodotti dall'Intermediario non sono idonei a escludere la responsabilità della Banca controllata e oggi della cessionaria resistente, dal momento che le passività escluse dal perimetro della cessione riguarderebbero le controversie instaurate dagli investitori nei confronti della Banca Capogruppo in l.c.a. e non già contro la Banca incorporata dalla cessionaria, a tal riguardo richiamando decisioni di questo Collegio (*cf.* decisioni n. 106-111-112 del 2017, n. 194 e 500 del 2018).

4. Parte Resistente non ha ritenuto di produrre memorie di replica.

DIRITTO

I. Come sopra rilevato, l'Intermediario ha resistito al ricorso eccependo esclusivamente 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 altre, 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 letta come volta a esonerare la resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora capogruppo, e al più tale disciplina può 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.

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. Venendo 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, va anche evidenziato che emergono dagli atti plurimi elementi che suffragano le doglianze della Ricorrente.

Non consta, infatti, che sia stata condotta una valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza, nè è dato rinvenire nel fascicolo istruttorio alcun documento recante una specifica informativa precontrattuale fornita dall'Intermediario sulle caratteristiche di rischiosità dei titoli di che trattasi e una comunicazione esplicativa della sussistenza di una situazione di conflitto di interessi in capo alla Banca per il collocamento delle azioni. Disattesa, infine, risulta la comunicazione Consob del marzo 2009 in tema di informazione specifica in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi.

Ciò rilevato, la Ricorrente ha conclusivamente diritto di essere risarcita del danno occorso in misura pari a quanto complessivamente investito e, pertanto, a € 152.500,00 che, rivalutato trattandosi di debito di natura risarcitoria e dunque di valore, si attesta a € 156.657,50. Sulla somma così 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 alla Ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, la somma rivalutata di € 156.657,50, 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