



Decisione n. 1007 del 29 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 del 15 ottobre 2018, in relazione al ricorso n. 1820, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

**FATTO**

**I. Il Ricorrente rappresenta:**

- di essere in possesso di diploma di scuola media superiore, di non disporre di conoscenze ed esperienze in materia finanziaria, di non avere un'attività lavorativa fissa;
- ciononostante, di essere stato indotto da un consulente dell'Intermediario ad investire tutti i propri risparmi (euro

117.403,50), tra il 2010 e il 2014, in azioni e obbligazioni convertibili emesse dall'allora capogruppo dell'Intermediario medesimo, avendo ricevuto rassicurazioni in merito alla validità e alla sicurezza dell'investimento in quanto “- si chiamano Azioni ma non sono Azioni quotate in borsa, dipendono dal Bilancio della Banca e quindi dato che la Banca è solida e il Bilancio è sempre in attivo, l'investimento è sicuro; - ogni anno oltre all'incremento del valore della quota vi sarebbe stato un dividendo pressoché sicuro; - la solidità della... Banca deriva dal suo forte legame col territorio e gli imprenditori; - i risultati di gestione delle Azioni negli anni precedenti sono stati ottimi....” e a tal proposito gli veniva “mostrato un prospetto indicativo dell'andamento storico del valore della azioni, di fatto sempre in crescita; - acquistando azioni sarebbe diventato un cliente speciale al quale la Banca avrebbe riservato un trattamento particolare ed esclusivo...”;

- di non aver ricevuto informazioni sulla rischiosità degli investimenti e sulla facilità o meno di disinvestimento, non essendo stata consegnata la dovuta documentazione in sede di sottoscrizione, e di non aver ricevuto alcuna valutazione in merito all'adeguatezza degli stessi;
- di aver ricevuto nel corso degli anni rassicurazioni dai funzionari della Banca, a fronte delle sue insistenti richieste in merito ai motivi del deprezzamento del titolo, che, a detta dei medesimi funzionari, sarebbe tornato ai valori precedenti;
- di aver richiesto i documenti relativi al rapporto contrattuale in data 25 gennaio 2016 e di aver constatato che i questionari Mifid a lui riferiti, mai consegnatigli in precedenza, contenevano informazioni “falsate”, non corrispondenti al suo reale profilo;
- di aver ricevuto una consulenza “errata”; in particolare, in un'occasione sarebbe stato “aggirato” il *software* di gestione per eseguire in regime di “iniziativa del cliente” un'operazione che era risultata inadeguata in regime di consulenza.

A fronte dei fatti sopra rappresentati, il Ricorrente lamenta che l'Intermediario avrebbe violato gli obblighi comportamentali di cui all'art. 21, comma 1, lett. a), b), c) ed e), del TUF in quanto avrebbe omesso di informarlo circa la natura e la rischiosità dei titoli, con particolare riferimento alla loro illiquidità, e avrebbe consigliato operazioni inadeguate, anche con riferimento al superamento del limite di concentrazione. Ciò contestato, su tali basi egli formula domanda di risarcimento in misura pari al controvalore investito, trattandosi di titoli il cui valore si è oramai azzerato.

2. In sede deduttiva l'Intermediario, costituitosi tramite la propria nuova capogruppo in qualità di *outsourcer*, ha anzitutto dichiarato che il Ricorrente è titolare di n. 3.017 azioni emesse dall'allora propria Capogruppo, per poi eccepire la propria carenza di legittimazione passiva, avendo il ricorso ad oggetto doglianze relative alla commercializzazione di azioni della Capogruppo al tempo, ora posta in liquidazione coatta amministrativa ai sensi del d.l. n. 99/2017, il cui art. 3, primo comma, 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. Il cessionario è stato individuato in una banca terza con cui la capogruppo in l.c.a. ha stipulato, in data 26 giugno 2017, il contratto di cessione nell'ambito del quale è stato previsto il trasferimento in capo al cessionario della partecipazione dell'allora capogruppo dell'odierno Intermediario in quanto *asset* compreso nell'*“Insieme Aggregato”*.

Tuttavia, dal perimetro della cessione sarebbero, a detta della Resistente, escluse le responsabilità inerenti alla fattispecie 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.

Inoltre, le operazioni di commercializzazione oggetto di contestazione sono state poste in essere in esecuzione delle politiche di vendita definite, all'epoca, dalla Capogruppo e, dunque, sotto la sua direzione e controllo. Le

contestazioni di cui all'odierno procedimento rientrerebbero, pertanto, nell'ambito di competenza dell'allora Capogruppo ora in l.c.a., con la conseguente inammissibilità del ricorso. La Resistente ha anche evidenziato che le contestazioni avanzate dal Ricorrente sono già state oggetto di un ricorso presentato avanti all'Ombudsman-Giurì Bancario che, con decisione del 7 marzo 2017, lo ha in parte rigettato nel merito (perché dalla documentazione fornita “*non sono state rilevate irregolarità nel comportamento della Banca*”) e in parte lo ha dichiarato inammissibile *ex art. 7, comma 1, lett. a)*, del Regolamento dell'Ombudam in riferimento alle operazioni di sottoscrizione dei titoli avvenute tra il 2010 e il 2013 in quanto risalenti ad oltre due anni antecedenti la presentazione del reclamo (2 ottobre 2015).

In ultimo e ad ogni buon conto, la Banca ha tenuto a segnalare che la richiesta risarcitoria del Ricorrente non sarebbe comunque corretta, in quanto:

- il controvalore complessivo delle operazioni di sottoscrizione di azioni ed obbligazioni convertibili in questione sarebbe pari a 114.025,14 euro;
- la richiesta, inoltre, non terrebbe conto delle somme incassate negli anni a titolo di dividendi su azioni e cedole maturate sul prestito obbligazionario convertibile, complessivamente pari a 3.516,70 euro.

3. Il Ricorrente ha replicato, affermando:

- la mancata corretta costituzione della Banca che, essendo soggetto giuridico autonomo, avrebbe dovuto costituirsi per proprio conto e non per il tramite di banca *outsourcer*, che sarebbe priva di legittimazione passiva nel presente procedimento;
- l'infondatezza dell'argomentazione di controparte relativa alla carenza di legittimazione passiva della Banca, in quanto il d.l. 99/2017 testualmente delinea il perimetro delle passività escluse con unico riferimento a quelle afferenti alle banche poste in liquidazione coatta amministrativa, senza estenderlo a ricomprendere anche quelle delle

loro controllate, che sono autonomi soggetti di diritto (Decisioni ACF n. 107 e n. 112 del 16 novembre 2017);

- l'irrelevanza della pronuncia assunta dall'Ombudsman in quanto questa, come le pronunce dell'ACF, non ha natura giurisdizionale e, dunque, non è suscettibile di passare in giudicato, non avendo nemmeno efficacia vincolante tra le parti; inoltre, la predetta decisione sarebbe “*gravemente lacunosa e contraddittoria*” in quanto ha ritenuto che la messa a disposizione della documentazione di offerta e la sottoscrizione da parte del cliente possano reputarsi soddisfattivi rispetto ai più ampi e specifici obblighi informativi previsti dagli artt. 31 e 32 del Regolamento Intermediari (Decisione ACF n. 107 del 16 novembre 2017) e non ha riconosciuto l'inadeguatezza degli investimenti in considerazione delle proprie personali caratteristiche non rappresentate nel questionario di profilatura (titolo di scuola media superiore, inesperienza in materia finanziari/bancaria, assenza di un'attività lavorativa fissa).

4. L'Intermediario ha obiettato che il soggetto intervenuto nel presente procedimento in qualità di *outsourcer* si è così costituito in base a specifici accordi di *service*: ne discenderebbe la regolarità di tale costituzione.

Ha, poi, ribadito nella sostanza le argomentazioni già in precedenza svolte con riguardo all'eccezione relativa alla propria carenza di legittimazione passiva.

#### **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 banca controllante, vicende dalle quali deriverebbe a suo dire la propria estraneità al presente procedimento e, dunque, l'inammissibilità del ricorso.

In proposito questo Collegio si è già espresso (v. tra le tante, decisioni n. 107, 111 e 112 del 16 novembre 2017, n. 163 del 22 dicembre 2017 e n. 309 del 2 marzo 2018) nel senso di non condividere la ricostruzione del contesto normativo di

riferimento introdotta da parte resistente. Ciò in quanto, se è vero che il d.l. n. 99/2017 si preoccupa di disciplinare l'avvio e lo svolgimento della liquidazione coatta amministrativa delle due banche ivi indicate, una delle quali è appunto quella che all'epoca dei fatti controllava l'odierna parte resistente, anche 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”*. Il punto di partenza del percorso interpretativo seguito nelle citate decisioni è che 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 Banca 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. D'altronde, 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”*. Ne deriva che la disciplina del d.l. 99/2017 non può essere letta come volta a esonerare parte resistente da eventuali responsabilità per la commercializzazione delle azioni della allora capogruppo.

2. Va, altresì, respinta l'eccezione del Ricorrente in merito alla carenza di legittimazione del soggetto costituitosi in qualità di *outsourcer*, il cui intervento nel

presente procedimento risulta validamente avvenuto in virtù di accordi per lo svolgimento di attività di *service*.

3. Va anche respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per il fatto che il Ricorrente ha sollevato analoghe contestazioni dinanzi all'Ombudsmann-Giurì Bancario. Anche in questo caso trattasi di questione già sottoposta al vaglio di questo Collegio, che ha avuto modo di esprimersi evidenziando *“come la circostanza che la controversia sia stata già sottoposta all'esame di un organismo, quale l'Ombudsman-Giurì bancario, competente per le dispute in materia di prestazione di servizi di investimento prima dell'avvio dell'operatività dell'ACF, non può rappresentare un elemento ostativo alla cognizione della medesima da parte di quest'Arbitro. Induce in questo senso la considerazione che le decisioni di organismi quali l'Ombudsman e, più in generale, di qualsivoglia organismo ADR - anche se le si vogliono configurare come espressione di un potere giurisdizionale seppure inteso in senso ampio - non hanno certamente attitudine alla formazione di un giudicato; ciò che allora non sembra precludere la possibilità di ricorrere a quest'Arbitro da parte di chi, come il ricorrente si sia già rivolto (ed oltretutto in epoca in cui il sistema dell'ACF ancora non era stato istituito) ad organismi di risoluzione delle controversie, quale l'Ombudsman, pur avendo ottenuto una pronuncia (negativa)”* (Decisione n. 328 del 16 marzo 2018; in senso conforme cfr. Decisione n. 12 del 7 luglio 2017; n. 13 del 7 luglio 2017; n. 62 del 3 ottobre 2017).

4. Venendo ora al merito, va rilevato che parte resistente non ha svolto alcuna argomentazione in proposito e non ha, di conseguenza, assolto l'onere probatorio che su di essa incombe per il principio di cd. vicinanza alla prova (art. 15, comma 2, del Regolamento ACF). Questo Collegio ha avuto modo di soffermarsi più volte su fattispecie analoghe, affermando per tali circostanze la possibilità *“di applicare... 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»”* (Decisioni ACF del 22 marzo 2018, n. 348 e 349). Nelle medesime decisioni il Collegio ha ritenuto, tra l'altro, tale ricostruzione *“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» (Decisione cit. n. 349).*

Inoltre, dalla documentazione agli atti emerge che:

- in ordine alla violazione degli obblighi informativi non consta nessuna evidenza da cui poter desumere che in sede di sottoscrizione sia stata fornita un'adeguata informazione circa le caratteristiche e i rischi dell'investimento proposto, con particolare riferimento alla loro illiquidità: Né vale a comprovare il buon operato dell'Intermediario la consegna della documentazione informativa “di rito” richiamata nelle schede di adesione alle offerte del 2013 e del 2014. Al riguardo il Collegio ha, in più pronunce, affermato che: *“la mera pubblicazione e messa a disposizione di un prospetto di offerta non è sufficiente a far ritenere che siano stati correttamente adempiuti gli (ulteriori e finalisticamente differenziati) obblighi di informazione che l'intermediario, in quanto tale, è tenuto ad osservare nei confronti della clientela [...] infatti, con la pubblicazione del prospetto d'offerta l'emittente adempie al suo (diverso) obbligo di informazione nei confronti della generalità degli investitori, mentre l'intermediario (ancorché anche emittente) che fornisce un servizio di investimento - soprattutto quando, come nel caso di specie, esso si sostanzia in un*



*servizio di consulenza - non può, all'evidenza, limitarsi ad informare la clientela della circostanza che è stato pubblicato un prospetto informativo e che tale prospetto è disponibile per gli interessati, dovendo per converso fornire al cliente tutte le informazioni necessarie al fine di consentirgli di valutare le caratteristiche dell'investimento proposto e da ciò farne scaturire una scelta consapevole.”* (v. Decisione n. 35 del 04/08/2017; Decisione n. 378 del 13.04.2018; Decisione n. 147 del 14/12/2017, Decisione n. 111 del 16/11/2017 e Decisione 807 del 30/08/2018);

- in ordine alle doglianze concernenti la profilatura e la conseguente valutazione di adeguatezza, parimenti non constano evidenze probatorie idonee a revocare in dubbio quanto affermato da parte Ricorrente in merito alla non corrispondenza al vero del contenuto dei questionari Mifid del 2010 e del 2013 (*“...contenevano delle informazioni falsate che lo stesso non aveva mai fornito e che rappresentavano quindi una realtà distorta rispetto alla sua reale situazione... il profilo di rischio (questionario Mifid) era stato presumibilmente alterato già a partire dal 2010 e anche negli anni successivi”*). Nemmeno risulta agli atti la valutazione di adeguatezza relativa all'operazione del 2014, a cui fa riferimento la pronuncia del Giurì Bancario, valutazione che si sarebbe conclusa con esito negativo per superamento del limite di concentrazione e a cui sarebbe seguita l'esecuzione dell'operazione fuori dal regime di consulenza; circostanza con riferimento alla quale il Ricorrente contesta alla Banca di aver aggirato il sistema di gestione per eseguire l'operazione inadeguata, facendola apparire come disposta su iniziativa del cliente.

L'insieme delle considerazioni suesposte fanno ritenere sussistenti i presupposti per l'accoglimento del ricorso, con conseguente riconoscimento a favore del Ricorrente del risarcimento dei danni occorsi.

5. Venendo, dunque, alla relativa quantificazione, va anzitutto rilevato, come sottolineato dalla Banca in sede deduttiva e come emerge dalle allegazioni dello stesso Ricorrente, che la somma complessivamente investita risulta pari a 114.025,14 euro, dalla quale deve essere detratto l'importo incassato negli anni a titolo di dividendi su azioni e cedole maturate sul prestito obbligazionario convertibile, pari a 3.516,70 euro, detratto il quale l'importo da riconoscere in questa sede risulta essere pari a euro 110.508,44, oltre a rivalutazione monetaria trattandosi di debito risarcitorio e quindi di valore, nonché, dalla data della presente decisione sino al soddisfo, gli interessi legali.

### **PQM**

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dichiara l'intermediario tenuto a corrispondere al ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, la somma di 115.302,59, comprensiva di rivalutazione monetaria, 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 € 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](http://www.acf.consob.it), sezione "Intermediari".

Il Presidente  
Firmato digitalmente da:  
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi