



Decisione n. 1224 del 14 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. 2797, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

### **FATTO**

**I.** La Ricorrente ha rappresentato:

- di essere erede della propria madre (di seguito “l’Investitrice”), deceduta nel febbraio 2010, allorquando aveva in essere un rapporto di intermediazione finanziaria con l’Intermediario convenuto in virtù di un contratto quadro per la prestazione dei servizi di collocamento, negoziazione, ricezione e trasmissione ordini, mediazione e consulenza, oltre che di deposito titoli, sottoscritto in data 15 luglio 2008;

- quanto alla profilatura, l'Investitrice (all'epoca di 83 anni di età) compilava, contestualmente alla sottoscrizione del contratto, in data 15 luglio 2008, il relativo questionario MiFid ivi dichiarando, tra l'altro, di avere una propensione al rischio bassa. Nel successivo questionario del 12 maggio 2009, inopinatamente, gli obiettivi di investimento diventano alti e l'orizzonte temporale di lungo periodo. Ciò in contrasto con la profilatura precedente di solo un anno e con la condizione riferita all'età e al precario stato di salute dell'Investitrice;
- nonostante la situazione che *“oggettivamente non consentiva un orizzonte temporale lungo e una propensione al rischio elevata”*, l'Intermediario convenuto induceva l'Investitrice ad acquistare 600 azioni ordinarie dell'allora Banca Capogruppo ora in l.c.a., descrivendoli come titoli sicuri, privi di rischio e di agevole liquidabilità. La sottoscrizione del relativo ordine d'acquisto, in data 12 maggio 2009, sarebbe avvenuta presso il domicilio dell'Investitrice, impossibilitata a muoversi perché vincolata dalla terapia e su di esso veniva indicato che l'operazione veniva eseguita previa prestazione di servizio di consulenza e giudicata adeguata, segnalandosi solo la sussistenza di una situazione di conflitto d'interessi. Nessuna informazione veniva rilasciata, invece, con riguardo al fatto che trattavasi di titoli non quotati ed illiquidi;
- tale operazione sarebbe, a detto dell'odierna Ricorrente, nulla ex art. 30, commi 6 e 7, del TUF, essendo stato il relativo contratto asseritamente sottoscritto fuori sede (presso l'abitazione dell'Investitrice) e sull'ordine d'acquisto avrebbe dovuta essere indicata, dunque, la facoltà per la cliente di recedere entro sette giorni, senza spese;
- tale operazione sarebbe stata, inoltre, posta in essere in violazione della normativa di cui agli artt. 21, TUF, nonché 27, 28, 31 e 34, 39 e ss. e 46 del Regolamento Consob n. 16190/2007, per essere essa inadeguata rispetto al profilo dell'Investitrice stante quanto sopra rilevato;
- defunta l'Investitrice, l'Intermediario in data 13 ottobre 2010 faceva sottoscrivere all'erede odierna Ricorrente un nuovo contratto di deposito

titoli presso il quale veniva posto in amministrazione il pacchetto azionario di che trattasi;

- ad esito di ciò, pertanto, la Ricorrente medesima risulta intestataria di n. 600 azioni dell'allora Banca Capogruppo del convenuto, acquistate al prezzo medio di euro 37,00 per azione e un controvalore complessivamente investito di euro 22.200,00, per il quale viene chiesto integrale ristoro in questa sede.

2. La Banca ha formulato deduzioni difensive, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso, perché a suo dire presentato dalla Ricorrente a distanza di oltre un anno dalla ricezione del reclamo. Ha poi eccepito, sempre in via preliminare, che l'odierno ricorso ha ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni dell'allora Capogruppo, ora posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017 che, in virtù di quanto previsto dall'art. 3, comma 1, di tale decreto, nonché di quanto indicato nel "*Contratto di cessione di azienda*", sottoscritto il 26 giugno 2017 tra Banca cessionaria e Banca posta in l.c.a., rientrerebbero nell'ambito di competenza dell'allora Capogruppo in l.c.a., con la conseguente inammissibilità del ricorso. La propria estraneità al ricorso, sarebbe confermata non solo dalle suindicate previsioni, ma anche da successivi atti contrattuali intercorsi tra le parti, confermativi delle previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità della resistente al cd. Contenzioso Passivo, di cui farebbero parte anche i contenziosi "*instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso [la Banca resistente...]*".

