



Decisione n. 1221 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. 2770, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

- I. La società Ricorrente, con oggetto *“il commercio al dettaglio e all’ingrosso di prodotti alimentari e non alimentari”*, tramite il proprio rappresentante legale fa presente che:
 - nel mese di novembre 2012, l’Intermediario proponeva la sottoscrizione di un conto deposito titoli e *“... l’acquisto di un pacchetto di 100 azioni (emesse dall’allora Banca Controllante) del valore di € 62,50 ciascuna, prospettando l’operazione come un investimento a rischio nullo, che avrebbe rappresentato, nel lungo periodo, una forma di accumulo del risparmio.*

L'intermediario garantiva, altresì, la possibilità di rivendere in qualsiasi momento le azioni”;

- *il 28 giugno 2013, l'Intermediario proponeva l'acquisto di “ulteriori 5 azioni al prezzo di € 62,50 ciascuna (operazione conseguita ad un aumento di capitale della società emittente)”;*
- *nell'anno 2014, “sempre mediante un aumento di capitale della società emittente, i funzionari della Filiale... proponevano ... l'acquisto di ... 120 azioni al prezzo di 62,50 ciascuna per un controvalore di € 7.500,00”;*
- *“negli anni il legale rappresentante p.t. della ... s.r.l. più volte si recava presso la Filiale... chiedendo di poter rivendere le azioni acquistate ma tale operazione non gli veniva consentita”.*

A fronte dei fatti sopra rappresentati la Ricorrente società lamenta la violazione degli obblighi comportamentali e, in particolare, informativi disposti dal T.U. della Finanza (art. 21 e ss.) e dalla normativa regolamentare *medio tempore* applicabile in specie con riguardo:

2. all'omessa informativa sul grado di rischio connesso alle operazioni di investimento proposte, sottolineando in proposito come la Banca convenuta sia rimasta inadempiente rispetto *“agli innumerevoli obblighi informativi ai quali era tenuta in considerazione della particolare natura dei titoli venduti [...] Si tratta, infatti, di titoli illiquidi [...] nessuna informazione sulla natura delle azioni gli è stata mai fornita anzi era stato rassicurato circa la possibilità di liquidare i titoli in un momento successivo all'acquisto. [...] Nel caso di specie risultano pertanto violati gli articoli del Regolamento Consob n. 16190/2007 a norma dei quali: ‘Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate [...] (artt. 39 e 41 Reg. Consob)”.* Inoltre, l'illiquidità dei titoli avrebbe dovuto essere opportunamente segnalata come previsto dalle specifiche *“Misure di trasparenza”* contenute della Comunicazione Consob del 2 marzo 2009, n. 9019104.

3. al dovere dell'intermediario di astenersi dall'esecuzione di un'operazione di acquisto inadeguata al cliente, al riguardo evidenziando che controparte avrebbe violato *“il dovere sancito dall'art. 42 comma 1 del Regolamento Intermediari di*

verificare [...] l'effettiva capacità del cliente di comprendere i rischi che lo strumento finanziario offerto comportava e conseguentemente di assicurarsi che questi fosse in condizioni di effettuare un investimento consapevole. [...] Invero, ove correttamente effettuate le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza, esse avrebbero dovuto portare l'intermediario ad astenersi dal compiere l'operazione e a fornire specifica avvertenza al legale rappresentante p.t. della società ricorrente, che lo avrebbe indotto con ogni probabilità ad optare per la non esecuzione dell'investimento." L'assenza di verifiche in proposito emergerebbe dai contenuti del questionario MiFID sottoscritto a suo tempo, in cui risulta dichiarata la conoscenza di strumenti quali azioni, obbligazioni e titoli di Stato ma non di avere conoscenza anche di prodotti più complessi, tra cui i derivati OTC, assimilabili alle *"azioni illiquide, come quelle per cui è causa"*;

4. al dovere di astenersi dalla vendita di titoli azionari in presenza di conflitti di interesse non regolarmente comunicati e gestiti (artt. 23 e ss. del Regolamento congiunto Banca d'Italia – Consob del 29 ottobre 2007).

La gravità della complessiva condotta della Banca convenuta sarebbe tale da legittimare, a giudizio della Ricorrente società, il risarcimento dei danni quantificato *"nella somma corrisposta per l'acquisto del pacchetto di azioni (ad oggi € 14.062,50, pari al controvalore delle azioni acquistate)"*, oltre a interessi e rivalutazione monetaria.

