



Decisione n. 952 del 17 ottobre 2018

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio
composto dai Signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente
Prof. Avv. A. Albanese – Membro supplente
Prof. Avv. M. de Mari -Membro supplente
Prof. Avv. F. De Santis – Membro supplente
Prof. Avv. Giorgio Afferni - Membro

Relatore: Prof. Avv. F. De Santis

nella seduta del 12 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 2207, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La Ricorrente – persona ultrasettantenne “*priva di qualsivoglia conoscenza ed esperienza tecnica nel settore finanziario*”, da sempre “*interessata esclusivamente alla conservazione e tutela del suo piccolo risparmio*” - rappresenta di aver appreso di essere intestataria di n. 1.232 azioni emesse dall’allora Banca Capogruppo dell’Intermediario risultante aver operato per suo

conto, senza essere stata parte attiva dell'acquisto. In particolare, l'Intermediario, in data 4 agosto 2014, “*approfittando nella fiducia riposta nella persona del consulente [...] e della buona fede del di lei marito*”, aveva eseguito, per suo conto, un'operazione di acquisto di azioni di nuova emissione della predetta Banca Capogruppo al tempo, avente a oggetto n. 833 azioni, per un controvalore unitario di € 36,00 ad azione ed un totale investito di € 29.988,00. In data 16 febbraio 2015, l'Intermediario aveva eseguito una successiva operazione di trasferimento in suo favore di azioni dello stesso emittente, prima intestate ad altro cliente, avente a oggetto n. 399 azioni, per un controvalore unitario di €39,50 ed un totale di €15.760,00.

Per entrambe le operazioni, l'Intermediario avrebbe richiesto unicamente il consenso del coniuge. Peraltro, la firma da lei apposta sui moduli bancari sarebbe apocrifa, come risulterebbe evidente dalla difformità di tale firma rispetto a quella presente sul suo documento di identità.

La Ricorrente presentava, pertanto, un primo reclamo formale all'Intermediario in data 22 novembre 2016, con cui avanzava richiesta di integrale rimborso del capitale investito e di risarcimento dei danni patiti, nonché di accesso agli atti ed ai documenti relativi all'acquisto delle azioni in oggetto. Non sortendo il reclamo alcun effetto, alla luce della sottoposizione alla liquidazione coatta amministrativa dell'emittente, in data 1° febbraio 2018 ella presentava un nuovo reclamo, in cui domandava, anche a titolo risarcitorio, l'integrale restituzione e/o rimborso del capitale investito in entrambe le operazioni, pari a €45.748,00. Insoddisfatta degli esiti dei reclami, la Ricorrente ne ha riproposto ora i contenuti nel ricorso con cui si è rivolta all'ACF, con cui lamenta: la violazione degli obblighi informativi previsti dall'art. 21 TUF, dagli artt. 31 e 32 del Regolamento Consob n. 16190/2007 e dalla Comunicazione Consob n. 9019104 del 3 marzo 2009; la violazione degli artt. 21 e 28 del TUF e dell'art. 29 del Regolamento Consob n. 16190/2007 in relazione all'operazione di acquisto di n. 833 azioni del 4 agosto 2014; la violazione dell'art. 21 del TUF e dell'art. 42 Regolamento Consob n. 16190/2007.

La Ricorrente quantifica il risarcimento dei danni patiti in € 45.748,00, pari al controvalore delle azioni acquistate, oltre rivalutazione monetaria e interessi.

2. L'Intermediario ha trasmesso le proprie deduzioni in data 14.5.2018, eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso per violazione dell'art. 10, comma 3, del Regolamento ACF, in quanto, essendo stato presentato reclamo alla Banca in data 22 novembre 2016, cioè anteriormente alla data di operatività dell'Arbitro (9 gennaio 2017), il ricorso avanti al Collegio avrebbe dovuto essere presentato "*entro un anno da tale data*", ossia entro il 9 gennaio 2018, laddove il ricorso qui in esame è stato depositato solo in data 23 marzo 2018. La reiterazione del reclamo in data 1 febbraio 2018 non varrebbe a sanare la violazione della citata norma regolamentare.

In aggiunta a ciò, parte resistente chiede che sia dichiarata l'inammissibilità delle contestazioni riferite all'operazione di trasferimento di n. 399 azioni del febbraio 2015. Dette azioni, si evidenzia, sarebbero entrate nella titolarità del Ricorrente a seguito di un atto negoziale tra privati, operazione per la quale la Banca non ha prestato alcun servizio di investimento, ma si è limitata a prendere atto delle richieste delle parti e a dare successiva esecuzione alle stesse.

L'Intermediario ha altresì eccepito l'inammissibilità del ricorso giacché avente a oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse, al tempo dei fatti, dall'allora Banca Controllante, 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, tra cessionario e organi della procedura concorsuale, solo a quest'ultima sarebbero imputabili eventuali comportamenti lesivi accertati dall'ACF.

Nulla, infine, l'Intermediario ha contestato con riguardo al merito dei fatti per cui è sorta la presente controversia.

3. Nelle deduzioni integrative trasmesse in data 25.5.2018, il Ricorrente replica alle eccezioni formulate da parte resistente esponendo, quanto a quella d'irricevibilità del ricorso per violazione dell'art. 10, comma 3, del regolamento ACF, che la raccomandata del 22 novembre 2016 non costituirebbe affatto l'atto di reclamo posto a presupposto ed a fondamento dell'odierno ricorso, bensì "*una*

mera contestazione dell'illegittimo operato della Banca con contestuale richiesta di accesso agli atti [...] propedeutica a consentire alla Ricorrente di prendere visione, in modo completo ed integrale, della documentazione contrattuale e della modulistica bancaria". Il comportamento omissivo e dilatorio serbato dalla Banca in ordine alla richiesta di documenti costringeva di fatto l'esponente a presentare un secondo e stavolta formale atto di reclamo in data 1 febbraio 2018, che rappresenterebbe il *dies a quo* ai fini del computo del termine annuale.

Quanto all'eccezione di inammissibilità *ratione materiae* delle contestazioni riferite al trasferimento di titoli azionari del 16 febbraio 2015, in quanto tale acquisto sarebbe avvenuto in forza di un atto negoziale tra privati, senza la prestazione di alcun servizio di investimento da parte della Banca, il Ricorrente obietta che l'attività di mediazione dell'Intermediario sarebbe viceversa dimostrata da una serie di circostanze, quali il trasferimento dei titoli tra due clienti e correntisti della stessa Banca, l'esecuzione dell'operazione nei locali commerciali dell'Intermediario, la sottoscrizione e la timbratura apposta sul modulo bancario da parte del Responsabile di Filiale.

Relativamente all'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva, il Ricorrente obietta, infine, che il *thema decidendum* del presente procedimento concerne l'accertamento della responsabilità dell'Intermediario nella prestazione dei servizi di investimento e non le responsabilità di gestione dell'emittente i titoli, che era soggetto giuridico autonomo e distinto dal primo.

4. Nelle repliche trasmesse in data 11 giugno 2018, l'Intermediario ha ribadito quanto affermato nelle precedenti difese.

DIRITTO

I. Vanno per prime esaminate le eccezioni preliminari di rito formulate dall'Intermediario.

Con riferimento all'eccezione di irricevibilità del ricorso *ex art. 10, comma 3, del Regolamento ACF*, essa è infondata in quanto non è condivisibile la tesi di parte resistente secondo la quale la reiterazione del reclamo in data 1 febbraio

2018 non varrebbe ad integrare la condizione di ricevibilità richiesta dall'art. 10, comma 3, del Regolamento ACF.

Difatti, sin dalle osservazioni emerse in sede di consultazione sullo schema di regolamento ACF, il fine della proposizione del reclamo è stato individuato nella necessità di contemperare le esigenze di economia procedimentale con quelle di certezza del diritto, con l'effetto di onerare il ricorrente del fatto di rendere edotto l'intermediario delle contestazioni da lui sollevate, perché sia così agevolata una soluzione concordata della controversia prima ancora della presentazione di un ricorso a questo Arbitro (*cf.* Decisione ACF n. 360 del 6 aprile 2018).

Non c'è dubbio pertanto che nel caso di specie l'atto redatto il 1° febbraio 2018 abbia assolto alla finalità di instaurare un contatto tra le parti, finalizzato a sperimentare la praticabilità di un'eventuale soluzione della controversia, come risulta confermato dalla risposta al reclamo che la stessa Banca ha trasmesso al Ricorrente in data 27 febbraio 2018.

