



Decisione n. 605 del 4 luglio 2018

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente

Prof. M. Rispoli – Membro

Cons. Avv. D. Morgante – Membro

Prof. Avv. G. Guizzi – Membro

Avv. D. Patera – Membro

Relatore: Prof. Avv. G. Guizzi

nella seduta del 22 giugno 2018, in relazione al ricorso n. 1128, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerne il tema del non corretto adempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi concernenti la prestazione di servizi di investimento, in particolare sotto il profilo della mancata osservanza delle forme prescritte *ad substantiam* ai fini della valida costituzione del rapporto, nonché del non corretto svolgimento dell'attività di profilatura del cliente e della mancata informazione circa la natura illiquida degli strumenti finanziari acquistati.

Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.

2. Dopo essersi rivolto all'intermediario attuale resistente con reclamo del 29 luglio 2016, riscontrato dall'intermediario l'8 novembre successivo in maniera non giudicata soddisfacente, il ricorrente, avvalendosi dell'assistenza di un difensore, si è rivolto all'Arbitro per le Controversie Finanziarie rappresentando quanto segue.

Il ricorrente premette di aver intrattenuto un rapporto per la prestazione di servizi di investimento con l'intermediario attuale resistente, in forza di un contratto di collocamento, negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, mediazione e consulenza, nonché di deposito titoli da egli sottoscritto in data 4 febbraio 2011, ma non anche dalla Banca “*se non meramente per autenticità delle firme e dei dati*”.

Il ricorrente espone, quindi, di aver effettuato, sempre su consiglio dei dipendenti della filiale di cui era cliente e dietro rassicurazione sull'assenza di sostanziali rischi di tale investimento, negli anni compresi tra il 2009 e il 2015, ripetuti acquisti di azioni, e di obbligazioni convertibili, emesse dalla banca che, all'epoca dei fatti, controllava il resistente, arrivando così a detenere in portafoglio (anche all'esito della conversione delle obbligazioni) complessivamente n. 3.704 azioni, per un investimento complessivo di € 141.271,55. Solo agli inizi del mese di marzo del 2016 – prosegue il ricorrente – allorché si recò in banca per realizzare il valore dell'investimento, sarebbe stato informato dal direttore della filiale della non liquidabilità delle azioni; il carattere del tutto inatteso della notizia, contrastante con le rassicurazioni sempre dategli in occasione delle diverse operazioni di acquisto, avrebbe avuto un impatto tale da determinare pochi giorni più tardi il suo ricovero d'urgenza in ospedale, ove gli veniva diagnosticata una fibrillazione atriale.

Tanto premesso in fatto il ricorrente deduce, in via principale, la nullità di tutte le operazioni di investimento, in quanto la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'intermediario impedirebbe di considerare soddisfatto il requisito della forma scritta *ad substantiam* prescritta dall'art. 23 TUF. Indipendentemente da ciò, il ricorrente deduce comunque la nullità di tutte le operazioni di acquisto di

azioni precedenti il 2011, in quanto effettuate prima della stipula del contratto quadro.

Il ricorrente lamenta altresì che l'intermediario sarebbe incorso in plurimi inadempimenti agli obblighi che era tenuto ad assolvere. In particolare si duole del fatto che il resistente (i) non avrebbe reso adeguate informazioni sulla natura illiquida degli strumenti finanziari, oltretutto disattendendo quando prescritto in tal caso dalla Comunicazione CONSOB n. 9019104 del 2 marzo 2009, e (ii) non avrebbe rilevato la non adeguatezza degli investimenti, tenuto conto sia della sua età avanzata (il ricorrente aveva già superato i settant'anni quando ebbero inizio le operazioni di acquisto), sia dell'elevato livello di concentrazione.

Il ricorrente conclude chiedendo al Collegio, in via principale, previa declaratoria di nullità degli ordini di acquisto per le ragioni illustrate, di dichiarare l'intermediario tenuto alla restituzione della somma di € 141.271,55, pari al capitale investito, ovvero, in subordine, al risarcimento del danno nella medesima misura. Il tutto maggiorato di interessi legali e di rivalutazione monetaria.

3. Nel procedimento è intervenuto, in luogo del resistente e nella dichiarata qualità di suo *outsourcer*, l'intermediario che ne ha, di recente, rilevato il controllo nell'ambito della procedura di liquidazione coatta amministrativa che ha coinvolto la precedente banca capogruppo, emittente dei titoli oggetto delle operazioni di investimento per cui è controversia.

L'intermediario intervenuto ad assumere le difese del resistente eccepisce il difetto di legittimazione passiva di quest'ultimo rispetto alle domande articolate nel ricorso. La tesi dell'interveniente - che come detto ha rilevato la partecipazione di controllo al capitale del resistente - è che anche quest'ultimo beneficerebbe, in definitiva, della previsione speciale dettata dall'art. 3, comma 1, lett. b), del d.l. 99/2017, là dove ha stabilito, nel quadro della procedura di liquidazione coatta amministrativa della banca precedente controllante, che sono escluse dal perimetro degli elementi patrimoniali ceduti all'intermediario interveniente, e tra cui rientra anche la partecipazione al capitale del resistente, i debiti della banca capogruppo «*nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti*

subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate».

Secondo l'interveniente, l'estensione dell'esenzione di responsabilità anche a favore delle banche precedentemente controllate dall'intermediario posto in l.c.a. per pratiche di *misselling* delle azioni e obbligazioni di quest'ultimo costituirebbe un esito che sarebbe anche confermato da alcune specifiche previsioni del contratto di cessione. In particolare si afferma che le suddette esclusioni riguarderebbero anche le passività potenziali in capo al resistente, atteso che l'art. 3.1.1 del contratto di cessione prevede che per "*Attività Incluse e Passività Incluse di [omissis]*" si intendono anche quelle relative alle società partecipate, che siano espressamente incluse nell'insieme aggregato. Tale previsione contrattuale sarebbe, d'altronde, in linea con l'art. 4, commi 4 e 7, del d.l. n. 99/2017 che consente la restituzione/retrocessione alla banca 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*".

L'interveniente aggiunge, infine, che la coerenza della soluzione che esclude la responsabilità del resistente discende anche dal fatto che le operazioni di commercializzazione oggetto di contestazione sono state poste in essere da quest'ultimo in esecuzione delle politiche di vendita definite dalla allora capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo.

4. Il ricorrente si è avvalso della facoltà di presentare deduzioni integrative, prevista dall'art. 11, comma 5, Regolamento ACF.

Il ricorrente eccepisce l'irritualità della costituzione dell'interveniente, che non avrebbe titolo per partecipare al procedimento, con conseguente inammissibilità di ogni sua deduzione.

Quanto, invece, all'eccezione di carenza di legittimazione passiva del resistente, il ricorrente ne contesta la fondatezza, osservando 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 [omissis]*" non essendo mai

menzionati “*fatti che siano conseguenza dell’attività di commercializzazione delle azioni posti in essere*” dal resistente.

5. Anche l’intermediario interveniente si è avvalso della facoltà di replicare, ma senza aggiungere nulla di nuovo al dibattito e dunque insistendo unicamente nell’eccezione preliminare formulata nelle deduzioni difensive.

DIRITTO

1. Va innanzitutto disattesa l’eccezione del ricorrente che vorrebbe fossero considerate inammissibili le deduzioni dell’interveniente perché non avrebbe titolo per partecipare al procedimento.

In proposito va rammentato che l’intervento della nuova controllante è avvenuto nella sua qualità di *outsourcer* del resistente, ossia di soggetto che ne assume - appunto quale nuova capogruppo - la difesa. Non si tratta pertanto di un intervento nel senso tecnico processuale del termine, quanto piuttosto di un *fenomeno di gestione della lite da parte della nuova banca capogruppo nell’interesse del resistente*; un fenomeno di gestione della lite che in un procedimento non giurisdizionale come quello avanti l’ACF può essere senz’altro considerato ammissibile.

2. L’eccezione sollevata dall’intermediario interveniente circa il difetto di legittimazione passiva del resistente è, del pari, infondata.

Il Collegio si è già espresso sul punto più volte nel senso dell’infondatezza della tesi secondo cui le vicende che hanno interessato il controllo del resistente, a seguito della messa in liquidazione coatta della banca controllante all’epoca dei fatti di causa ed emittente le azioni e obbligazioni oggetto dell’investimento per cui è controversia, comporterebbero che esso si debba considerare oramai “*estraneo*” al presente procedimento, perché gli eventuali debiti che fossero accertati in relazione alle operazioni di commercializzazione di quei titoli non sarebbero stati interessati dall’operazione di cessione eseguita in favore dell’interveniente, ma sarebbero rimasti in capo alla banca precedente controllante (cfr. le decisioni del 16 novembre n. 107, 111 e 112; decisione n. 163 del 22 dicembre 2017).

Sul tema, in particolare, il Collegio si è espresso di recente con la decisione n. 398 del 24 aprile 2018, procedendo a una puntuale confutazione di tutti gli argomenti avanzati dall'interveniente; per non appesantire eccessivamente la presente decisione a tale precedente provvedimento si può, dunque, fare integrale richiamo, recependone la motivazione, non avendo d'altra parte offerto le controdeduzioni presentate in questo procedimento alcun elemento nuovo che possa dare ragione di mutare l'orientamento ivi espresso.

3. Nel merito, la domanda principale - volta a ottenere la declaratoria della nullità del contratto quadro per mancanza della forma scritta, e per tal via, previa declaratoria di inefficacia delle singole operazioni, la conseguente restituzione del capitale investito - è infondata.

Sul punto dirimente appare la considerazione che, come chiarito dalla Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza del 16 gennaio 2018, n. 898, essendo la forma scritta del contratto di investimento prescritta per finalità di protezione dell'investitore, e poi per assicurare l'esistenza di un suo consapevole consenso agli investimenti, il requisito prescritto dall'art. 23 TUF può considerarsi soddisfatto anche nei casi in cui il contratto sia sottoscritto solo da quest'ultimo e non anche dall'intermediario, con conseguente validità dello stesso in ipotesi come quella che si presenta nel caso di specie (e in questo senso confronta anche la decisione del Collegio del 19 giugno 2018 n. 552).

A esito diverso non può, d'altra parte, neppure pervenirsi limitatamente ai soli ordini di acquisto eseguiti nel 2009 e 2010, come prospettato in via di subordine dal ricorrente. Al riguardo sembra al Collegio che, seppure sulla base soltanto di elementi presuntivi, possa ritenersi provato che anche quelle operazioni furono realizzate in esecuzione di un contratto quadro, antecedente a quello del 2011, regolarmente sottoscritto dal cliente: indicativo in tal senso appare il riferimento all'esistenza del contratto quadro contenuto nel documento di profilatura del 9 aprile 2009.

4. Al contrario, la domanda subordinata - volta a ottenere il risarcimento del danno sofferto in dipendenza degli inadempimenti di cui si è reso responsabile l'intermediario nel corso del rapporto - è suscettibile di essere accolta.

Al riguardo deve notarsi, preliminarmente, come l'intermediario interveniente, che nella sua qualità di nuova capogruppo ha assunto la difesa del resistente, si sia limitato a una mera difesa in rito, senza nulla dedurre nel merito né in fatto né in diritto, e poi in particolare senza espressamente contestare la ricostruzione della vicenda così come rappresentata nel ricorso. Come quest'Arbitro ha già avuto, dunque, modo di affermare (cfr. ad esempio decisione n. 348 del 22 marzo 2018) tale circostanza consente di applicare nel caso di specie il 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*”.

5. Alla luce del principio sopra affermato, deve pertanto ritenersi provato, appunto in quanto non specificamente contestato, che il ricorrente abbia eseguito le operazioni di investimento nei termini descritti, e che le stesse siano avvenute senza che l'intermediario abbia offerto informazioni specifiche sulle caratteristiche dei titoli.

In conclusione, ritiene il Collegio che la domanda di ristoro formulata dal ricorrente per il danno sofferto in dipendenza dell'acquisto delle azioni e obbligazioni convertibili emesse dalla (allora) capogruppo, danno da imputarsi causalmente agli inadempimenti in cui è incorso il resistente nella prestazione del servizio, debba trovare accoglimento.

6. Il danno può essere quantificato in misura pari al valore del capitale investito, atteso che con la sottoposizione dell'emittente alla procedura di liquidazione coatta amministrativa può considerarsi pacifico che le azioni, ancora nel portafoglio del ricorrente, sono oramai del tutto prive di valore.

In conclusione il danno può essere liquidato, nel caso di specie, in complessivi € 141.271,55. A tale importo deve aggiungersi l'ulteriore somma di € 2.538,00 a titolo di rivalutazione monetaria.

PQM

In accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto a corrispondere al ricorrente la somma complessiva di € 143.809,55 per i titoli di cui in narrativa, oltre interessi dalla data della presente decisione fino al soddisfo, e fissa il termine per l'esecuzione in trenta giorni dalla ricezione della medesima.

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