



ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio
composto dai Signori

Dr. G. E. Barbuzzi – Presidente
Prof. M. Rispoli Farina - Membro
Cons. Avv. D. Morgante – Membro
Prof. Avv. R. Lener – Membro supplente
Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta del 2 dicembre 2019, in relazione al ricorso n. 3021, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. Il Ricorrente, di professione impiegato, dichiara che:

- *“in data 12.10.2010 [...] veniva indotto [...] ad acquistare n. 300 azioni della Banca... [ex capogruppo dell’intermediario dei cui servizi d’investimento al tempo si avvaleva, poi incorporato nell’odierno Resistente]... ad un valore unitario di € 61,60, pari ad un controvalore di € 18.480,00”;*
- *“l’operazione veniva suggerita dall’addetto al servizio della Banca che non forniva alcuna informazione in ordine all’investimento in questione e al*

rischio connesso, ma si limitava a mettere in risalto [...] i vantaggi dello strumento finanziario proposto”;

- *“in data 28/04/2012 l’Assemblea dei soci della Banca [ex capogruppo] deliberava il pagamento di un dividendo [...] mediante assegnazione di azioni, e, conseguentemente, al [Ricorrente] venivano assegnate n. 5 azioni”;*
- *[la Banca] in data 10/07/2013 sottoponeva alla firma del [Ricorrente] una Scheda di Adesione all’Aumento di Capitale [...] 2013, relativa alla sottoscrizione di altre n. 50 azioni [...] al prezzo unitario di € 62,50, pari ad un controvalore di € 3.125,00 ed € 3.125,00 di obbligazioni [...] convertibili [...] per un investimento complessivo di € 6.250,00”;*
- *contestualmente, il Ricorrente afferma di aver sottoscritto un test di adeguatezza riportante esito negativo e un test di appropriatezza riportante anch’esso esito negativo, ciononostante recante espresso incarico alla Banca di eseguire comunque l’operazione;*
- *“ancora, in data 11/07/2014, [la Banca] faceva sottoscrivere [al Ricorrente] una Scheda di Adesione all’Aumento di Capitale [...] 2014, relativa alla sottoscrizione di n. 120 azioni [...] al prezzo unitario di € 62,50, pari ad un controvalore di € 7.500,00 ed € 7.500,00 di obbligazioni [...] per un importo complessivo di € 15.000,00”;* anche in tale occasione il Ricorrente riferisce di aver sottoscritto un test di appropriatezza riportante esito negativo parimenti e recante espresso incarico alla Banca di eseguire l’operazione;
- *“dopo l’operazione dell’11/07/2014 [il Ricorrente] risultava, quindi, titolare di n. 475 azioni [...] ed € 3.125,00 di obbligazioni [...] convertibili;*
- *“con avviso del 3 Marzo 2015 la Banca [Ex Capogruppo] deliberava di procedere all’esercizio di opzione di riscatto anticipato di tutte le obbligazioni” e, pertanto, “venivano assegnate [al Ricorrente] n. 71 azioni della Banca [Ex Capogruppo] in luogo delle obbligazioni convertibili precedentemente detenute”, così che il Ricorrente “diveniva possessore di n. 546 azioni”.*

In relazione agli investimenti sopra descritti, il Ricorrente lamenta plurime irregolarità nell’ambito della prestazione del servizio di consulenza e di

collocamento afferenti, tra l'altro, a:

- valutazione di adeguatezza e appropriatezza dell'operazione proposta, in quanto il Ricorrente non possedeva il livello di esperienza e conoscenza necessari per comprendere i rischi che lo strumento finanziario consigliato comportava, *“dovendo intendersi la sua conoscenza ed esperienza al più riferibile alle azioni come tipicamente intese (ossia, essenzialmente quali azioni di società quotate). Infatti, le azioni illiquide, come quelle oggetto della presente indagine, risultano semmai assimilabili ad altri prodotti finanziari tra i quali, ad esempio, i derivati OTC che, insieme a tutta una serie di altri prodotti derivati, [il Ricorrente] aveva dichiarato di non conoscere”*;
- violazione degli obblighi informativi relativi ai prodotti illiquidi sanciti dalla Comunicazione Consob n. 90191024/2009, in quanto l'Intermediario si sarebbe sottratto al *“dovere di verifica della effettiva capacità [del Ricorrente] di comprendere i rischi connessi allo strumento finanziario acquistato”*;
- assolvimento puramente formale degli obblighi informativi normativamente previsti a carico dell'Intermediario, dal momento che le *“dichiarazioni prestampate sui test di appropriatezza [...] le schede e le dichiarazioni sottoscritte [...] non valgono, di per sé sole considerate, quale valida esimente per l'Intermediario dall'onere di dare prova di aver adempiuto, nella loro effettività, agli obblighi informativi sul medesimo incombenti”*.

Il Ricorrente chiede, quindi, conclusivamente all'ACF di *“accertare e dichiarare la violazione, da parte [della Banca] degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza e, conseguentemente, condannare [la Banca] al risarcimento integrale della perdita subita dall'investitore, pari ad Euro 32.230,00 per come esposto nella allegata perizia tecnica, oltre alle spese di assistenza legale e di consulenza tecnica.”*

2. In fatto, l'Intermediario conferma che il Ricorrente risulta titolare di n. 556 azioni *“acquistate/ricevute per stacco dividendo sin dal 12.10.2010”*, pur contestando il controvalore di € 34.750,00 riferibile a tali azioni ma non indicando un diverso controvalore, né revocando in dubbio il controvalore dell'investimento complessivo dichiarato nel modulo del ricorso.

In diritto la Banca evidenzia che costituiscono oggetto del ricorso doglianze relative alla commercializzazione di azioni della Banca Popolare di..., posta in liquidazione coatta amministrativa con il D.L. n. 99/2017, e che, in virtù di quanto previsto dall'art. 3 di tale decreto, dette contestazioni rientrerebbero nell'ambito di esclusiva competenza della banca in l.c.a., allora capogruppo di Banca..., oggi incorporata nella resistente, con conseguente inammissibilità del ricorso nei confronti dell'odierna resistente.

Al riguardo riassume le vicende che hanno interessato la cessione della banca in questione e che hanno portato ad individuare la medesima come soggetto cessionario; vicende che hanno trovato esecuzione secondo le previsioni del citato Decreto, nonché del “*Contratto di cessioni*”, sottoscritto il 26 giugno 2017, e dei successivi atti contrattuali quali 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.

In sintesi la resistente richiama, in primo luogo, la previsione dell'art. 3.1.4, lett. b (iv) del contratto di cessione (e del disposto di cui all'art. 3, comma 1, lett. b del D.L. n. 99/2017) che, nel quadro della procedura di liquidazione coatta amministrativa della banca allora capogruppo, stabilisce l'esplicita esclusione dal perimetro di cessione delle responsabilità inerenti fattispecie quale quella in esame, derivanti o comunque connesse con le operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate e/o convertibili delle Banche in LCA: tali esclusioni, secondo l'Intermediario, “*sono da riferirsi anche alle corrispondenti passività potenziali in capo a Banca...*”.

L'intermediario sottolinea, sul punto, che le operazioni di commercializzazione oggetto di contestazione sono state poste in essere dalla banca incorporata in esecuzione delle politiche di vendita definite dall'allora capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo.

La Banca afferma poi, a sostegno della tesi suesposta, che il Contratto di Ritrasferimento e relativo Addendum (l'art. 6 del Contratto di Ritrasferimento di Crediti e Partecipazioni stipulato tra Banca... e Banca Popolare di... in LCA) in

particolare precisa che nella nozione di Contenziosi Passivi “*che coinvolgono o che coinvolgeranno Banca... come parte sostanziale passiva*” rientrano “*crediti anche risarcitori (...) o relativi a pretese restitutorie, fatti valere a qualsiasi titolo (...) nei confronti di Banca...*”, così includendo secondo parte convenuta anche le istanze aventi ad oggetto la commercializzazione delle azioni Banca Popolare di...), nonché il Secondo Atto Ricognitivo del Contratto di Cessione che, nel richiamare quanto disposto dal Contratto di Cessione relativamente ai profili di rispettiva legittimazione in ordine al Contenzioso Passivo, ribadisce all’art. 3.3 che sono “*ricompresi tra i Contenziosi Esclusi anche quelli instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso Banca... (...) 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*”.)

A parere dell’Intermediario, inoltre, “*il D.L. 99/2017 e il Contratto di Cessione si sono limitati a recepire le prescrizioni contenute nell’autorizzazione della Commissione Europea, prevedendo l’esclusione dal perimetro della cessione delle contestazioni afferenti la commercializzazione e la prestazione dei servizi di investimento avente ad oggetto azioni ed obbligazioni subordinate*”. Di conseguenza, sostiene la Banca, una interpretazione di segno diverso si porrebbe in aperto contrasto con il dato letterale del provvedimento autorizzativo e con le specifiche condizioni a cui la Commissione Europea ha subordinato l’autorizzazione dell’operazione. Sul punto ricorda altresì che “*Ai sensi dell’art. 288 TFUE le decisioni delle istituzioni comunitarie sono obbligatorie [...] e la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato l’obbligo per i giudici nazionali di disapplicare le norme interne la cui attuazione potrebbe ostacolare l’esecuzione di una decisione comunitaria*”.

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

In conclusione, la Banca chiede di “*riconoscere che la controversia rientra nell’ambito di competenza della [banca capogruppo] in LCA e, di conseguenza, dichiarare l’inammissibilità del ricorso nei confronti [dell’Intermediario] e, comunque, l’estraneità di quest’ultima rispetto al ricorso stesso*”.

3. In sede di deduzioni integrative il Ricorrente reitera la *“richiesta di risarcimento danni rivolta all’ [Intermediario] che ha agito, non come ‘mero esecutore nella rete commerciale’, ma come Banca dotata di personalità giuridica distinta da quella della Capogruppo”*, ulteriormente sottolineando il profilo illiquido delle azioni e precisando che la condotta dell’Intermediario integrerebbe anche violazione *“dell’art. 21 TUF, degli artt. 39 e 41 Reg. Consob n. 16190/07, degli art. 23 e segg. Reg. Consob/Banca d’Italia 29.10.07 anche in relazione a pratiche commerciali scorrette, ex art. 21 del codice del consumo, e lesive di diritti ed interessi del consumatore ex art. 2 C.d.C.,”* nonché violazione *“dell’art. 2358 c.c., che fa assoluto divieto di commercializzazione di azioni proprie, non vertendosi nelle ipotesi di esclusioni previste dalla norma, e non sussistendo le condizioni e le garanzie richieste dalla predetta norma”*.

4. L’Intermediario non ha presentato repliche finali.

DIRITTO

I. L’Intermediario, in sede deduttiva, ha sollevato esclusivamente l’eccezione relativa alla carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la banca emittente in l.c.a., dal che deriverebbe la propria estraneità al presente procedimento e, dunque, l’inammissibilità del ricorso.

Orbene, questo Collegio si è espresso in più occasioni sull’argomento, nel senso di non condividere la ricostruzione del contesto normativo di riferimento proposta dalla resistente. E’ vero, infatti, che il D.L. 99/2017 si preoccupa di disciplinare l’avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa delle due banche in questione, una delle quali è appunto quella che all’epoca dei fatti controllava la banca ora incorporata nella resistente, in deroga all’ordinaria disciplina della l.c.a. prevista dal TUB e, 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 Collegio ha sottolineato, inoltre, 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. n. 99/2017 non può essere letta come volta a esonerare parte resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni e obbligazioni dell’allora Capogruppo del soggetto collocatore, poi incorporato nell’odierno resistente e che, “*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 del capitale del resistente, per l’esistenza di un maggior passivo della controllata non preventivato all’atto di acquisto*” (tra le tante, le Decisioni n. 309 del 2 marzo 2018; n. 807 del 30 agosto 2018, n. 1219 del 14 dicembre 2018 e n. 1300 del 7 gennaio 2019).

2. Nel merito, come già sopra rilevato, parte resistente non ha introdotto argomentazioni difensive, 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 già 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» (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; deve quindi ritenersi provato, appunto in quanto non specificamente contestato, che l'Intermediario abbia agito in violazione degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza in materia di prestazione di servizi di investimento.

Né sono rinvenibili in atti elementi idonei a revocare in dubbio le doglianze di parte ricorrente.

Da tutto quanto sopra emerge la fondatezza delle doglianze del Ricorrente, nemmeno contestate nel merito dall'Intermediario e suffragate dalla documentazione agli atti. Il Ricorrente ha pertanto diritto di essere risarcito del danno occorso in misura pari all'investimento complessivamente effettuato che, in base alla documentazione disponibile in atti, risulta pari a € 32.200,00, da cui occorre detrarre la somma di € 173,46, a titolo di cedole percepite e che, rivalutato, si attesta a € 32.974,06.

3. Va, invece, respinta l'ulteriore domanda del Ricorrente, di rimborso dei costi correlati alla redazione della consulenza tecnico-contabile presentata, per complessivi € 1.522,56, e all'assistenza stragiudiziale prestata da procuratore, per € 960,00; ciò in quanto trattasi di componenti di costo che non possono essere qualificate come danno che sia *“conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione da parte dell'intermediario”*, considerata la non obbligatorietà della assistenza né del patrocinio legale, con l'effetto che esse

restano escluse dal novero dei danni deducibili avanti a quest'Arbitro, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento ACF, adottato dalla Consob con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016 (v., in tal senso, *ex multis* Decisione n. 96 del 26 ottobre 2017 e Decisioni nn. 231, 232 e 234 del 31 gennaio 2018).

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso nei termini sopra delineati, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere a Parte ricorrente, a titolo risarcitorio, la somma complessiva rivalutata di euro 32.974,06, su cui sono dovuti gli interessi legali dalla data del reclamo 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, utilizzando esclusivamente l'apposito applicativo disponibile accedendo all'area riservata del sito istituzionale www.acf.consob.it, 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