DECISIONE N. 2962 del 07/10/2020



Decisione n. 2962 del 7 ottobre 2020

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente Prof.ssa M. Rispoli Farina – Membro Cons. Avv. D. Morgante – Membro Prof. Avv. G. Guizzi – Membro

Prof. Avv. G. Afferni – Membro Relatore: Cons. Avv. D. Morgante

nella seduta del 5 ottobre 2020, in relazione al ricorso n. 4301, presentato dal sig.XXXXXXXXXXXXX, (di seguito “il ricorrente”) nei confronti di Poste Italiane S.p.A. (di seguito “l’intermediario”), dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

# FATTO

1. La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerne il tema del non corretto adempimento, da parte dell’intermediario, degli obblighi concernenti la prestazione di un servizio di investimento, in particolare sotto il profilo dell’inadempimento agli obblighi di informazione sulle caratteristiche degli strumenti finanziari oggetto di acquisto e della omessa rilevazione dell’inadeguatezza e inappropriatezza delle operazioni rispetto al profilo.

Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento.

.

1. Dopo aver inviato reclamo in data 15 gennaio 2019, cui l’intermediario non ha dato riscontro, il ricorrente, avvalendosi dell’assistenza di un difensore, si è rivolto all’Arbitro per le Controversie Finanziarie, rappresentando quanto segue. Il Ricorrente, all’epoca ventinovenne, che si definisce investitore “*alle prime armi*” e provvisto dei soli primi guadagni della sua attività e che mai prima di allora aveva investito in strumenti finanziari, riferisce di essersi recato, in data 23/10/2004, presso l’Intermediario in quanto sollecitato da quest’ultimo ad investire i suoi modesti risparmi. Il Ricorrente rappresenta che, nell’occasione, l’operatore gli propose di investire tutti i risparmi in quelli che venivano definiti “*fondi comuni a basso rischio in quanto immobiliari*” e che egli contestualmente sottoscrisse n. 2 quote da 2.500,00 euro cd. di un fondo. Il Ricorrente rappresenta che l’anno successivo, in data 23/11/2005, è stato indotto ad investire in ulteriori fondi immobiliari e sottoscrisse n. 8 quote di altro fondo per un controvalore complessivo di 20.000,00 euro. Per effetto di quanto sopra – precisa il Ricorrente

– tutti i suoi risparmi vennero “*dirottati in fondi comuni immobiliari chiusi, assolutamente ad alto rischio, complessi in natura (quindi difficilmente comprensibili per chi era al primo investimento) ed illiquidi*”.

In relazione alle predette operazioni, il Ricorrente chiede anzitutto di accertare e dichiarare l’annullabilità, se non la nullità, degli investimenti in ragione: a) della sussistenza di un vizio del consenso dovuto ad errore essenziale sull’oggetto del contratto, se non addirittura a dolo, avendo l’Intermediario omesso, sia in sede di acquisto che nella successiva fase di custodia, di individuare la natura, la liquidità e la rischiosità dell’investimento, con l’effetto di averlo indotto a credere di concludere un investimento a basso rischio, di facile smobilizzo e con capitale garantito; b) della non identificabilità dell’oggetto dell’investimento ovvero della tipologia di fondo che ha sottoscritto sulla base della scarna documentazione consegnata al momento dell’acquisto delle relative quote; c) della vessatorietà delle clausole contenute negli ordini di acquisto, approvate con doppia sottoscrizione, che prevedevano l’approvazione del regolamento del fondo (mai consegnato), delle norme sulla liquidazione del fondo e del foro competente; d)

dell’assenza di prova da parte dell’Intermediario dell’esistenza di un valido contratto quadro stipulato in forma scritta e sottoscritto dalle parti.

Il Ricorrente contesta, altresì, all’Intermediario l’inadempimento degli obblighi in materia di informativa periodica per non avergli inviato, ai sensi dell’art. 28 del Regolamento Intermediari all’epoca vigente, i rendiconti che gli avrebbero consentito di conoscere l’andamento dell’investimento. Ad avviso del Ricorrente, tale omissione rappresenterebbe un grave inadempimento e causa di risoluzione del contratto, con conseguente obbligo alla restituzione del capitale versato.

Il Ricorrente ritiene, inoltre, che l’offerta in sottoscrizione dei due fondi immobiliari in questione sia avvenuta in violazione della disciplina in tema di sollecitazione all’investimento prevista dal TUF, nonché dell’art. 21 del medesimo TUF e delle norme attuative contenute nel Regolamento Intermediari all’epoca vigente, in quanto l’Intermediario non gli avrebbe fornito un’informativa adeguata circa la natura e la rischiosità dei fondi, l’esistenza di una situazione di conflitto di interessi e il carattere non adeguato delle operazioni e non gli avrebbe neppure richiesto informazioni sulla sua esperienza in materia di investimenti, sulla sua situazione finanziaria, sui suoi obiettivi di investimento e sulla sua propensione al rischio. Ad avviso del Ricorrente, la violazione delle predette norme comporterebbe la nullità dei contratti di vendita (o di intermediazione) con conseguente condanna dell’Intermediario alla restituzione di quanto versato e, in ogni caso, assumerebbero rilievo sotto il profilo della responsabilità per inadempimento, con conseguente risoluzione dei contratti o, comunque, riconoscimento del risarcimento dei danni subiti.

Alla luce di quanto sopra, il Ricorrente chiede all’ACF di : “*in via principale* […] *accertare e dichiarare la nullità* […] *in subordine pronunciare l’annullamento per errore o dolo, dell’investimento descritto* […] *ovvero acquisto di complessivi euro 25.000,00 di quote dei due fondi immobiliari in oggetto* […] *e conseguentemente condannare, sia in caso di nullità che di annullamento,* [l’Intermediario] *alla restituzione dei versamenti effettuati pari a € 25.000,00, oltre agli interessi legali dalla data del versamento fino al saldo, ed oltre al maggior danno ex art. 1224 c.c* […]*. in via di ulteriore subordine:* […]*, accertata*

*la violazione delle norme di legge (T.U.I.F.) e regolamentari richiamate* […]*, dichiarare in ogni caso la responsabilità da inadempimento contrattuale della convenuta, e conseguentemente condannarla al risarcimento dei danni patrimoniali subiti dal* [Ricorrente] *nella misura di € 25.000,00, per il deprezzamento del valore degli investimenti eseguiti, oltre gli interessi legali dalla data dei rispettivi versamenti al saldo ed oltre al maggior danno ex art. 1224 c.c.*”.

1. L’intermediario si è costituito nei termini indicati dal Regolamento chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Preliminarmente, l’Intermediario evidenzia che sulla controversia in oggetto è stato esperito infruttuosamente un rimedio conciliativo e pende un ricorso giurisdizionale dinanzi al Tribunale…. Dopo aver sottolineato la funzione alternativa del rimedio dinanzi all’ACF rispetto alle altre procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nonché quella deflattiva rispetto al contenzioso ordinario, l’Intermediario sostiene che l’azionabilità dell’ACF da parte del Ricorrente, in pendenza di un giudizio dinanzi al Tribunale… per il ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c., in cui sono state riproposte le medesime contestazioni, si qualifichi come “*vero e proprio abuso del diritto di difesa, nonché* [come] *un’evidente violazione dei generali canoni di correttezza e buona fede*”. In particolare, l’Intermediario non comprende come, potendo scegliere tra i vari rimedi utilizzabili, il Ricorrente abbia scientemente optato per il procedimento giurisdizionale, senza neppure esperire il tentativo di mediazione obbligatorio, salvo poi ricorrere comunque all’ACF solo in seguito al disposto mutamento del rito da parte dell’Autorità giudiziaria. Ad avviso dell’Intermediario, tale circostanza deve ritenersi sintomatica della finalità strumentale perseguita dal Ricorrente di abusare di tutti gli strumenti di tutela, alterando il senso e la funzione dell’ACF che rendono ridondante il ricorso a tale organismo dopo l’avvenuto esperimento del tentativo di mediazione. Pertanto, anche al fine di evitare decisioni tra loro discordanti, l’Intermediario chiede all’ACF di applicare l’art. 13 del Regolamento ACF e quindi “*dichiarar*[e] *l’estinzione del procedimento proposto dal* [Ricorrente]*, per aver il predetto presentato il ricorso*

*ACF in ordine ai medesimi fatti e aspetti già oggetto del giudizio pendente dinanzi al Tribunale di…*”.

L’Intermediario rileva nel merito che i due fondi immobiliari in contestazione sono fondi chiusi che investono in beni immobili e diritti reali immobiliari e in partecipazioni in società immobiliari in cui il diritto al rimborso delle quote viene riconosciuto ai partecipanti solo a scadenza della durata del fondo o al momento della sua liquidazione, con la conseguenza che i relativi impieghi, per la loro natura e la loro non agevole liquidità, assumono una connotazione di lungo termine; natura e caratteristiche note al sottoscrittore e risultanti dal prospetto informativo. L’Intermediario precisa altresì che detti fondi sono stati gestiti in piena autonomia dalle rispettive SGR, estranee al gruppo dell’Intermediario, mentre il ruolo di quest’ultimo è stato esclusivamente quello di collocatore delle relative quote.

1. Il ricorrente si è avvalso della facoltà di presentare repliche ai sensi dell’art. 11, comma 5, Regolamento ACF.

Il Ricorrente ritiene non accoglibile la richiesta di estinzione del procedimento formulata dall’Intermediario in quanto l’art. 13 del Regolamento ACF la prevede solo in caso di azione giudiziaria intrapresa dopo il deposito del ricorso.

Nel merito, il Ricorrente rileva che l’Intermediario non ha provato l’esistenza di un contratto quadro in forma scritta e aggiunge che gli ordini di acquisto prodotti dall’Intermediario non risultano conformi alle regole in materia di valutazione di adeguatezza ed appropriatezza e comunque non valgono, nella sostanza, a provare il diligente adempimento degli obblighi di cui agli artt. 21 e ss. del TUF e ai regolamenti attuativi recando indicazioni “*di mero stile*”.

Per il resto richiama argomentazioni di tenore sostanzialmente analogo a quelle già formulate in sede di ricorso e reitera le sue domande.

1. Anche l’intermediario si è avvalso della facoltà di replicare ai sensi dell’art. 11, sesto comma, Regolamento ACF. Il resistente richiama le argomentazioni già svolte nella prima difesa e deposita la comparsa di costituzione e risposta prodotta nel procedimento pendente dinanzi al Tribunale di…, nella quale eccepisce, tra l’altro, l’intervenuta prescrizione dell’azione di nullità e dell’eventuale ripetizione

dell’indebito, di annullabilità e dell’azione relativa all’inadempimento contrattuale, affermando che la decorrenza dei relativi termini dovrebbe avere inizio dalla data di stipulazione ed esecuzione delle operazioni (momento in cui si sarebbero consumate le violazioni prospettate), ovvero rispettivamente dal 23/10/2004 e dal 23/11/2005, e che quindi, al momento della notifica del ricorso *ex* art. 702 *bis* c.p.c., risultano decorsi oltre cinque anni (avuto riguardo all’azione di annullamento e all’azione di nullità relativa per mancanza di contratto quadro in forma scritta) e oltre dieci anni (avuto riguardo al diritto al risarcimento del danno).

Afferma l’Intermediario che il Ricorrente avrebbe sottoscritto il contratto quadro disciplinate la prestazioni dei servizi di investimento, di cui erano parte integrante le norme che regolavano la prestazione dei servizi di investimento e il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari che il Ricorrente aveva dichiarato di avere ricevuto, ma di non essere stato in grado di produrlo stante l’incompatibilità “[del]*la tempistica necessaria a reperire tutti i documenti (ben risalenti) dislocati presso diversi uffici postali* […] *con la ristrettezza dei tempi previsti nel procedimento ex art. 702 bis cpc*”;

Il Ricorrente, proprio in ragione della sottoscrizione del suddetto contratto quadro, procedeva in data successiva alla sottoscrizione delle quote dei fondi di che trattasi, previa adeguata informativa ricevuta dal personale dell’Intermediario. In proposito, nei moduli di sottoscrizione il Ricorrente ha dichiarato di avere ricevuto copia del Prospetto Informativo relativo all’offerta pubblica delle quote dei fondi, ciò attestando che gli sono state tempestivamente fornite tutte le informazioni afferenti agli investimenti nonché le relative caratteristiche e i rischi ai medesimi connessi.

Argomenta l’Intermediario che all’epoca in cui il Ricorrente ha deciso di compiere gli investimenti contestati (2004 e 2005), esso non era tenuto ad alcun obbligo di profilatura del cliente, introdotto a far data dall’01/11/2007 con il recepimento della Direttiva MiFID e che, in base alla disciplina all’epoca vigente, all’intermediario era consentito effettuare un’operazione non adeguata dopo aver avvertito l’investitore e aver ricevuto il consenso di quest’ultimo, cosa che si

sarebbe verificata nel caso di specie. A suo avviso, il Ricorrente non può considerarsi privo di esperienza nel campo degli investimenti, risultando egli intestatario di altri titoli.

Segnala di avere sempre e correttamente dato al Ricorrente periodica comunicazione sullo sviluppo degli investimenti tramite l’invio, con cadenza semestrale, degli estratti conto nei quali erano riportati l’effettivo andamento della quotazione dei titoli acquistati e i relativi dividendi.

Con specifico riguardo alla pretesa risarcitoria, l’Intermediario contesta la sussistenza dei relativi presupposti, non avendo il Ricorrente fornito alcuna prova al riguardo. L’Intermediario rileva altresì l’inattualità del danno quantomeno con riferimento alle quote del secondo fondo, non essendo esso ancora venuto a scadenza.

# DIRITTO

1. Considerato che il procedimento giurisdizionale *ex* art. 702 *bis* c.p.c. risulta essere stato avviato con ricorso notificato prima della presentazione del presente ricorso, la richiesta dell’Intermediario di estinzione del procedimento ai sensi dell’art. 13 del Regolamento ACF non può essere accolta in quanto, come già precisato dal Collegio, “*secondo la disciplina regolamentare la causa di estinzione è concretizzata, infatti, solo nella ipotesi opposta, ossia allorché il procedimento giurisdizionale è instaurato successivamente alla proposizione del ricorso davanti l’Arbitro*” (decisione n. 2499 del 24/04/2020).
2. L’eccezione di prescrizione non può essere considerata ammissibile in considerazione del fatto che essa è stata sollevata dall’Intermediario, mediante richiamo alla comparsa di costituzione e risposta depositata nell’ambito del processo civile in corso, solo nelle repliche finali. Come il Collegio ha già avuto modo di precisare, infatti, la prescrizione non può essere rilevata di ufficio, ma è sottoposta al rilievo di parte che deve essere formulato, a pena di decadenza, nella prima difesa utile, costituendo la sua eccezione solo nelle repliche finali “*la conferma che si tratti di una «tardiva resipiscenza» dell’intermediario* […] *al fine*

*di far valere una eccezione prima non sollevata*” (decisione n. 1607 del 29/05/2019).

1. Fondata è la doglianza di nullità avanzata dal Ricorrente per mancanza di forma scritta del contratto quadro. In proposito, nella comparsa di costituzione e risposta integralmente richiamata nelle proprie repliche finali, l’Intermediario afferma che le operazioni contestate erano state effettuate nel vigore di un valido contratto quadro, stipulato in forma scritta e sottoscritto dalle parti, che tuttavia non ha prodotto in questa sede. A giustificazione di tale mancata produzione, l’Intermediario allega la tempistica necessaria a reperire la documentazione. Tale giustificazione, se – al limite – avrebbe potuto risultare valida all’epoca del deposito della comparsa di costituzione e risposta nel 2018, mal si concilia invece con il fatto che è trascorso oramai un ampio lasso temporale senza che l’Intermediario sia riuscito a reperire la predetta documentazione. Ne deriva che l’esistenza di un valido contratto quadro non può dirsi in alcun modo dimostrata, il che porta ad accogliere la domanda principale di restituzione, in quanto le operazioni d’investimento risultano eseguite in assenza di un valido rapporto di mandato, con l’effetto che esse debbono rimanere – salvo che il mandante non le abbia poi ratificate, cosa di cui nel caso non si ha evidenza in atti - a carico dell’intermediario, tenuto dunque a restituire l’intera somma pagata per la sottoscrizione delle quote dei fondi in questione.

Al riguardo, l’Intermediario non ha neppure allegato la percezione da parte del Ricorrente di proventi e rimborsi, anche se dagli estratti conto depositati risulta che il Ricorrente ha nel tempo percepito emolumenti sugli investimenti contestati genericamente indicati come “*dividendi*”. La corresponsione di rimborsi e proventi e il relativo ammontare trovano riscontro nelle informazioni disponibili sui siti *web* delle relative SGR che sono stati utilizzati dal Collegio in analoghi precedenti (decisione n. 2617 del 25/05/2020) ritenendo dette informazioni come appartenenti al dominio del cd. “notorio ristretto” (da ultimo, decisione n. 2686 del 17/06/2020).

Con riferimento alle quote del primo fondo, dal sito *web* della relativa SGR risulta che, con riferimento alla singola quota, sono stati distribuiti 1.290,30 euro a titolo

di rimborso e 438,00 euro a titolo di proventi, per un totale di 1.728,30 euro *pro quota*. Ne deriva che, in relazione alle n. 2 quote in suo possesso, il Ricorrente avrebbe nel tempo percepito 2.580,60 euro a titolo di rimborso e 876,00 euro a titolo di proventi, per un totale di 3.456,60 euro. Per quanto riguarda le quote del secondo fondo risulta che, per ciascuna quota, sono stati distribuiti 275,00 euro a titolo di rimborso e 25,00 euro a titolo di proventi. Ne deriva che, in relazione alle

n. 8 quote in suo possesso, il Ricorrente avrebbe nel tempo percepito 2.200,00 euro a titolo di rimborso e 200,00 euro a titolo di proventi, per un totale di 2.400,00 euro.

Stante quanto sopra, la domanda restitutoria non si ritiene possa essere accolta in misura pari all’importo integrale dei versamenti effettuati dal Ricorrente. Se – per un verso – secondo un costante orientamento del Collegio, il Ricorrente non sarebbe tenuto a restituire i proventi incassati sui titoli in quanto percepiti in buona fede, per altro verso non può dirsi altrettanto per le somme ricevute a titolo di rimborso, che non rappresentano frutti bensì delle restituzioni parziali del capitale investito che, ove non detratte dall’importo corrisposto originariamente per gli investimenti, determinerebbero un’ingiustificata locupletazione a vantaggio dell’odierno Ricorrente. In base a tale impostazione – già adottata dal Collegio nella decisione n. 2838 del 03/08/2020 assunta nei confronti dello stesso Intermediario per la medesima tipologia di investimenti – la somma dovuta a titolo restitutorio deve essere pari, per ciascun fondo, alla differenza tra il capitale inizialmente investito e quanto percepito nel tempo dal Ricorrente a titolo di rimborso delle quote. Tale somma corrisponde a 2.419,40 euro per il primo fondo e a 17.800,00 euro per il secondo fondo, per un totale di 20.219,40 euro, su cui sono dovuti gli interessi dal reclamo sino al soddisfo.

# PQM

In accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l’intermediario tenuto a corrispondere a Parte ricorrente, a titolo restitutorio, la somma complessiva di € 20.219,40, per i titoli di cui in narrativa, oltre interessi dalla data del reclamo sino

al soddisfo. Il Collegio fissa il termine per l’esecuzione in trenta giorni dalla ricezione della medesima.

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,](http://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,](http://www.acf.consob.it/) sezione “Intermediari”.

Il Presidente

Firmato digitalmente da: Gianpaolo Eduardo Barbuzzi