Del pari infondata è l'eccezione di inammissibilità per difetto di competenza *ratione materiae* dell'ACF.

Secondo l'orientamento di questo Collegio, la competenza va determinata sulla base del contenuto della domanda (*cf.* Decisione ACF n. 321 del 16 marzo 2018). Nel caso di specie, il Ricorrente ha prospettato violazioni compiute dall'Intermediario in data 16 febbraio 2015 - in occasione del trasferimento in suo favore di azioni precedentemente intestate ad altro cliente - come inadempimento degli obblighi di corretta prestazione del servizio di "*esecuzione di ordini per conto del cliente*", in quanto tale rientrante a pieno titolo nel novero dei servizi d'investimento e della competenza di questo Arbitro.

L'Intermediario ha poi formulato l'eccezione di carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la Banca emittente, sua *ex* 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, che stabilirebbe, a suo dire, nel quadro della procedura di liquidazione coatta

amministrativa della banca *ex* controllante, 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”*. Tale esclusione troverebbe conferma in alcune specifiche previsioni del contratto di cessione.

Il Collegio si è espresso sull'argomento, tra le altre, nelle 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 disciplina l'avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa delle due banche ivi indicate 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”*.

E difatti, l'Intermediario resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale ed i suoi *assets* 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 ha inciso né sul rapporto *“processuale”* - che resta tra il Ricorrente e parte resistente - né sulla titolarità dell'obbligazione risarcitoria che dovesse risultare accertata, all'esito del procedimento innanzi all'ACF, a carico di quest'ultima per le vicende controverse.

Ne deriva che la disciplina del d.l. 99/2017 non può essere letta come volta a esonerare l'odierna parte resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora banca capogruppo.

2. Passando all'esame del merito della controversia, il Collegio rileva preliminarmente che l'Intermediario non ha specificamente contestato i fatti e le

doglianze della 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.

In fattispecie analoghe il Collegio si è pronunciato 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 n. 348 e n. 349 del 22 marzo 2018).

In aggiunta a tali pur dirimenti considerazioni, il Collegio ritiene che dalla documentazione versata in atti emergono in ogni caso elementi atti a riconoscere la fondatezza delle doglianze del Ricorrente.

Per quanto concerne, anzitutto, la contestazione relativa all’omissione delle informazioni precontrattuali in relazione alle caratteristiche dell’investimento e alla natura illiquida dei titoli, in atti sono presenti la Scheda di adesione del 1° luglio 2014 e l’Aggiornamento del libro soci del 16 febbraio 2015.

Il primo documento reca la dichiarazione dell’investitore, tra l’altro, di *“aver preso visione del Documento di registrazione, della Nota informativa e della Nota di sintesi depositate [...] presso la Consob”* e di *“aver preso visione dei*

Fattori di Rischio predisposti ai fini dell’Offerta [...] e di essere, in particolare, a conoscenza che l’adesione all’Offerta comporta i rischi tipici di un investimento in strumenti finanziari di capitale non quotati in mercati regolamentati”. Sulla natura illiquida dei titoli acquistati, informazioni sono riportate in apposito *Addendum* alla Scheda di Adesione sottoscritto dal cliente, tramite rinvio ai fattori di rischio come descritti nei documenti predisposti dall’emittente.

Trattasi, tuttavia, di documenti predisposti dall’emittente, non idonei a far ritenere idoneamente soddisfatti gli obblighi informativi (ivi compresi quelli in merito al carattere illiquido delle azioni) incombenti sull’Intermediario in sede di prestazione dei servizi d’investimento nei confronti della propria clientela (al riguardo, *cfr.*, tra le altre, le Decisioni ACF n. 35 del 4 agosto 2017, n. 378 del 13 aprile 2018, n. 147 del 14 dicembre 2017, n. 111 del 16 novembre 2017, n. 807 del 30 agosto 2018).

Quanto, poi, alla dedotta mancata coerenza dell’acquisto delle azioni al profilo di rischio della Ricorrente, militano nella direzione dell’inadeguatezza degli investimenti da quest’ultima sottoscritti i contenuti del questionario MiFID e, per l’acquisto delle n. 833 azioni avvenuto nel luglio 2014, le indicazioni riportate nelle disposizioni degli ordini.

Anzitutto, agli atti è presente un “*Documento di sintesi del contratto disciplinante i servizi di deposito titoli a custodia e amministrazione*” il quale comprende anche la disciplina dei servizi e delle attività di investimento prestati della Banca. Tale contratto incorpora il Questionario MiFID che, presentando la data del 4 marzo 2008, è anteriore a tutte le operazioni di investimento effettuate dalla cliente. Ebbene, in sede di compilazione del questionario, la Ricorrente ha dichiarato di conoscere solo strumenti quali certificati di deposito e titoli di Stato, al contempo palesando di non avere esperienza nel settore finanziario, tant’è che il suo profilo di esperienza è stato classificato come “*di tipo: 1) BASSA*”. L’obiettivo di investimento dichiarato è quello di: “*Impiegare temporaneamente il mio capitale e disporre di un investimento particolarmente liquido*” e il rischio che era disposto ad assumersi con l’operazione era: “*Nessun*

rischio, desidero proteggere il mio capitale dall'inflazione". Il periodo entro il quale mantenere fermo l'investimento reca la formula "breve periodo".

In atti sono presenti anche tre ordini su strumenti finanziari, datati 24 luglio 2014, relativi all'operazione di acquisto di n. 833 azioni. Dagli stessi è evincibile che, in tale data, alle ore 13:11, la Banca ha prestatato il servizio di consulenza e l'operazione è stata valutata inadeguata. Dopo soltanto un minuto (ore 13:12), risulta invece che il cliente ha agito di propria iniziativa e che l'operazione, pur se sconsigliata in quanto non adeguata, era appropriata.

Sul punto, in presenza di fattispecie analoghe a quella in esame, il Collegio ha ritenuto che *"la contestualità delle fasi che hanno portato prima alla verifica di (in)adeguatezza e poi ad impartire l'ordine di esecuzione dell'operazione, senza dunque consentire al cliente di poter disporre di un tempo, ancorché minimale, congruo per poter acquisire previamente ed effettivamente le informazioni necessarie 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 [...] non può che dare il senso di un adempimento solo formale e per nulla funzionale alle esigenze informative concrete ed effettive del cliente [...]"* (Decisione n. 61 del 3 ottobre 2017).

In relazione, infine, all'operazione di trasferimento titoli del 16 febbraio 2015, è presente in atti la richiesta di aggiornamento del libro soci di n. 399 azioni, in cui i *"contraenti dichiarano di essersi scambiati in via autonoma il corrispettivo della transazione"* al prezzo di 39,50 euro per azione. Tuttavia, alla luce della dinamica con cui si è consumato il trasferimento delle azioni e delle condizioni soggettive della Ricorrente (persona anziana e non dotata di elevato grado di istruzione), anche per tale operazione è afferabile il coinvolgimento dell'Intermediario, solo formalmente estraneo alla prestazione di un servizio di investimento.

In conclusione, deve ritenersi accertata la responsabilità dell'Intermediario.

3. Con riguardo alla quantificazione del danno, in atti sono presenti una Scheda di adesione del 1° luglio 2014 che menziona la sottoscrizione di n. 833 azioni al prezzo unitario di € 36,00 ad azione ed un controvalore complessivo di €

29.988,00, nonché l'Aggiornamento del libro soci del 16 febbraio 2015, in cui si dichiara che i correntisti si sono scambiati n. 399 azioni, al prezzo unitario € 39,50, per un controvalore complessivo di € 15.760,00. Il danno occorso può, quindi, essere quantificato in misura pari alla somma investita, ovvero € 45.748,50, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo.

Si tratta di un danno concreto ed attuale, in quanto le azioni di che trattasi – seppure ancora in possesso della Ricorrente – risultano prive di valore, anche in considerazione del notorio stato di liquidazione coatta amministrativa a cui è stata sottoposta la detta Banca, con azzeramento del valore delle azioni medesime.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere alla Ricorrente, a titolo di risarcimento danni, la somma rivalutata di euro 47.062,52, oltre agli interessi legali dalla data della presente 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 € 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

