



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 1194 del 7 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 05 novembre 2018, in relazione al ricorso n. 2643, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

Il Ricorrente, con riferimento alle operazioni di sottoscrizione di n. 211 azioni emesse dalla banca all'epoca controllante l'Intermediario odierno convenuto, acquisite nel biennio 2013-2014 per un controvalore complessivo di euro 13.187,50, imputa all'Intermediario medesimo una condotta (i) contraria ai principi di correttezza e buona fede; (ii) violativa del disposto dell'art. 21 del D.Lgs. 58/1998 e degli artt. 27, 28, 29, 39, 40, 41 e 42 del regolamento intermediari Consob n. 16190/2007, conclusivamente chiedendo il risarcimento dei danni, per un importo

pari al capitale investito, oltre a interessi legali e rivalutazione monetaria. Più in particolare, il Ricorrente si riferisce all'acquisto di n. 100 azioni ordinarie, per un investimento di euro 6.250,00, disposto in data 4 dicembre 2013, a cui ha fatto seguito in data 8 agosto 2014, l'acquisto di ulteriori n. 111, azioni per un investimento pari a euro 6.937,50.

In merito a tale operatività, il Ricorrente ha tenuto ad evidenziare, con riferimento all'operazione disposta il 4 dicembre 2013, che la stessa era stata *“suggerita dall'addetto al servizio della Banca che non forniva alcuna informazione in ordine all'investimento in questione ed al rischio connesso ma si limitava a mettere in risalto, anche in modo suggestivo, i vantaggi dello strumento finanziario proposto”*, oltre a fornire *“rassicurazioni circa la solidità del titolo e l'inesistenza di rischi sul capitale investito”*.

Ciò rilevato, egli lamenta la violazione da parte dell'Intermediario degli obblighi di condotta sullo stesso gravanti sotto differenti profili:

- Operazioni non adeguate al profilo del cliente: le operazioni disposte risulterebbero non adeguate in quanto il Ricorrente non possedeva il livello di esperienza e conoscenza necessari per comprendere i rischi che lo strumento finanziario proposto comportava. Con riferimento a quanto dichiarato nel questionario MiFID compilato in occasione del primo acquisto in ordine alla conoscenza degli strumenti finanziari, *“... nel caso concreto, la dichiarazione del [Ricorrente] di conoscere e di aver acquistato azioni, risultante dal questionario MiFID raccolto il 04/12/2013 ... non è sufficiente a far ritenere che l'Intermediario abbia diligentemente assolto al suddetto obbligo, 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], in sede di profilatura MiFID, aveva dichiarato di non conoscere”*. Per il Ricorrente *“Quindi, in totale spregio delle norme di comportamento espressamente previste dalla normativa Mifid ed in violazione degli articoli 27-28-29-39-40-41-42 del regolamento Consob 16190/07 [l'Intermediario], incurante degli interessi e della*

situazione individuale dell'investitore, non ha esitato a collocare il «prodotto», pur in presenza di una operazione chiaramente inadeguata e inappropriata”.

- Informazione carente in ordine alle caratteristiche di illiquidità dei titoli collocati: viene richiamata la comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009 concernente il dovere dell'intermediario di comportarsi con correttezza e trasparenza in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi, nonché la pronuncia dell'Ombudsman bancario del 30 luglio 2014, là dove si evidenzia che (i) qualora la complessiva informativa predisposta dall'intermediario non preveda quanto previsto da Consob, gli specifici obblighi informativi imposti dalla normativa per i prodotti finanziari illiquidi non si possono ritenere assolti diligentemente; (ii) un rinvio *per relationem* ad un set informativo non consegnato al risparmiatore e, comunque, privo delle informazioni previste dalla Comunicazione Consob del 2009, non assolve gli obblighi informativi di legge.

- Violazione dei doveri di informazione in ordine all'effettivo grado di rischio dello strumento finanziario e di corretta esecuzione delle operazioni: il Ricorrente evidenzia l'evoluzione del *rating* dell'Emittente, che *“anche nel periodo cronologicamente precedente agli ordini di negoziazione effettuati”* risultava classificato nella macro-categoria *“speculative”* e presentava un'evoluzione negativa in accelerazione: *“l'acquisto di un titolo classificato come un «non investment grade», soggetto ad un «downgrade» così significativo nel breve arco temporale è chiaro indicatore di un investimento estremamente rischioso da considerare come operazione «inadeguata» per tipologia vista la natura altamente speculativa. Si può, quindi, affermare che [l'Intermediario] poteva e doveva rendersi conto che l'investimento era ad alto rischio, fortemente speculativo, con un elevato rischio di perdita del capitale investito ed era, in ogni caso, nelle condizioni di prevedere l'eventualità della caduta di tali azioni. In sostanza sin dal momento dell'acquisto vi era idonea informazione per ritenere rischioso l'investimento in titoli azionari [dell'Emittente], con l'ulteriore rilievo che l'acquisto doveva ritenersi adeguato solo per investitori orientati alla speculazione”.*

Il Ricorrente conclude nel senso che la condotta assunta da [l'Intermediario] lo *“rende senza dubbio colpevole sotto il profilo della responsabilità che, alla luce*

della sentenza delle SS.UU. 2007 n. 26724 è di tipo sia precontrattuale che contrattuale”. In particolare secondo il Ricorrente:

(i) “Non vi è dubbio che nel caso in esame [l’Intermediario] abbia violato gli obblighi precontrattuali e di condotta e che si tratta di violazioni avvenute in sede di formazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. In particolare, la violazione dei doveri di informazione e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse o inadeguate al profilo del cliente, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, hanno determinato in capo a [Intermediario] una responsabilità di tipo precontrattuale”;

(ii) altresì “Si ravvisa un profilo di responsabilità di [Intermediario] di natura omissiva in relazione all’affidamento incolpevolmente riposto dal [Ricorrente] circa la perdita subita in esecuzione del contratto stesso ... il difetto di adeguate informative all’investitore è un grave inadempimento da parte dell’intermediario finanziario agli obblighi su di esso incombenti e la conseguenza di tale inadempimento è la risoluzione del contratto di compravendita degli strumenti finanziari, oltre al risarcimento del danno... Nel caso in esame non vi è dubbio che la Banca abbia fatto sottoscrivere al [Ricorrente] un investimento fuori mercato senza che lo stesso fosse dettagliatamente informato dei rischi di perdita del capitale. Non solo, nel caso di specie, sarebbe stato sufficiente che la Banca avesse comunicato al cliente l’andamento del rating assegnato al titolo ed il rischio di perdere l’investimento, per evitare il pregiudizio subito”;

(iii) “E’ opportuno rammentare che, ai sensi dell’art. 1439 c.c. il dolo della parte vizia la volontà del soggetto inducendolo in errore e per questo è sempre rilevante, indipendentemente dal fatto che l’errore in cui il contraente ingannato incorre sia riconoscibile o meno, di fatto o di diritto, essenziale o meno.... Può certamente affermarsi che ogni reticenza dolosa ed anche, quindi il dolo omissivo, sono idonei a provocare l’annullamento del contratto. Ancor dippiù deve essere connotata negativamente la condotta del contraente quando, come nel caso di specie: - beneficia di una posizione di «asimmetria informativa»; - riveste

la qualità di consulente dell'altro; - si tratta di una materia in cui occorrono approfondite conoscenze specialistiche”.

1. La Banca che ha incorporato l'Intermediario a decorrere dal 7 aprile 2018 ha, in sede deduttiva, tenuto ad evidenziare che costituiscono oggetto del ricorso doglianze relative alla commercializzazione di azioni dell'allora Banca Capogruppo dell'Intermediario, poi posta in liquidazione coatta amministrativa con il d.l. n. 99/2017 che, in virtù di quanto previsto dall'art. 3 di tale decreto, rientrerebbero nell'ambito di competenza esclusiva dell'allora Capogruppo in l.c.a., con la conseguente inammissibilità del ricorso. Ha richiamato a sostegno di tale asserzione sia le previsioni del richiamato d.l. n. 99/2017 che le clausole delle pattuizioni contrattuali successivamente intercorse tra le parti.

2. Il Ricorrente nelle deduzioni integrative ha reiterato 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 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”*.

3. La Banca ha replicato confermando le argomentazioni espresse nelle deduzioni e richiamando anche l'atto autorizzativo rilasciato dalla Commissione UE in relazione alla concessione di aiuti di Stato per la liquidazione delle due banche poste in l.c.a. ex d.l. n. 99/2017.

4. Il Ricorrente ha ritenuto, infine, di chiedere, con atto non rituale in quanto trasmesso al di fuori del sistema applicativo che gestisce i procedimenti dinanzi all'ACF, che venisse espunta dal fascicolo istruttorio dell'odierno giudizio la memoria di replica depositata da controparte, in quanto si tratterebbe, a suo dire,

di deposito “*tardivo, non comunicato e non autorizzato, ... irrituale*”. In meritò, tuttavia, pur volendo prescindere dall’irritualità della forma di inoltro di una tale istanza, la memoria di replica di controparte risulta, comunque, depositata entro i termini previsti dall’articolo 11, comma 6, del Regolamento ACF e, pertanto, legittimamente versta in atti.

DIRITTO

1. In via preliminare va rilevato che, ancorché il contratto quadro in materia di servizi d’investimento e il contratto deposito titoli risultino cointestati al Ricorrente ed al relativo figlio (che non ha proposto ricorso), non vi è alcun difetto di legittimazione attiva di parte ricorrente in quanto, come ha già avuto modo di rilevare questo Collegio in sede di esame di analoga questione (dec. n. 104 dell’8 novembre 2017)., “*costituisce un principio pacifico in giurisprudenza quello secondo cui, integrando la cointestazione di un conto di deposito titoli e di un contratto quadro per la negoziazione ed esecuzione di ordini una fattispecie di solidarietà attiva, ciascuno dei contitolari del deposito, così come ciascuna delle parti stipulanti il contratto per la prestazione del servizio, è legittimato ad agire per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall’inadempimento dell’intermediario agli obblighi relativi al medesimo*” (cfr., di recente, Cass., 22 marzo 2016, n. 5089).

2. In via pregiudiziale, l’Intermediario eccepisce il proprio difetto di legittimazione passiva, derivante dalle vicende che hanno interessato l’ex banca controllante, dalle quali deriverebbe la propria estraneità al presente procedimento e, dunque, l’inammissibilità del ricorso. Ciò alla luce della 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 ex controllante, esclude dal perimetro degli elementi patrimoniali ceduti (tra cui rientra anche la partecipazione al capitale dell’Intermediario) “*i debiti, le responsabilità (e i relativi effetti negativi) e le passività della banca capogruppo derivanti da, o comunque connessi con, le operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate e/o convertibili delle Banche in LCA*”.

Il Collegio si è espresso sull'argomento in plurime occasioni (v., tra le tante, decisioni n. 107, 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) 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 ivi indicate, 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 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”*.

Il punto di partenza del percorso interpretativo seguito nelle citate decisioni è che l'Intermediario non è stato 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 dalla Banca in l.c.a. al soggetto cessionario. Pertanto, la cessione non incide né sul rapporto *“processuale”*, né 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.

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 e che, al più, tale disciplina possa semmai far sorgere - ove il resistente fosse dichiarato responsabile e tenuto a risarcire i propri clienti - i presupposti affinché lo stesso 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 dell'acquisto.

Sotto questo profilo non giova, dunque, neppure richiamare la circostanza che nel *“Secondo Atto ricognitivo”*, concluso con la precedente capogruppo in l.c.a si sarebbe

chiarito che sono da considerare *“ricompresi tra i Contenziosi Esclusi anche quelli instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso (la Banca 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”*. Infatti *“tale previsione contrattuale non può significare altro - in coerenza con il su richiamato principio generale che impedisce di immaginare, pena altrimenti l'illegittimità costituzionale della previsione che la consenta, l'esistenza di un contratto di accollo che possa produrre effetti pregiudizievoli a danno di terzi ad esso estranei – 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 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 poi, in ogni caso, non può far venire meno (pena altrimenti la abnormità della soluzione per le ragioni già dette) la responsabilità della resistente nei confronti dei propri clienti”* (dec. n. 398 del 24 aprile 2018).

3. Nel merito 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 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” (dec. 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, non avendo la resistente contestato che le operazioni siano avvenute senza che fossero offerte informazioni specifiche sulle caratteristiche dei titoli e, in particolare, sul fatto che essi, alla data in cui quelle operazioni si collocano, fossero da qualificarsi come illiquidi, né essendo rinvenibili nella documentazione in atti elementi idonei a revocare in dubbio tale carenza di informativa.

Il Ricorrente deve essere pertanto risarcito del danno subito a cagione delle inadempienze dell'Intermediario.

4. Relativamente alla quantificazione del danno, tenuto conto che le azioni di che trattasi sono oramai prive di valore stante l'intervenuta messa in liquidazione coatta amministrativa dell'emittente, il danno subito risulta pari al capitale investito, ossia ad € 13.187,50 che, debitamente rivalutato trattandosi di debito risarcitorio e quindi di valore, ammonta a € 13.483,19 (=6.400,00+7.083,19). Sulla somma così rivalutata spettano, altresì, gli interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo.

5. Non può, invece, accogliersi la domanda del Ricorrente di rimborso delle spese correlate alla redazione della consulenza tecnico-contabile presentata con il ricorso e all'assistenza stragiudiziale prestata da legale, trattandosi di spese non ristorabili in questa sede, essendo esse escluse dal novero dei danni deducibili avanti l'Arbitro, ai sensi dell'art. 4, comma 3 del Regolamento n. 19602/2016 (cfr. dec. del 26 ottobre 2017, n. 96, Dec. del 31 gennaio 2018, nn. 231, 232 e 234).

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere al Ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, la somma rivalutata di euro 13.483,19, 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, sezione "Intermediari".

Il Presidente
Firmato digitalmente da:
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi