



Decisione n. 2534 del 30 aprile 2020

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio
composto dai Signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente
Prof.ssa M. Rispoli Farina – Membro
Prof. Avv. R. Di Raimo – Membro supplente
Prof. Avv. G. Guizzi – Membro
Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof.ssa M. Rispoli Farina

nella seduta del 9 marzo 2020, in relazione al ricorso n. 3547, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

1. Parte Ricorrente, composta da due persone fisiche (“Ricorrente” e “Cointestataria”), rappresenta di aver sottoscritto con l’Intermediario dei cui servizi d’investimento al tempo si avvaleva, poi incorporato nell’odierno resistente, un contratto di collocamento, negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, mediazione e consulenza, nonché di deposito titoli, per poi sottoscrivere, in data 24 febbraio 2012, 31 maggio 2012 e 6 novembre 2013, complessivamente n. 550 titoli azionari messi dalla banca al tempo controllante l’Intermediario medesimo. Inoltre, dichiara di aver aderito in data 11 gennaio 2013 all’offerta in

opzione riservata agli azionisti della ex Capogruppo, per l'effetto sottoscrivendo n. 261 obbligazioni convertibili, nonché, in data 4 luglio 2014, all'aumento di capitale sociale deliberato dalla medesima Capogruppo, sottoscrivendo altre n. 68 azioni CUM di nuova emissione. Di talché, in esito all'operatività in parola, Ricorrente e Cointestataria detenevano n. 550 azioni ordinarie, n. 312 azioni CUM 2017 e n. 68 azioni CUM, per un controvalore complessivo pari a € 36.202,83. Parte Ricorrente lamenta, in merito a tale operatività, irregolarità varie nella prestazione dei servizi di investimento e, in particolare, del servizio di consulenza e del servizio di collocamento; irregolarità afferenti, tra l'altro, alla situazione di conflitto di interessi di controparte, al mancato adempimento degli obblighi informativi relativi ai prodotti illiquidi, come sanciti dalla Comunicazione Consob n. 90191024 del 2 marzo 2009, *“per non aver evidenziato in sede di negoziazione delle obbligazioni de quibus il rischio di illiquidità delle stesse, per aver omesso di rilasciare all'investitrice informazioni specifiche sugli scenari probabilistici circa la stabilità dell'emittente, sul fair value delle azioni e sul presumibile valore di realizzo delle stesse”*; alla valutazione di adeguatezza dell'operatività proposta, perché *“ inadeguat[a] rispetto al profilo finanziario delle ricorrenti per esperienza e conoscenza, per obiettivo, per orizzonte temporale, per rischio di credito, di mercato e di liquidità, nonché per superamento del limite di concentrazione”*, alla valutazione di appropriatezza, *“laddove non si ritenga che nei casi di specie ricorressero ipotesi di consulenza da parte della resistente, comunque questa aveva l'obbligo di compiere una valutazione di 'appropriatezza' [...] cosa che non è stata fatta”*. Pertanto, conclusivamente, Parte Ricorrente adisce l'ACF onde *“in via principale, accertare e dichiarare la nullità del contratto di negoziazione/collocamento intercorso tra [la Banca Collocatrice] e [Parte Ricorrente], con conseguente nullità dell'ordine di sottoscrizione del 24/02/2012 e del 31/05/2012, dei due moduli di trasferimento azioni del 6/11/2013, della scheda di adesione all'offerta in opzione delle obbligazioni convertibili dell'11/01/2013 e della scheda di adesione all'aumento di capitale del 4/07/2014, per 3 violazione di norme imperative da parte della resistente ex. artt. 21 e ss. D. Lgs n. 58/98, 27, 28, 31, 34, 39, 40, 41, 42, 43 e 46*

Reg. Consob n. 16190/2007, Comunicazione Consob n. 9019104 del 2/03/2009 e art. 1418 c.c.; In via subordinata, accertare e dichiarare il grave inadempimento contrattuale da parte della resistente, e comunque la violazione degli artt. 21 e ss. D. Lgs. n. 58/98, 27, 28, 31, 34, 39, 40, 41, 42, 43, 45 e 46 Reg. Consob n. 16190/2007 e Comunicazione Consob n. 9019104 del 2/02/2009 nell'esecuzione dei contratti di negoziazione/collocamento (per le omissioni informative in sede di stipula degli investimenti e per la mancata esecuzione dell'ordine di vendita conferito dai ricorrenti) e risolvere il contratto quadro e tutte le operazioni di investimento in lite; Conseguentemente ed in ogni caso, condannare la resistente alla restituzione delle somme complessivamente investite, per Euro 36.202,83 (salvo errori o omissioni di calcolo) ovvero al risarcimento del danno patrimoniale subito, quantificato nel medesimo importo, in ogni caso oltre agli interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di ciascuna operazione (anche a titolo di lucro cessante) fino all'effettivo soddisfo; Infine condannare la resistente al rimborso delle spese della presente procedura, nonché al pagamento dei compensi professionali di causa, da stabilirsi equitativamente”.

2. L'Intermediario si è costituito, limitandosi tuttavia ad eccepire l'inammissibilità del ricorso per incompetenza *ratione materiae* dell'ACF in relazione alle operazioni poste in essere da Parte Ricorrente in data 6 novembre 2013 e, comunque, il proprio difetto di legittimazione passiva. Quanto al primo profilo, l'Intermediario eccepisce la circostanza che *“tra le operazioni che formano oggetto dei rilievi sollevati dalla parte ricorrente vengono incluse anche due transazioni che non rientrano nell'ambito di competenza per materia di codesto Organismo”* dal momento che si tratterebbe di *“due operazioni di compravendita tra privati”*, per le quali *“... non viene data alcuna evidenza di prestazione dei servizi di investimento da parte [della Banca Collocatrice]”*. Inoltre, a dire dell'Intermediario, *“i moduli prodotti dalla parte attrice non forniscono prova alcuna che l'intermediario convenuto abbia prestato attività di intermediazione finanziaria, ma danno soltanto evidenza di adempimenti [...] prescritti dalle norme di diritto societario in relazione all'aggiornamento del Libro Soci.”* Quanto al secondo profilo, evidenza che il ricorso odierno ha ad

oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni dell'allora Capogruppo dell'intermediario (poi incorporato nel cessionario odierno resistente), ora in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017, per effetto del quale e delle pattuizioni contrattuali poi intercorse tra le parti sarebbe stata esclusa dal perimetro della cessione ogni responsabilità inerente a fattispecie quale quella in esame, derivanti o comunque connesse con le operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate e/o convertibili delle Banche ora in LCA ai sensi del predetto decreto legge; e tali esclusioni, secondo l'Intermediario, sono da riferirsi anche alle corrispondenti passività potenziali in capo alle società allora controllate dalla Capogruppo. Il resistente aggiunge che le operazioni di commercializzazione di che trattasi sono state poste in essere dalla banca incorporata in esecuzione delle politiche di vendita definite dall'allora Capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo e con suo beneficio. Inoltre, ogni diversa interpretazione si porrebbe in contrasto anche con quanto indicato nel provvedimento autorizzativo di tali operazioni, assunto in ambito U.E. In considerazione della sostenuta estraneità al ricorso, l'Intermediario dichiara di non aver *“ragioni, né titolo, per entrare nel merito delle contestazioni sollevate da parte attrice; senza tuttavia che da ciò possa dedursi alcuna acquiescenza rispetto alle tesi avanzate dal ricorrente sulla base di un mero richiamo al principio di cui all'art. 115 c.p.c.”*. Per tutte le ragioni testé richiamate l'Intermediario chiede conclusivamente di dichiarare l'inammissibilità del ricorso odierno.

3. Parte Ricorrente ha replicato ribadendo quanto sostenuto già in sede di ricorso, per poi ritenere infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per presunta incompetenza *ratione materiae* dell'ACF, avendo l'Intermediario *“prestato in entrambe le operazioni di cessione l'attività di mediazione, attività rientrante tra i servizi di investimento ex art. 1, comma 5, lett. e) TUIF”* che, pertanto, *“rientra nell'ambito oggettivo di competenza dell'adito Arbitro”*. Indicativa della prestazione di un servizio di investimento sarebbe, secondo Parte Ricorrente, la firma della modulistica indirizzata alla ex Capogruppo da parte del direttore della filiale non solo al fine di autenticare le firme, ma anche di

“controllo del rischio, nel senso che ha verificato la rischiosità dell’operazione e riferito (i.e. avrebbe dovuto riferire) alle due investitrici le dovute informazioni sui rischi”. Parte Ricorrente rileva, poi, come l’unica eccezione formulata da controparte attenga all’asserita carenza di legittimazione passiva, in aperto contrasto tra l’altro anche con gli orientamenti propri di questo Arbitro, come condivisi anche dalla recente giurisprudenza di merito.

4. L’Intermediario non ha ritenuto di produrre repliche finali.

DIRITTO

1. L’eccezione inammissibilità del ricorso per incompetenza *ratione materiae* dell’ACF in relazione alle operazioni di compravendita del 6 novembre 2013 non può essere accolta. Come già si è avuto modo di rilevare da parte di questo Collegio, anche in ipotesi di trasferimenti tra privati può ritenersi sussistente una competenza dell’ACF se vi siano elementi, anche solo di carattere presuntivo, che inducano a ritenere che l’Intermediario abbia svolto, in concreto, un ruolo di intermediazione attiva nell’operazione. In particolare il Collegio ha ritenuto rivestissero un tal senso valore presuntivo: (i) gli esiti richiesti per la prestazione di servizi d’investimento (decisioni nn. 484 del 28/05/2018 e 517 del 04/06/2018); (ii) gli esiti dell’attività di vigilanza delle Autorità preposte, laddove attestative del fatto che l’intermediario, pur nell’ambito di operazioni di compravendita tra privati su propri titoli, avesse in realtà posto in essere attività di intermediazione attiva, al di fuori dei presidi e delle procedure previste; (iii) i trasferimenti fossero avvenuti ad un prezzo uguale a quello annualmente determinato dall’assemblea degli azionisti (decisione n. 1.000 del 26/10/2018); (iv) le peculiari condizioni soggettive della persona coinvolta nel trasferimento (decisione n. 952 del 12/10/2008). Nel caso di specie, in modo particolare, depone in senso favorevole alla configurabilità delle prestazioni di un servizio di investimento l’apposizione della firma del Responsabile della filiale, oltre che per “autenticità delle firme”, anche per “controllo sul rischio”.

2. L’eccezione difetto di legittimazione passiva sollevata dall’odierno Resistente è anch’esso destituito di fondamento. Trattasi, invero, di questione

affrontata da questo Collegio in plurime occasioni, laddove ha avuto modo di esprimersi nei termini di seguito richiamati: *“vero è che il d.l. n. 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 parimenti vero è che... il decreto legge detta alcune disposizioni volte ad escludere che determinate passività che possono riguardare le due banche sottoposte alla l.c.a. ... possano gravare il soggetto (l’intermediario interveniente) che si rende acquirente delle rispettive aziende bancarie. E tuttavia, se ciò è vero, 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 ... Né, d’altra parte, sembra al Collegio che si possa provare a prospettare un’interpretazione estensiva della norma de qua. Oltre a non essere autorizzata dal suo tenore letterale, un’eventuale interpretazione della norma nel senso prospettato dall’intermediario interveniente sarebbe francamente eversiva del sistema ... in quanto essa nella sostanza 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 buona sostanza, questo Collegio ritiene *“che la disciplina del d.l. 99/2017 non possa essere in alcun modo letta come volta a esonerare il resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora capogruppo, e che al più tale disciplina possa 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 del capitale del resistente, per l’esistenza di un maggior passivo della controllata non preventivato all’atto di acquisto”* (v., tra le

tante, decisioni n. 107 del 16 novembre 2017; n. 111, 112 del 16 novembre; n. 163 del 20 dicembre 2017; n. 309 del 2 marzo 2018; n. 807 del 30 agosto 2018).

Essendosi esaurite le argomentazioni difensive del Resistente nei termini sopra esaminati, egli non ha dunque contestato nel merito i fatti e le doglianze di parte Ricorrente, con ciò assumendo rilevanza, diversamente da quanto prospettato dal convenuto medesimo, il principio processual-civilistico di non contestazione di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c., in virtù del quale i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita possono essere posti dal giudice a fondamento della decisione senza che occorra dimostrarli. In presenza di fattispecie analoghe, questo Collegio si è infatti già espresso nel senso di ritenere applicabile il principio desumibile dall'art. 115, comma 2, c.p.c., a mente del quale è possibile porre a fondamento della decisione *“i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita”*, essendo ciò *“particolarmente 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” (v. *ex multis*, decisioni n. 348 e 349 del 22 marzo 2018). Oltre ciò, va detto che le doglianze di parte attorea trovano idoneo fondamento, nel merito, nelle evidenze disponibili in atti.

L'insieme delle considerazioni di cui sopra induce, pertanto, conclusivamente il Collegio a ritenere che Parte Ricorrente abbia diritto al risarcimento di un ristoro

quantificato in € 36.202,83. La somma così determinata deve essere rivalutata fino alla data della decisione (per € 1.251,51), nonché maggiorata degli interessi legali sino al soddisfo. Quanto, invece, alla richiesta di rimborso dei costi correlati all'assistenza stragiudiziale prestata dal procuratore, essi non possono essere qualificati come un danno "*conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione da parte dell'intermediario*", restando così esclusi dal novero dei danni deducibili avanti quest'Arbitro, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del Regolamento concernente l'ACF (adottato dalla Consob con delibera n. 19602 del 4 maggio 2016).

PQM

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere in favore di Parte Ricorrente la somma di € 37.454,34, debitamente rivalutata, oltre interessi legali 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, utilizzando esclusivamente l'apposito applicativo disponibile accedendo all'area riservata del sito istituzionale www.acf.consob.it, 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