



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 875 del 28 settembre 2018

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G.E. Barbuzzi – Presidente

Prof.ssa M. Rispoli Farina – Membro

Prof. Avv. M. de Mari – Membro supplente

Prof. Avv. G. Guizzi – Membro

Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof. Avv. M. de Mari

nella seduta del 24 settembre 2018, in relazione al ricorso n. 1745, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

1. La controversia portata alla cognizione del Collegio rientra nella casistica dei c.d. finanziamenti “baciati”: finanziamenti erogati al fine di far sottoscrivere azioni della Capogruppo dell’intermediario resistente e collegati a mutui erogati dalla stessa Capogruppo. L’operazione controversa coinvolge valutazioni in ordine alla violazione dei principi di correttezza e diligenza, all’osservanza dei quali l’intermediario è tenuto ai sensi dell’art. 21 TUF, nonché all’inadempimento degli oneri informativi generali e specifici rispetto alla Comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 sui prodotti illiquidi.

Questi i fatti essenziali oggetto del procedimento.

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

Il ricorrente rappresenta che nel novembre 2014 era entrato in contatto con l’intermediario per chiedere un finanziamento e l’acquisto delle azioni della Capogruppo dell’intermediario era stato presentato *“come investimento a rischio nullo che avrebbe rappresentato, nel lungo periodo, una forma di accumulo del risparmio e soprattutto veniva proposta quale condizione per aver accesso al finanziamento richiesto”*. L’istante lamenta diverse irregolarità nell’ambito della prestazione dei servizi di investimento prestati da parte dell’intermediario con riferimento all’acquisto di 100 azioni della Vecchia Capogruppo, al costo di 62,50 euro per azione; acquisto interamente finanziato dalla Vecchia Capogruppo tramite finanziamento non ipotecario. In particolare, si lamentano irregolarità afferenti, tra l’altro: alle valutazioni di adeguatezza e appropriatezza dell’operazione; agli obblighi di trasparenza ed informazione, anche con riferimento all’esistenza di conflitti di interesse; al mancato rispetto dei presidi in materia di prodotti illiquidi di cui alla comunicazione Consob n. 9019104, del 2 marzo 2009.

A fronte dei fatti rappresentati, il ricorrente chiede che il Collegio *“condanni l’intermediario al risarcimento dei danni patiti e patienti a causa della violazione degli obblighi posti dalla legge a carico degli intermediari quantificato in € 6.250,00 o la somma maggiore o minore che verrà accertata in giudizio e al risarcimento di tutti i danni dallo stesso patiti e patienti e accerti e dichiarare le responsabilità tutte, precontrattuali, contrattuali o extracontrattuali, dirette e vicarie [dell’intermediario] sotto il profilo della nullità e/o annullabilità o inefficacia della c.d. operazione baciata scaturita dalla violazione degli obblighi dell’intermediario per violazione dell’art. 2358 c.c. e per l’effetto ordini [all’intermediario] di non pretendere pagamenti, di non operare addebiti in esecuzione dell’operazione baciata, di astenersi dal compimento di atti giudiziari o esecutivi di recupero delle proprie eventuali*

pretese di pagamento, di astenersi da qualsiasi segnalazione presso la Centrale Rischii e di rettificare tutte le segnalazioni eventualmente già effettuate”.

3. L'intermediario in data 22 gennaio 2018 ha presentato all'ACF le proprie deduzioni con cui resiste al ricorso chiedendone, in via preliminare, l'inammissibilità e, comunque, si dichiara estraneo alle vicende oggetto del ricorso stesso.

In particolare l'intermediario ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto della propria legittimazione passiva. A questo proposito rileva che il credito risarcitorio del ricorrente non sarebbe stato ceduto alla Nuova Capogruppo, ma sarebbe rimasto in capo alla Vecchia Capogruppo. A giudizio dell'intermediario, ciò sarebbe una conseguenza del combinato disposto del decreto legge che disciplina l'avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa della Vecchia Capogruppo, il quale escluderebbe dalla cessione i crediti risarcitori degli azionisti e degli obbligazionisti subordinati della Vecchia Capogruppo per eventuali violazioni della normativa di settore nella commercializzazione di questi titoli, e del contratto di cessione stipulato tra la Vecchia Capogruppo in L.C.A. e la Nuova Capogruppo, ove sarebbe precisato che tra i crediti risarcitori esclusi dalla cessione devono essere inclusi anche i crediti che gli stessi azionisti o obbligazionisti subordinati dovessero eventualmente vantare allo stesso titolo nei confronti delle società controllate cedute dalla Vecchia Capogruppo alla Nuova Capogruppo, quale, appunto, è l'odierno Intermediario.

Oltre a ciò, l'intermediario ha ritenuto di sottolineare che le operazioni di commercializzazione oggetto di contestazione sono state poste in essere in esecuzione delle politiche di vendita definite dalla Vecchia Capogruppo e, dunque, sotto la direzione e il controllo di quest'ultima.

Nulla è argomentato con riguardo al merito dei fatti per cui è sorta controversia.

4. Tanto il ricorrente quanto il resistente hanno presentato deduzioni integrative nelle quali ribadiscono le proprie richieste. Anche nelle repliche finali l'intermediario non contesta il merito dei fatti per cui è controversia.

DIRITTO

I. Prima di esaminare il merito del contenzioso, è necessario dare conto dell'eccezione relativa alla carenza di legittimazione passiva dell'intermediario con riferimento alle vicende che hanno interessato la Vecchia Capogruppo, vicende dalle quali deriverebbe l'estraneità al presente procedimento e, dunque, l'inammissibilità del ricorso.

L'eccezione deve ritenersi infondata anche alla luce dell'orientamento del Collegio che, chiamato in plurime occasioni ad esprimersi sulla questione (*cf.*, tra le altre, le Decisioni n. 107, n. 111 e 112 del 16 novembre 2017; n. 163 del 20 dicembre 2017; n. 309 del 2 marzo 2018; n. 807 del 30 agosto 2018), ha affermato che se è vero che il decreto legge n. 99/2017 si preoccupa di disciplinare l'avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa della banca capogruppo che all'epoca dei fatti controllava l'odierna parte resistente, anche in deroga all'ordinaria disciplina della L.C.A. prevista dal D.Lgs. n. 385/1993 (in breve, 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 [...]”*. 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 Vecchia Capogruppo 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 in numerosissime occasioni 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”*. In conclusione va ribadito che, secondo il Collegio, la disciplina del decreto legge 99/2017 non può essere letta come volta a esonerare parte resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni dell'allora Capogruppo.

2. Il ricorso merita di essere accolto nei limiti e sulla base delle motivazioni di seguito rappresentate.

Il ricorrente lamenta essenzialmente l'unicità e lo stretto collegamento tra le operazioni suddette: secondo questo Collegio deve considerarsi provato il collegamento tra il finanziamento e la sottoscrizione delle azioni in ragione della correlazione strutturale, funzionale e cronologica tra l'accensione del finanziamento e la sottoscrizione delle azioni. Si è trattato di una fattispecie di concessione di finanziamenti all'investitore per consentirgli di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari. A tal fine l'intermediario ha condizionato tale erogazione alla sottoscrizione delle azioni della Capogruppo e in ragione di ciò ha finanziato egli stesso l'acquisto di detti titoli.

Preme al Collegio rilevare, onde evitare possibili fraintendimenti, che oggetto della controversia è la corretta prestazione di servizi d'investimento da parte dell'intermediario, consistenti nel collocamento di strumenti azionari della Capogruppo e non il contratto di finanziamento, e ciò non perché quest'ultimo esuli dalle competenze del Collegio, rientrando nel servizio di investimento accessorio di finanziamento di cui all'art. 1, comma 6, lett. c, TUF (nel testo vigente sino al 3 gennaio 2018), ma perché il finanziamento, nel caso specifico,

non è stato concesso dall'intermediario ma dalla vecchia Capogruppo e, quindi, per questo aspetto, vi è carenza di legittimazione passiva in capo all'intermediario resistente in relazione alla domanda formulata dal ricorrente, con l'effetto che non può essere presa in considerazione la domanda di invalidità del contratto di finanziamento, come anche le richieste conseguenti.

Ciò chiarito con riguardo alla domanda di nullità/annullamento del finanziamento, è d'uopo rilevare che, in linea di principio, la sottoscrizione e/o l'acquisto di azioni emesse da una banca popolare con finalità di partecipazione allo scopo mutualistico (nella specie: conclusione di contratti bancari, tra i quali mutui, alle condizioni agevolate riservate ai soci) costituisce un evento del tutto normale. E anche l'assistenza finanziaria, consistente in concessione di prestiti o garanzie da parte della società emittente ai propri soci per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni non è di per sé vietata o illecita. Anzi è consentita purché sia rispettata la disciplina codicistica e la normativa prudenziale applicabile alle banche ed alle imprese di investimento. Quel che risulta provato e gravemente censurabile, nel caso in esame, non è tanto che l'operazione nella fattispecie in esame possa essere avvenuta in spregio dell'art. 2358 c.c., ma che la sottoscrizione delle azioni sia avvenuta in chiaro contrasto con l'art. 21, comma 1, lett. a), TUF, secondo il quale l'intermediario deve comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse del cliente.

Il ricorrente, infatti, in data 20 novembre 2014, ha sottoscritto n. 100 azioni, per un investimento complessivo di 6.250,00 euro e contestualmente un contratto di finanziamento non ipotecario a tasso fisso finalizzato alla sottoscrizione delle predette azioni.

Ebbene, ad avviso del Collegio, la scansione temporale delle operazioni suesposte conferma la ricostruzione del ricorrente, atteso che, nella medesima giornata (20 novembre 2014), il cliente – con un finanziamento *ad hoc* erogato dalla Capogruppo dell'intermediario resistente – acquistava azioni collocate dallo stesso.

Del resto, la stessa ricostruzione non è, nei fatti, contestata dall'intermediario resistente e va rilevato peraltro che si tratta di un *modus operandi* ricorrente di quest'ultimo, sul quale il Collegio ha avuto modo di pronunziarsi criticamente in numerose occasioni.

Tanto premesso, in linea con principi già definiti e secondo quanto rilevato da questo Collegio in situazioni analoghe (*cfr.*, *ex multis*, Decisione n. 5 del 5 giugno 2017), si può qui utilmente richiamare il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), in materia di pratiche commerciali scorrette, adottato con Delibera del 6 settembre 2016, secondo il quale *“nel caso dei suddetti mutui soci, i consumatori e, in particolare, i consumatori non soci, sono stati condizionati, al fine di convincere gli stessi: i) ad acquistare pacchetti minimi di azioni della Banca (...), necessari per diventare soci e per poter accedere ai prodotti di mutuo de quibus riservati ai soci e ii) a non vendere tali pacchetti azionari, al fine di mantenere la qualifica di soci e conseguentemente non perdere le condizioni economiche agevolate”*. L'accertamento in fatto compiuto dall'AGCM, che ha rilevato l'esistenza di comportamenti identici a quelli lamentati e dedotti in questa sede, può certamente essere ritenuto rilevante nel caso di specie da un punto di vista probatorio, e, pertanto, esso può costituire senz'altro un principio di prova del fatto che anche il ricorrente sia stato vittima di un comportamento ingannevole e scorretto tenuto nei suoi confronti dall'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento. Quello che infatti traspare nel caso in esame (e nei casi consimili) è l'esigenza sistematica, all'epoca dei fatti, dell'intermediario di consentire la “patrimonializzazione” della propria Capogruppo, piuttosto che l'autentica volontà di realizzare in capo al socio-investitore un effettivo vantaggio mutualistico e/o un investimento finanziario rispondente alle sue aspettative e coerente al suo profilo finanziario. Tale condotta, integrando una violazione della diligenza professionale, certamente concretizza anche una violazione dei doveri generali di diligenza e correttezza nei confronti della clientela ai sensi e per gli effetti dell'art. 21, comma 1, lett. a), TUF. La disposizione testé citata, come si sa, impone agli intermediari, in

una logica fiduciaria e di “servizio” e non meramente commerciale, di *servire al meglio gli interessi* dei propri clienti, postergando, se del caso, i propri interessi a quelli degli investitori. E ciò non è avvenuto nel caso di specie.

3. Nelle operazioni contestate, secondo la ricostruzione rappresentata dal ricorrente, l’intermediario non avrebbe inoltre fornito adeguate informazioni circa il carattere, la natura e i rischi dell’investimento non adempiendo, in tal modo, agli oneri informativi posti a proprio carico dalla disciplina di settore anche in relazione al carattere illiquido delle azioni di cui trattasi. Le allegazioni del ricorrente relative alle violazioni contestate non sono confutate dall’intermediario il quale, pur essendosi costituito in giudizio per mezzo della propria Nuova Capogruppo in qualità di *Outsourcer*, non ha ritenuto di difendersi nel merito, né risultano agli atti risposte dell’intermediario ai reclami del ricorrente.

Alla luce di quanto sopra, il Collegio ritiene che l’intermediario non abbia assolto all’onere impostogli dalla legge di provare di avere adempiuto a tutti gli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori.

Sul punto si rileva che il Collegio ha già, più volte, avuto modo di affrontare casi in cui, come in quello presente, l’intermediario si era costituito depositando una memoria con cui si limitava a formulare la preliminare eccezione di carenza della propria legittimazione passiva concludendo per l’improcedibilità del ricorso senza contestare gli addebiti di controparte. In tali circostanze il Collegio ha sancito la possibilità “*di applicare il principio desumibile dall’art. 115, secondo comma, c.p.c., a mente del quale è possibile porre a fondamento della decisione «i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita»*” (Decisione 348 e 349, entrambe del 22 marzo 2018).

Nelle medesime decisioni il Collegio ha ritenuto, tra l’altro, tale ricostruzione “*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» (Dec. cit. n. 349).

4. Preme infine al Collegio rilevare che il danno lamentato dal ricorrente è attuale e concreto. A tale riguardo, sulla base di un principio espresso da questo Collegio in decisioni relative a fattispecie analoghe (*cfr.*, tra le altre, Decisione n. 60 del 3 ottobre 2017), l'azzeramento del valore attuale dei titoli, in considerazione della liquidazione coatta amministrativa nei confronti della Capogruppo dell'intermediario, 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 del ricorrente nella misura di 6.437,50 euro, comprensivi di rivalutazione monetaria, oltre a interessi 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 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