5. La Banca resistente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso giacché avente a oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni emesse, al tempo dei fatti, dall'allora Banca Capogruppo posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del D.L. n. 99/2017. Alla luce delle previsioni di tale D.L. e dei contenuti sia del *"Contratto di cessione di azienda"*, sottoscritto il 26 giugno 2017 tra la banca resistente e la Banca Capogruppo ora in l.c.a., sia dei successivi atti contrattuali, intercorsi tra la Banca controllata dalla Banca resistente e la Banca Capogruppo ora in l.c.a., ossia 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, tra la Banca Capogruppo in l.c.a. e la Banca resistente, solo alla Banca Capogruppo in l.c.a.

sarebbero imputabili eventuali comportamenti violativi accertati in questa sede dall'ACF. Tali atti negoziali confermerebbero le previsioni già contenute nel contratto di cessione e, segnatamente, l'estraneità della Banca resistente, cessionaria della Banca Capogruppo ora in l.c.a e che ha incorporato la Banca che era controllata da detta Capogruppo, al cd. Contenzioso Passivo, di cui fanno parte anche i contenziosi *“instaurati da azionisti/obbligazionisti convertibili e/o subordinati verso (...le banche ex controllate dalla Banca Capogruppo ora in l.c.a. e incorporate dalla Banca resistente ...)”*.

In fatto la Resistente afferma soltanto che, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, la Ricorrente è *“titolare di n. 233 azioni, per un controvalore al prezzo unitario di € 62,50 pari a € 14.062,50 (non si ritiene, tuttavia, corretta tale valorizzazione posto che il prezzo di acquisto è variato a seconda del periodo di sottoscrizione) acquistate sin dal 17.12.2012 [...]”*.

6. Nelle proprie memorie integrative la Ricorrente società, nel richiamare le deduzioni introduttive, replica all'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva formulata dalla parte resistente sostenendone l'infondatezza, in quanto, come affermato anche dalla giurisprudenza di merito, il perimetro delle passività escluse dalla cessione non ricomprende anche quelle delle controllate della banca posta in liquidazione, poiché si tratta di autonomi soggetti di diritto, per i quali non è stata aperta né pende alcuna procedura e che, quindi, sono legittimati passivamente rispetto alle domande fondate sulla violazione della disciplina regolante la prestazione dei servizi di intermediazione finanziaria. Tale soluzione interpretativa è stata adottata anche dal Collegio ACF, secondo un orientamento ormai consolidato (*ex multis* Decisioni n. 807 – 808 – 809 – 810 del 30 agosto 2018, n. 875 del 28 settembre 2018 e n. 906 del 4 ottobre 2018), nonché dalla recente giurisprudenza di merito (*cf.* sentenze del Tribunale di Palermo dell'8 maggio 2017).

7. L'Intermediario ha, a sua volta, presentato repliche finali ribadendo l'eccezione relativa alla propria estraneità al ricorso, che sarebbe motivata anche da provvedimento autorizzativo della Commissione UE .

DIRITTO

I. Come sopra rilevato, l'Intermediario ha resistito al ricorso eccependo esclusivamente la carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la vecchia banca controllante. Orbene, questo Collegio si è espresso sull'argomento, tra le altre, nelle decisioni n. 111 e 112 del 16 novembre 2017 nel senso di non condividere la ricostruzione del contesto normativo di riferimento introdotta dal Resistente, non essendo soggetto interessato da alcuna procedura concorsuale, nè i suoi *asset* hanno formato oggetto di trasferimento poiché ciò che è stato trasferito è solo il controllo della Resistente dalla Banca in l.c.a. al soggetto cessionario. In tal senso è vero che il d.l. 99/2017 si preoccupa di disciplinare l'avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa di due banche, una delle quali è appunto quella che all'epoca dei fatti controllava il resistente, in deroga all'ordinaria disciplina della l.c.a. prevista dal TUB e che, nel quadro di questa disciplina in deroga, il decreto legge detta alcune disposizioni volte ad escludere che determinate passività che possono riguardare le due banche sottoposte alla l.c.a. in relazione alle operazioni di commercializzazione delle proprie azioni possano gravare il soggetto (l'intermediario interveniente) che si rende acquirente delle rispettive aziende bancarie. 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. Pertanto, l'intermediario resistente non è interessato da alcuna procedura concorsuale, né i suoi asset hanno mai formato oggetto di trasferimento ad alcuno; ciò che è stato trasferito è solo il controllo del resistente dalla banca in l.c.a. all'intermediario interveniente. Ma una tale cessione non può incidere né sul rapporto "processuale" – che resta tra ricorrente e resistente – né sulla titolarità dell'obbligazione che dovesse risultare accertata, all'esito del procedimento innanzi all'ACF, a carico del resistente per le vicende controverse (restitutoria o risarcitoria che sia), appunto perché l'art. 3, comma 1, lett. b), del predetto decreto-legge non può testualmente riferirsi ad esse. Né, d'altra parte, si può prospettare

un'interpretazione estensiva della norma *de qua* che, oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, sarebbe gravemente sospetta di incostituzionalità per la sua palese irragionevolezza - 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, la disciplina del d.l. 99/2017 non può essere in alcun modo letta come volta a esonerare la resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora capogruppo, e 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 al capitale del resistente, per l'esistenza di un maggior passivo della controllata non preventivato all'atto dell'acquisto. Né, infine, come già posto in luce nella Decisione n. 1099 del 19 novembre 2018, sembra pertinente il richiamo alla decisione della Commissione UE che ha autorizzato il trasferimento delle azioni rappresentative del capitale della *bridge bank* a favore dell'intermediario convenuto. Il riferimento, ivi contenuto, al fatto che nessuna futura pretesa di azionisti o detentori di obbligazioni subordinate o di altri strumenti ibridi di capitale di [omissis] possa ricadere sulla *bridge bank* appare, infatti, pienamente compatibile e coerente con la posizione espressa dal Collegio, che appunto limita la sterilizzazione delle pretese solo ai diritti patrimoniali e/o amministrativi incorporati nelle azioni e da queste discendenti, nulla deponendo, invece, nel senso che la Commissione abbia inteso interpretare la direttiva nella accezione più estesa sostenuta dal convenuto e che vorrebbe anche azzerare le ben diverse pretese nascenti da illeciti compiuti dall'intermediario nella prestazione di servizi di investimento inerenti proprie azioni (o obbligazioni), poi annullate all'esito dell'adizione da parte dell'Autorità di risoluzione della misura del *burden sharing*.

2. Così risolta la questione pregiudiziale e venendo al merito, va rilevato che parte resistente non ha contestato i fatti e le doglianze del 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 (*ex multis* decisioni n. 348 e n. 349 del 22 marzo 2018).

Fermo restando che ciò è già di per sé sufficiente per pervenire a un conclusivo giudizio di fondatezza della domanda, non avendo parte resistente assolto l'onere probatorio che su di essa incombeva per il principio di vicinanza alla prova (art. 15, comma 2, del Regolamento ACF; (Decisioni ACF del 22 marzo 2018, n. 348 e 349), va ulteriormente evidenziato che la Resistente ha espressamente confermato che la Ricorrente è “*titolare di n. 233 azioni, per un controvalore al prezzo unitario di € 62,50 ...*”. Inoltre, il rapporto con l'Intermediario è confermato anche dalla documentazione versata in atti.

Per quanto concerne la contestazione afferente all'omissione delle prescritte informazioni precontrattuali in merito alle caratteristiche dell'investimento, in atti sono presenti le Schede di adesione alle operazioni d'investimento di che trattasi, dalle quali consta che Parte Ricorrente ha reso apposita dichiarazione di aver preso visione dei relativi documenti d'offerta, in ciò essendosi tuttavia esaurita l'informativa somministrata al cliente, il che non può ritenersi soddisfacente degli obblighi di che trattasi, ivi compresi quelli in merito al carattere illiquido dell'investimento. In tal senso si è già espresso, in più occasioni, il Collegio (*cfr. ex multis* Decisione n. 807 del 30 agosto 2018).

Con riguardo all'adeguatezza delle operazioni al profilo della Ricorrente, il fascicolo istruttorio contiene un “*Documento di sintesi del contratto disciplinante i servizi di deposito titoli a custodia e amministrazione*” che comprende anche la disciplina dei servizi di investimento prestati dall'Intermediario. Tale contratto incorpora il questionario MiFID del 29 novembre 2012, da cui emerge che il legale rappresentante della società Ricorrente dichiarava di conoscere strumenti quali azioni, obbligazioni e titoli di Stato, ma di non avere conoscenza di prodotti più complessi, come i derivati OTC e, soprattutto, di non avere “*esperienza professionale correlata al settore finanziario*”. Gli “*obiettivi di investimento dell'azienda*” dichiarati erano la sola “*copertura dei rischi finanziari aziendali*”.

La stessa documentazione non fornisce prova che una valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza dell'operazione sia stata effettivamente condotta. L'Intermediario non risulta quindi aver assolto al suo onere probatorio di dimostrare l'avvenuto degli obblighi sanciti dall'art. 21 TUF e relativa disciplina attuativa.

La Ricorrente società ha pertanto diritto di essere risarcita del danno occorso in misura pari a € 14.062,50 che, rivalutato, trattandosi di debito di natura risarcitoria e dunque di valore, si attesta a € 14.441,25. Sulla somma rivalutata spettano altresì gli interessi legali dalla data della presente decisione 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 € 14.441,25, 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