3. Nelle memorie di replica la Ricorrente ha ribadito le considerazioni svolte in sede di ricorso, ulteriormente eccependo che, con riferimento all'eccezione di inammissibilità per decorrenza dei termini per la presentazione del ricorso, sollevata dalla Banca in sede deduttiva, la stessa va ritenuta infondata. Il ricorso infatti sarebbe stato trasmesso all'ACF in data 17 luglio 2018 e poi protocollato il giorno successivo. Tutta la documentazione allegata riporta, infatti, la data del 17

luglio 2018, rispetto alla quale dunque l'anno dal reclamo (17 luglio 2017) non sarebbe ancora spirato.

Quanto all'eccezione di estraneità della Banca alle contestazioni in esame, la Ricorrente afferma che nel perimetro delle passività escluse dalla cessione del 26 giugno 2017 rientrerebbero solo "*i debiti presenti o futuri che siano conseguenza dell'attività di...*" non essendo mai menzionati "*fatti che siano conseguenza dell'attività di commercializzazione delle azioni posti in essere...*" dall'odierno Resistente.

4. In sede di repliche finali, l'Intermediario ha riscontrato le deduzioni, ribadendo quanto affermato nelle precedenti difese riguardo all'inammissibilità del ricorso per decorrenza dei termini per la presentazione del ricorso e per estraneità della Banca alle vicende e ai debiti dell'allora Capogruppo, ora in LCA.

#### **DIRITTO**

1. Come sopra rilevato, in via pregiudiziale, la Banca convenuta ha sollevato l'eccezione relativa alla propria 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.

Orbene, questo Collegio si è espresso sull'argomento (*ex multis*, v. 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 anche 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).

2. L’odierno Resistente ha, altresì, eccetto l’avvenuto decorso del termine massimo di un anno che deve intercorrere, ai sensi del regolamento ACF, tra la presentazione del reclamo all’intermediario e l’inoltro del ricorso all’ACF.

A questo riguardo, tuttavia, va rilevato che in base alle risultanze in atti il ricorso risulta essere stato effettivamente inviato in data 17 luglio 2018 (quindi in tempo utile rispetto alla decorrenza del termine annuale rispetto al reclamo), ancorchè poi protocollato dal sistema applicativo che gestisce i procedimenti dinanzi all’ACF il giorno successivo; circostanza, questa, che non fa venir meno la tempestività dell’invio da parte del Ricorrente e che, comunque, non può certo essere addebitata a quest’ultimo.

3. Così risolte le questioni preliminarmente sollevate e passando al merito, va anzitutto 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. Peraltro, dalla documentazione disponibile in atti si traggono elementi confermativi della fondatezza degli addebiti mossi, anzitutto con riferimento alla profilatura dell'Investitrice attestativa di una propensione al rischio bassa, non foss'altro che per l'età avanzata, e che non può essere revocata da quanto riportato nel successivo questionario del 12 maggio 2009, le cui risultanze si rivelano incongrue e immotivate, e che vanno ragionevolmente ricondotte ad un utilizzo strumentale dello stesso da parte dell'Intermediario.

Inoltre, risultano non osservati gli obblighi informativi e di correttezza previsti dalla normativa di settore, non risultando l'indicazione che trattavasi di azioni non quotate e comunque non osservate le previsioni di cui alla Comunicazione Consob del marzo 2009 in materia di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi.

L'odierna Ricorrente va, pertanto, risarcita del danno occorso in misura pari a quanto investito dalla di lei madre e, pertanto, per € 22.200,00 che, debitamente rivalutati trattandosi di debito risarcitorio e quindi di valore, ammonta a € 24.753,00. Sulla somma come sopra 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 € 24.753,00, 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 € 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](http://www.acf.consob.it), sezione "Intermediari".

Il Presidente  
Firmato digitalmente da:  
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi