



Decisione n. 933 del 12 ottobre 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

Relatrice: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta dell'1 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 1723, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La ricorrente rappresenta:

- di aver sottoscritto con l'Intermediario un contratto per la prestazione dei servizi di investimento in data 2 aprile 2008 (Contratto quadro n. 219749.pdf);
- di aver acquistato in data 13 novembre 2008, a tal fine avvalendosi della prestazione dei servizi d'investimento dell'Intermediario, n. 600 azioni emesse dall'allora Banca Capogruppo dell'Intermediario medesimo,

avendole quest'ultimo consigliato tale investimento in quanto si sarebbe trattato di “*prodotti... sicuri, senza rischio di perdita, e... la banca stessa avrebbe prontamente riacquistato le azioni a richiesta*”;

- che il relativo ordine d'acquisto sarebbe stato firmato fuori dei locali della Banca, vale a dire presso la propria abitazione, senza che le fosse prospettata la possibilità di esercizio del diritto di recesso;
- di aver vanamente richiesto più volte, tra il 2013 e il 2014, la vendita di tali azione mediante apposito ordine;
- di aver inviato all'Intermediario, dopo il crollo del valore delle azioni avvenuto l'11 aprile 2015, formali richieste di documenti in data 26 novembre 2015 e 21 marzo 2017 e di aver ricevuto in data 8 maggio 2017 solo parte della documentazione richiesta;
- di aver presentato successivamente formale reclamo, rimasto privo di riscontro.

A fronte dei fatti sopra rappresentati la Ricorrente lamenta la violazione:

- degli artt. 30 e 31 del TUF in quanto il contratto di acquisto delle azioni sarebbe stato concluso fuori dei locali dell'Intermediario, senza che fosse indicata la facoltà di recesso e senza che fosse presente un promotore finanziario: da ciò discenderebbe la nullità dell'acquisto con la conseguente richiesta di ripetizione di 24.300,00 euro, oltre al risarcimento del danno determinato equitativamente in 5.000,00 euro *ex art. 1338 c.c.*;
- dell'art. 21 del TUF e del Regolamento Consob n. 16190/2007 con riferimento alle informazioni che avrebbero dovute essere rese in maniera corretta, chiara e non fuorviante così da consentirle di comprendere i rischi dell'operazione e di prendere una decisione consapevole di investimento, nonché con riferimento alla valutazione di adeguatezza che l'Intermediario avrebbe omesso di effettuare, consigliandole l'acquisto di un prodotto che sapeva non essere adeguato al suo profilo di rischio, caratterizzato dall'obiettivo di “*accantonare il capitale*” come risultante

- dal questionario Mifid 2008: ciò integrerebbe un grave inadempimento contrattuale, con conseguenti risoluzione del contratto e risarcimento dei danni *ex art. 1453* (24.300,00 euro a titolo di restituzione e 5.000,00 euro per risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale oltre interessi, rivalutazione e spese legali);
- della normativa primaria e secondaria di settore, in quanto l'Intermediario avrebbe "gonfiato" il prezzo delle azioni, omettendo di adeguare il loro prezzo alla reale redditività: la Ricorrente avrebbe confidato nella veridicità del bilancio e nelle rassicurazioni ricevute mentre, se fosse stata a conoscenza del reale valore delle azioni, non avrebbe mai espresso il suo consenso; da ciò deriverebbe l'annullabilità del contratto per vizio del consenso *ex art. 1427 c.c.* con ripetizione di 24.300,00 euro, oltre 5.000,00 euro per risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale *ex art. 1338 c.c.*;
 - della Comunicazione Consob 9019104/2009 con riferimento agli specifici presidi di trasparenza stabiliti nel caso di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi, che l'Intermediario avrebbe omesso di adottare con conseguente risoluzione del contratto e risarcimento del danno;
 - dell'art. 29, comma 1, del Regolamento Consob n. 16190/2007 e delle relative norme attuative contenute nel Regolamento congiunto Consob - Banca d'Italia del 20 ottobre 2007, in quanto l'Intermediario non avrebbe fornito alcuna specifica informazione circa il conflitto di interesse in cui versava, con conseguente risoluzione del contratto e risarcimento del danno;
 - dell'art. 46 del Regolamento Consob n. 16190/2007 e dell'art. 21 della Direttiva 2004/39CE, in quanto l'Intermediario avrebbe dovuto ottenere il consenso preventivo della cliente prima di procedere all'esecuzione degli ordini al di fuori di un mercato regolamentato, con conseguente risoluzione del contratto e risarcimento del danno.

2. L'Intermediario si è costituito mediante la propria Nuova Capogruppo, in qualità di *Outsourcer* e cessionaria dell'azienda bancaria della Vecchia Capogruppo, nel frattempo sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, eccettuando l'inammissibilità del ricorso per difetto della propria legittimazione passiva: ciò in quanto, a suo avviso, il credito risarcitorio del Ricorrente non sarebbe stato ceduto alla Nuova Capogruppo, ma sarebbe rimasto in capo alla Vecchia Capogruppo in conseguenza del combinato disposto del decreto legge n. 99/2017, 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 intendersi 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. Ha anche sottolineato 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. Il Resistente ha, altresì, eccettuato l'inammissibilità della richiesta risarcitoria del danno patrimoniale e non, in quanto ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento ACF, sono esclusi dalla cognizione dell'Arbitro i danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione da parte dell'intermediario degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza e quelli che non hanno natura patrimoniale. Nulla ha argomentato con riguardo al merito dei fatti, salvo precisare che la richiesta risarcitoria formulata dal Ricorrente non sarebbe corretta nel *quantum*, in quanto la somma investita sarebbe pari a 21.310,50 euro (n. 600 azioni al prezzo unitario di 35,50 euro), da cui andrebbero sottratti 1.233,00 euro incassati a titolo di dividendi.

3. Nelle deduzioni integrative la Ricorrente ha negato di aver percepito dividendi e ha escluso la fondatezza dell'eccezione relativa all'inammissibilità della richiesta di risarcimento danni *ex art. 4, comma 3, del Regolamento ACF*, in quanto i danni patrimoniali *“sono certamente conseguenza immediata e diretta della condotta tenuta dall'intermediario per tutti i motivi ampiamente esposti nel ricorso”*. Ella avrebbe subito, infatti, un danno da perdita di *chances* relativa ai frutti o all'incremento di valore dell'investimento: *“Trattasi non solo di una perdita di chances, ma della perdita dei frutti dei risparmi dell'odierna ricorrente che merita di essere risarcita ai sensi dell'art. 1223 c.c.”*. Inoltre, l'*Outsourcer* non sarebbe legittimato a presentare le odierne deduzioni, posto che il ricorso è stato proposto nei confronti dell'Intermediario quale autonomo soggetto di diritto (cfr., in senso conforme, Decisioni ACF n. 107 - 111 - 112 e 163 del 2017 con cui sono già state rigettate analoghe eccezioni).

4. La Banca, oltre a ribadire quanto già eccepito e argomentato, ha fornito evidenza documentale dei dividendi incassati dalla Ricorrente, pari a 1.233,00 euro.

DIRITTO

I. In via preliminare va respinta l'eccezione sollevata dall'Intermediario relativa alla carenza di legittimazione passiva derivante dalle vicende che hanno interessato la Vecchia Capogruppo, vicende dalle quali deriverebbe la propria estraneità al presente procedimento e, dunque, l'inammissibilità del ricorso. L'eccezione è infondata in quanto, come più volte affermato (v., 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), se è vero che il decreto legge n. 99/2017 disciplina 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 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 [...]’, dovendosi sottolineare anche 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*”. Invero, 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. Pertanto, la disciplina introdotta dal decreto-legge 99/2017 non vale a esonerare la resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni dell’allora Capogruppo.

2. Va poi dichiarata l’inammissibilità della richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale, alla luce dell’art. 4, comma 3, del Regolamento ACF, che esclude dalla cognizione dell’ACF i danni che non abbiano natura patrimoniale.

3. Venendo al merito, dalla documentazione agli atti risulta anzitutto provata l’effettività dell’operazione d’investimento così come prospettata da parte ricorrente; non possono, altresì, non ritenersi provate le violazioni al riguardo contestate all’Intermediario, che pure si è costituito e difeso nel presente procedimento per mezzo della propria Nuova Capogruppo in qualità di *Outsourcer*, il quale non ha contestato alcuno degli addebiti mossi dalla Ricorrente con riguardo al merito dei fatti in esame.

Stanti le evidenze disponibili in atti, non è revocabile in dubbio che l'Intermediario non abbia assolto, nel caso di specie, anzitutto 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. Questo Collegio ha già più volte avuto modo di affrontare casi in cui, come in quello presente, l'intermediario si è costituito depositando una memoria con cui si è limitato a formulare la preliminare eccezione di carenza della propria legittimazione passiva concludendo per l'improcedibilità del ricorso, in merito al che è stata affermata l'applicabilità del "*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»*" (v., in tal senso, tra le tante, Decisioni 348 e 349/2018). Tale ricostruzione appare "*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).

Oltre ciò e con riguardo al caso di specie, dalla documentazione versata in atti emerge la fondatezza delle doglianze relative:

- alla violazione degli obblighi informativi: infatti, anche se deve escludersi l'applicabilità degli specifici presidi di trasparenza contenuti nella Comunicazione Consob sulla distribuzione dei prodotti illiquidi - essendo questa entrata in vigore

nel marzo 2009, vale a dire in epoca successiva alla sottoscrizione delle azioni da parte della Ricorrente - non risulta agli atti nessun tipo di documento da cui poter desumere che in sede di sottoscrizione sia stata fornita un'adeguata informazione circa le caratteristiche e i rischi del tipo di investimento proposto;

- alla valutazione di adeguatezza degli investimenti: infatti, l'Intermediario non ha negato di aver prestato servizio di consulenza, né ha fornito evidenza circa l'esito della valutazione di adeguatezza, senza quindi smentire quanto affermato da parte Ricorrente, a detta della quale tale investimento le sarebbe stato "consigliato" nonostante l'Intermediario fosse consapevole della sua inadeguatezza, stanti le informazioni raccolte con il questionario Mifid somministratole in occasione della sottoscrizione del contratto quadro in data 2 aprile 2008 che, fra l'altro, indicava una propensione al rischio "media";

- alla omessa segnalazione della situazione di conflitto d'interessi, non essendo rinvenibile sia nella "Scheda di adesione" che nel "Preordine" alcuna informativa in tal senso.

4. Ritenuto pertanto accertati i fatti per i motivi e nei termini sopra richiamati, passando alla quantificazione del danno occorso, va tenuto conto che le azioni di che trattasi non hanno più, ad oggi, alcun valore, cosicché il risarcimento deve essere pari al controvalore investito. A tal proposito, come evidenziato dalla Resistente in sede difensiva, la richiesta risarcitoria di 24.300,00 euro non pare corretta, in quanto la Ricorrente in data 13 novembre 2008 ha sottoscritto l'acquisto delle n. 600 azioni di che trattasi al tempo valorizzate al prezzo unitario di 35,50 euro. Pertanto, la somma investita risulta pari a 21.300,00 euro. Da tale somma vanno poi detratti 1.233,00 euro incassati a titolo di dividendi dalla Ricorrente, come documentato da parte Resistente. L'importo riveniente di 20.067,00 va poi rivalutato dalla data dell'operazione alla data della presente decisione, così attestandosi a euro 22.535,24. Sulla somma così rivalutata spettano, altresì, gli interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo.

5. Per quanto attiene, infine, alla richiesta di ristoro anche delle spese legali, questo Collegio (v., più ampiamente, Decisione n. 232 del 31 gennaio 2018, a cui in questa sede si rinvia) ha già avuto modo di esprimersi, sulla base del quadro

regolamentare disciplinante l'attività dell'ACF, nel senso della non ristorabilità di tale tipologia di spese.

PQM

Il Collegio, in parziale accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere alla Ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, la somma di € 22.535,24, oltre agli interessi legali sulla somma così rivalutata 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