



Decisione n. 790 dell'8 agosto 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
Avv. D. Patera – Membro supplente

Relatrice: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta del 16 luglio 2018, in relazione al ricorso n. 1226, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. I Ricorrenti, legati tra loro da rapporto di coniugio, rappresentano:

- di aver acceso un rapporto di conto corrente con l'Intermediario nel 2012, con un primo versamento di euro 70.000,00 e successivamente con un ulteriore versamento di euro 100.000,00;
- che, in data 17 ottobre 2012, gli stessi aprivano un *dossier* titoli a custodia, con richiesta in pari data di acquisto/sottoscrizione di 1.250 azioni della banca al tempo capogruppo dell'Intermediario medesimo, per un controvalore di euro 30.323,02;

- che la predetta operazione veniva considerata dall'Intermediario, in virtù di raccomandazione personalizzata, adeguata sulla base delle informazioni di cui al questionario di profilatura rilasciato in pari data;
- che da tale questionario Mifid, a loro avviso, non poteva constare un profilo quale quello loro attribuito (livello 5), da ritenersi eccessivo rispetto alle risposte fornite dai Ricorrenti medesimi in sede di profilatura (corrispondenti, al più, ad un livello 3);
- che l'Intermediario avrebbe fatto loro acquistare n. 1,750 azioni della banca capogruppo per un importo complessivo di euro 70.458,53, investimento che veniva qualificato da controparte come necessario per poter ottenere la concessione del mutuo ipotecario di loro interesse, poi stipulato in data 9 gennaio 2013, ancorchè sia poi emerso che per l'accesso al cd. "mutuo soci" e ottenere un tasso di interesse asseritamente più vantaggioso fosse sufficiente, in realtà, l'acquisto di sole 200 azioni della banca capogruppo;
- che, contestualmente alla stipula del mutuo predetto, in data 9 gennaio 2013 i Ricorrenti sottoscrivevano n. 96 obbligazioni convertibili emesse sempre dalla banca capogruppo, corrispondenti all'integrale esercizio del diritto di opzione spettante ai soci, per un controvalore di euro 4.320,00, e ulteriori n. 684 obbligazioni convertibili di analoga emissione, per un controvalore di euro 30.780;
- che essi, per effetto delle operazioni di cui sopra, hanno finito per investire una somma pari a euro 105.558,53 in strumenti finanziari, rivelatisi illiquidi, emessi dall'allora banca capogruppo, senza che venisse mai evidenziato, se non in una sola occasione il rischio connesso all'eccesso di concentrazione;
- che dal questionario di profilatura compilato presso altro Intermediario emergeva il reale profilo del cliente, quello cioè di un investitore prudente che prediligeva titoli obbligazionari di aziende quotate e di elevato *standing*;
- che il 30 giugno 2014 venivano attribuite ai due Ricorrenti n. 933 azioni della banca capogruppo, rivenienti dalla conversione delle obbligazioni di

- cui sopra, con l'effetto di incrementare a n. 2.683 il pacchetto azionario detenuto, per un controvalore pari a euro 105.978,50;
- che il 7 luglio 2014, in esercizio del diritto di opzione, il Ricorrente sottoscriveva ulteriori n. 221 di stesse azioni per un ulteriore esborso di euro 7.956,00;
 - che i Ricorrenti, che avevano già alienato 200 azioni al controvalore di 7.900,00 euro, dato che il valore delle azioni cominciava a decrescere, allarmati dalle notizie di stampa che cominciavano a circolare, chiedevano di alleggerire ulteriormente l'investimento con una richiesta di vendita di 933 azioni, ordine che veniva tuttavia disatteso;
 - che l'8 dicembre 2015 il Ricorrente cedeva le restanti obbligazioni, per poi trasferire in data 22 dicembre 2015 i restanti titoli detenuti sul *dossier* titoli presso altro intermediario.

In merito a tale articolata operatività, i Ricorrenti lamentano:

- (i) la violazione da parte dell'Intermediario degli obblighi informativi in ordine a tutti i possibili rischi degli investimenti effettuati, dovuti all'illiquidità degli strumenti finanziari di cui trattasi, richiamando a tal proposito la comunicazione Consob del 2 marzo 2009;
- (ii) (ii) l'errata profilatura e la conseguente violazione delle norme vigenti in tema di valutazione di adeguatezza e appropriatezza dell'investimento;
- (iii) l'induzione da parte dell'Intermediario a procedere nei termini sopra richiamati quale condizione per la concessione del mutuo di loro interesse;
- (iv) la mancata esecuzione delle richieste di vendita dei titoli.

I Ricorrenti chiedono dunque, conclusivamente, a titolo di risarcimento danni, la somma di euro 106.808,00.

2. L'Intermediario ha, in primo luogo, evidenziato che il 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, e che l'art.

3, primo comma, del predetto decreto ha stabilito la cessione dell’*“azienda, dei suoi singoli rami, nonché beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, ovvero attività e passività, anche parziali o per una quota di ciascuna di esse, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi”* al soggetto individuato ai sensi del terzo comma del medesimo articolo, aggiungendo che il cessionario è stato individuato in una banca terza con cui la capogruppo in l.c.a.. ha stipulato, in data 26 giugno 2017, contratto di cessione nell’ambito del quale è previsto il trasferimento in capo al cessionario della partecipazione dell’allora capogruppo nell’odierno Intermediario in quanto *asset* compreso nell’*“Insieme Aggregato”*.

Dal perimetro della cessione sarebbero, a detta della Resistente, escluse le responsabilità inerenti a fattispecie quale quella oggetto del presente ricorso: ciò si ricaverebbe dal tenore letterale dell’art. 3.1.4, lett. b (iv), del contratto di cessione, in linea con l’art. 3, comma 1, lett. b, del predetto decreto. Le suddette esclusioni riguarderebbero anche le passività potenziali in capo alla Resistente in quanto l’art. 3.1.1 del contratto di cessione prevede che per Attività Incluse e Passività Incluse si intendono anche quelle relative alle partecipate che siano espressamente incluse nell’Insieme Aggregato. Tale previsione contrattuale sarebbe in linea con l’art. 4, commi 4 e 7, del d.l. n. 99/2017 che consente la restituzione/retrocessione alle banche in l.c.a. di *“attività, passività o rapporti... di società appartenenti ai gruppi bancari delle Banche... con piena liberazione del cessionario retrocedente anche nei confronti dei creditori e dei terzi”*. Inoltre, le operazioni di commercializzazione oggetto di contestazione sono state poste in essere in esecuzione delle politiche di vendita definite dalla Capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo. Pertanto, le contestazioni rientrerebbero nell’ambito di competenza dell’allora Capogruppo in l.c.a. con la conseguente, sopravvenuta inammissibilità dell’odierno ricorso.

3. I Ricorrenti hanno replicato che le loro doglianze riguardano inadempienze poste in essere dall’Intermediario nel suo rapporto con il cliente e in sede di prestazione di servizi d’investimento, e certo riferibili alla banca emittente i titoli di che trattasi. Essi aggiungono che l’odierno Resistente si sarebbe reso responsabile di violazioni di obblighi comportamentali che, se fossero stati

correttamente adempiuti, avrebbero indotto i Ricorrenti a desistere dagli acquisti oggi censurati, a tal fine non rilevando il fatto che gli stessi titoli fossero stati emessi da altro soggetto e cioè dalla banca capogruppo. Secondo i Ricorrenti, la responsabilità non può che ricadere sull'Intermediario resistente, posto che la medesima violazione si sarebbe configurata anche nel caso in cui si fosse trattato di altri strumenti finanziari ma comunque illiquidi. Essi, pertanto, reiterano la domanda risarcitoria nei termini sopra indicati.

4. L'Intermediario non ha ritenuto di produrre argomentazioni in replica.

DIRITTO

I. In sede deduttiva la Banca ha sollevato esclusivamente l'eccezione – che si ritiene infondata - relativa alla sopravvenuta 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 che stabilirebbe, a suo dire, nel quadro della procedura di liquidazione coatta amministrativa della banca controllante, l'esclusione dal perimetro degli elementi patrimoniali ceduti, tra cui rientra anche la partecipazione al capitale della Resistente, dei debiti della banca capogruppo *“nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate”*: tale esclusione troverebbe conferma anche in alcune specifiche previsioni del contratto di cessione.

Questo Collegio si è, in verità, più volte espresso sull'argomento (fra le tante, v. decisioni n. 111 e 112 del 16 novembre 2017), nel senso di non condividere la ricostruzione del contesto normativo di riferimento introdotta dalla Resistente. Ciò in quanto, se vero è 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 la 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". E, invero, l'Intermediario odierno 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 del Resistente dalla banca in l.c.a. al soggetto cessionario. Pertanto, la cessione non incide né sul rapporto "processuale" - che resta tra Ricorrenti e Resistente - né incide sulla titolarità dell'obbligazione che dovesse risultare accertata, all'esito del procedimento innanzi all'ACF, a carico del Resistente per le vicende controverse, appunto perché l'art. 3, comma 1, lett. b), del predetto decreto legge non può testualmente riferirsi ad esse. Va sottolineato, altresì, che un'interpretazione estensiva della predetta norma, oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, sarebbe "eversiva del sistema – e gravemente sospetta di 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" (v. in questo senso, decisioni cit.).

Ne deriva, per concludere sul punto, che la disciplina di cui al d.l. 99/2017 e atti attuativi non può essere letta come volta a esonerare la Resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni dell'allora banca capogruppo.

2. Sotto il profilo probatorio la Resistente non ha ritenuto di introdurre ulteriori argomentazioni difensive e non ha, di conseguenza, assolto l'onere probatorio che su di essa incombeva per il principio di cd. vicinanza alla prova (art. 15, comma 2, del Regolamento). Risulta, pertanto, agli atti che le doglianze sollevate dai Ricorrenti nell'atto introduttivo del presente ricorso non sono state revocate in dubbio. Al riguardo, trova applicazione, nell'ambito del procedimento di

risoluzione stragiudiziale delle controversie finanziarie innanzi all'Arbitro per le Controversie Finanziarie, il principio processual-civilistico di non contestazione di cui all'art. 115, c. 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 (v. decisione n. 194 del 16 gennaio 2018, ove è detto: l'intermediario *“non ha formulato argomentazioni sui fatti occorsi e non ha, di conseguenza, né assolto l'onere probatorio che su di esso incombeva per il principio di cd. vicinanza alla prova (art. 15, comma 2, del Regolamento sull'ACF), né tanto meno revocato in dubbio le doglianze sollevate [dall'investitore, con l'effetto che le affermazioni del Ricorrente] risultano pertanto incontestate”*). Nel caso oggi in esame, dunque, *“stante la documentazione in atti, non può... che ritenersi accertato che [l'operazione di investimento] sia avvenut[a] nei termini prospettati da parte ricorrente con l'effetto di doversi ritenere acclarato che l'odierno resistente abbia agito in violazione degli obblighi [di condotta] sullo stesso incumbenti”* (v. decisione n. 194 cit.).

3. Pur a ciò avuto riguardo, va dato atto ai Ricorrenti di aver corroborato la loro domanda della documentazione necessaria a comprovare anzitutto l'effettività degli investimenti in esame, nei termini anche temporali da loro stessi prospettati, e da cui emerge altresì la fondatezza della doglianza sollevata con riguardo al loro profilo di rischio, che appare decisamente più conservativo e prudente di quanto sinteticamente rappresentato dall'Intermediario nel questionario di profilatura (livello 5, vale a dire immediatamente sotto il livello massimo di 6).

Quanto, poi, alla contestata violazione degli obblighi informativi, dalle evidenze in atti non è dato desumere alcun elemento che possa far ritenere che l'odierno Resistente abbia messo a disposizione dei due clienti, al tempo degli investimenti di che trattasi, il *set* di informazioni occorrenti per pervenire a consapevoli scelte d'investimento, men che mai avendo riguardo agli specifici obblighi in materia dettati dalla comunicazione Consob del marzo 2009.

4. Conclusivamente, i Ricorrenti hanno pertanto titolo ad essere risarciti del danno occorso che, sulla base della documentazione disponibile, va quantificato

in € 106.808,00, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data degli acquisti e agli interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo.

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso come in parte motiva, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere ai Ricorrenti, a titolo risarcitorio, la somma di € 106.808,00, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data degli acquisti e agli interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo.

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 € 600,00, 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