



Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 6450 del 28 marzo 2023

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G.E. Barbuzzi – Presidente

Prof.ssa M.D. Braga – Membro

Prof. Avv. M. de Mari – Membro

Prof. Avv. F. De Santis – Membro

Prof. Dott. P. Esposito – Membro

Relatore: Prof. Avv. M. de Mari

nella seduta del 24 marzo 2023, in relazione al ricorso n. 8945, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

1. La presente controversia concerne il tema del non corretto adempimento, da parte dell'Intermediario, degli obblighi informativi sia attivi che passivi.

Parte Ricorrente, dopo aver presentato reclamo all'Intermediario, al quale quest'ultimo non ha dato riscontro a suo avviso soddisfacente, si è rivolta all'Arbitro per le Controversie Finanziarie.

Questi i fatti essenziali oggetto del procedimento.

2. La Ricorrente, cliente avversa al rischio che in passato aveva sempre investito in operazioni sicure, rappresenta che, nel dicembre 2017, concludeva su consiglio

dell'Intermediario l'acquisto di quote di un fondo comune d'investimento per un controvalore di euro 30.000,00, che generava una perdita del 9,78% a pochi mesi dalla sottoscrizione, ricavando dalla liquidazione la cifra di euro 27.086,98.

La Ricorrente lamenta:

- la mancata acquisizione della “*profilatura MIFID*” della Cliente e che, nonostante ciò, l'Intermediario avesse ritenuto “*arbitrariamente adeguato*” l'investimento, mentre avrebbe dovuto astenersi dal prestare il servizio;
- che l'operazione di acquisto si svolgeva in conflitto di interesse e che l'Intermediario avrebbe percepito ingenti incentivi per la collocazione dei titoli;
- la nullità dell'operazione in lite per assenza della forma scritta richiesta *ad substantiam*, in violazione della norma imperativa di cui all'articolo 23 TUF;
- che l'Intermediario avrebbe violato gli obblighi di diligenza, correttezza, trasparenza e informazione del cui assolvimento deve dare prova, in virtù del principio previsto dall'articolo 23, comma 6, del TUF.

Alla luce di quanto esposto, Parte Ricorrente chiede all'ACF di accertare e dichiarare la nullità del contratto o in subordine di risolvere lo stesso sulla base di un grave inadempimento dell'Intermediario. Per l'effetto di tali accertamenti, viene richiesta la somma di € 2.800,78 a titolo di restituzione della minusvalenza realizzata o in subordine a titolo di risarcimento del danno.

3. L'Intermediario si è costituito nel presente giudizio resistendo al ricorso.

Dopo aver sintetizzato il contenuto dell'avverso ricorso e precisato che “*la Banca ha operato nel rispetto delle vigenti normative con diligenza e buona fede*” evidenzia e allega le interviste di adeguatezza e di appropriatezza datate 18.12.2017, confutando in tal modo la contestazione di omessa profilatura. Dalle citate interviste emerge un profilo prudente (contenuta oscillazione del valore del capitale investito) ed un orizzonte temporale prevalentemente o totalmente di lungo periodo (oltre 60 mesi). In risposta all'asserita violazione dell'obbligo di astensione dal proporre operazioni finanziarie nel caso di inadeguatezza dell'operazione, l'Intermediario rileva che lo strumento, classificato con un indice di rischio medio basso (pari a 9), era anche in

un'ottica di portafoglio adeguato alla Cliente a cui era associato un rischio massimo di 15. Quanto alle contestazioni sul piano informativo, l'Intermediario evidenzia che nel verbale di consulenza il Cliente era avvertito del fatto che ulteriori informazioni sullo strumento sono contenute nella documentazione d'offerta predisposta dalla SGR, la cui parte obbligatoria è stata consegnata su supporto cartaceo per la presa visione. Per quanto concerne la lamentata *performance* dei titoli, l'Intermediario ricorda che il fondo ha maturato dei proventi pari a € 549,51 nel febbraio 2018 e che aveva specificatamente avvertito che l'investimento aveva un orizzonte temporale di lungo periodo, di circa 60 mesi, e, ciò nonostante, la Ricorrente decideva di disinvestire dopo soli 10 mesi, assumendosi le conseguenze di tale autonoma scelta non potendo, in ogni caso, l'Intermediario rispondere del risultato negativo del fondo. Infine, l'intermediario risponde sull'invocata nullità dell'operazione in argomento per assenza della forma scritta richiesta *ad substantiam*, affermando che l'ordine contestato trae origine da un valido "contratto quadro titoli" sottoscritto in data 13.3.2014 e allegato ai documenti istruttori insieme con il contratto che dispone l'ordine d'acquisto. Alla luce di quanto esposto, la Parte Resistente chiede di rigettare il ricorso e la conseguente richiesta di rimborso, poiché infondate. Nell'ipotesi di accertamento di un danno risarcibile, l'Intermediario chiede che tale importo sia comunque decurtato dal rimborso dei proventi pari ad € 549,51.

4. La Ricorrente ha presentato delle deduzioni integrative nelle quali ha in gran parte ribadito le contestazioni e le argomentazioni già articolate in sede di ricorso.

Viene precisato che il fondo in questione, pur avendo un indice di rischio medio-basso, "*appare già di rischio elevato rispetto all'usuale attività della [...Cliente]*", la quale ha "*[...] effettuato l'investimento sulla scorta delle rassicurazioni rese dai consulenti*" che avrebbero rincuorato la stessa sulla "*sicurezza del fondo nonché sulla sicura remuneratività*" e che in mancanza di tali indicazioni non avrebbe investito in tale strumento.

5. L'Intermediario ha formulato memorie di repliche nelle quali ha confermato quanto già rappresentato nelle deduzioni e la richiesta *in toto* del ricorso.

DIRITTO

1. Il ricorso, stanti le evidenze in atti, è meritevole di accoglimento per le ragioni e nei termini di seguito rappresentati.

2. Giova anzitutto rilevare che né le deduzioni integrative né le memorie di replica presentate nel presente procedimento possono essere tenute in considerazione ai fini della presente decisione. Va al riguardo rammentato che, ai sensi dell'art. 11, comma 1-bis, del regolamento ACF n. 19602 del 4 maggio 2016 c.s.m., per la presentazione delle deduzioni integrative le parti utilizzano esclusivamente la modulistica resa disponibile sul sito web dell'ACF e la trasmettono attraverso il medesimo sito. Secondo quanto previsto al riguardo dalle Istruzioni operative dell'ACF le *“deduzioni integrative vanno trasmesse mediante l'utilizzo dell'apposito modulo disponibile nel sistema, compilando il box dedicato (Sezione E), in cui inserire un testo in lingua italiana della lunghezza massima di 15.000 caratteri. Questa è l'unica modalità utilizzabile per veicolare i contenuti delle deduzioni integrative. Non è infatti ammesso operare un rinvio (espreso o implicito) a documento separato che, ove pure allegato, non sarà preso in considerazione. Per le stesse ragioni, ulteriori scritti difensivi (comunque denominati) che venissero eventualmente prodotti al fine di integrare il contenuto della citata sezione non verranno presi in considerazione ai fini dell'esame della posizione del ricorrente”*. La ratio sottesa alla previsione regolamentare è quella di rendere più agevole e celere l'attività istruttoria, in particolare attraverso il contenimento della produzione di documenti istruttori e l'utilizzo di moduli standard di lunghezza predefinita a disposizione delle parti per la fase del contraddittorio. Nel caso in discussione le deduzioni integrative non risultano inviate con modalità conformi a quanto previsto dall'articolo 11 co. 1-bis del Regolamento ACF e alle relative Istruzioni operative, avendo la difesa della Ricorrente non compilato il modulo messo a disposizione per presentare deduzioni integrative e rinviato in esso a una memoria esterna contestualmente allegata. Pertanto le predette deduzioni integrative non possono essere tenute in considerazione. Né si può tener conto delle argomentazioni contenute nelle repliche dell'Intermediario, dovendo anche queste

ultime, ancorché ritualmente presentate, considerarsi automaticamente travolte dal vizio dell'atto presupposto.

2. Quanto all'eccezione d'invalidità dell'operazione in contestazione per mancanza della forma scritta *ad substantiam* del c.d. contratto quadro, in virtù della quale viene chiesta la declaratoria di nullità dello stesso e dell'operazione contestata, ovvero, in subordine, la risoluzione del contratto per grave inadempimento, tale richiesta non può essere accolta. In ordine alla richiesta di accertamento della nullità, si rileva che l'Intermediario ha versato in atti copia del contratto quadro, debitamente sottoscritto in data 18.12.2017 dalla Ricorrente insieme con altra persona, probabilmente familiare nonché cointestataria del conto titoli. Contestualmente, viene versato in atti dall'Intermediario anche il rispettivo ordine d'acquisto, risultando pertanto infondata la prima questione.

Quanto alla richiesta di risoluzione del contratto e degli ordini d'acquisto, si rileva che mancano contestazioni sul profilo esecutivo del rapporto contrattuale, vertendo l'intera controversia su presunte violazioni precontrattuali che, secondo il consolidato orientamento del Collegio, si collocano in un momento antecedente alle singole operazioni di acquisto, e dunque non possono operare come causa di risoluzione delle stesse ai sensi dell'art. 1453 c.c. Tale rimedio presuppone che l'inadempimento che vi dà causa inerisca direttamente al rapporto contrattuale che si vorrebbe risolvere, e non ad un rapporto diverso, ancorché ad esso in un certo senso presupposto (*ex multis*, Decisioni ACF n. 6283 del 1° febbraio 2023 e n. 5000 del 21 gennaio 2022).

3. Ciò chiarito in via preliminare si può ora passare all'esame del merito della vicenda. La Ricorrente, seppure in modo non molto circostanziato, attraverso il pedissequo richiamo della normativa di settore, lamenta la violazione degli obblighi informativi da parte dell'Intermediario. Al riguardo, non può non rilevarsi che l'Intermediario non ha dato prova convincente dell'assolvimento degli obblighi informativi sul medesimo gravanti, avendo versato in atti della documentazione precontrattuale (report di consulenza e ordine di acquisto), inidonea allo scopo. L'Intermediario non ha, infatti, provveduto a produrre né il KIID sottoscritto, né tantomeno ha dato prova di aver acquisito nella richiamata documentazione la sottoscrizione della Cliente di avvenuta

presa visione dello stesso KIID, solitamente contenuta all'interno del modulo di sottoscrizione del fondo predisposto dalla SGR, non versata in atti. Nel caso in discussione, non avendo, quindi, il Resistente fornito alcuna dimostrazione dell'avvenuta consegna e presa visione del KIID da parte del Cliente, evidenza di per sé idonea a far ritenere correttamente assolti i suddetti obblighi, risulta mancare la prova da parte dell'Intermediario di aver agito secondo la diligenza richiesta, come più volte affermato dal Collegio (*ex multis* Decisione ACF n. 5397 del 6 maggio 2022). Inoltre, l'Arbitro in alcuni precedenti (Decisioni ACF n. 5397 del 6 maggio 2022 e n. 5006 del 24 gennaio 2022) ha precisato che il corretto assolvimento degli obblighi informativi sulle peculiarità degli strumenti finanziari non può essere sopperito, in mancanza del KIID, dalla generica dichiarazione del Ricorrente di *“aver da voi ricevuto [...] – per la relativa presa visione – la documentazione d’offerta obbligatoria, predisposta dalla Società di Gestione/SICAV, e di esser stato da voi informato in ordine alla [...] facoltà di richiedere l’ulteriore documentazione informativa sempre predisposta dalla Società di Gestione/SICAV”*, come indicato nella dicitura presente nell'ordine raccolto dall'Intermediario relativo alla sottoscrizione di quote del fondo di cui l'Intermediario ha allegato la “Copia banca”.

4. La Ricorrente lamenta altresì la mancata profilatura della Cliente evidenziando come non sia comprensibile come abbia potuto l'Intermediario ritenere adeguato l'investimento in lite. La doglianza per come formulata non appare fondata in quanto l'Intermediario ha versato in atti le interviste di adeguatezza, appropriatezza e classificazione della Cliente, dando prova di aver assolto, almeno formalmente, a questo specifico onere imposto dalla normativa. Non può tuttavia non evidenziarsi un'effettiva insufficienza quantitativa e qualitativa delle domande poste dall'Intermediario all'interno delle interviste menzionate. Per quanto attiene al “questionario adeguatezza”, la sezione sugli obiettivi di investimento è composta, infatti, di due sole domande di cui una sull'orizzonte temporale di investimento e un'altra sulla propensione al rischio da cui emerge un profilo prudente (*“un rendimento atteso e rischio di perdita moderati”*) a cui l'Intermediario associa un “kilovar5” (metro per valutare la propensione al rischio) massimo di 15 su 1000. In

proposito, si rileva che al prodotto veniva associato un “kilovar5”, comunque, basso di 9 su 1000, nonostante lo strumento abbia poi registrato una perdita di quasi il 10%. In ogni caso, la valutazione circa la correttezza di tale profilatura del prodotto è ostacolata anche dalla mancata allegazione del KIID da cui rilevare il rischio attribuito allo strumento dal suo ideatore. Pertanto, si ritiene che l’Intermediario oltre a una deficitaria raccolta delle informazioni sulla Cliente non ha provato neanche di aver correttamente profilato il prodotto e condotto conseguentemente una giusta valutazione di adeguatezza. Anche il questionario di appropriatezza desta forti perplessità, in quanto sembra essere del tutto omessa la raccolta delle informazioni circa la pregressa esperienza della Ricorrente. In particolare, l’Intermediario si è limitato a rilevare la mancanza di esperienza presso terzi intermediari, non formulando ulteriori domande sul punto. Ciò nonostante, la pregressa esperienza della Cliente non sembrava potesse neanche ricavarsi da informazioni già in possesso dell’Intermediario, essendo il contratto quadro per la prestazione dei servizi sottoscritto nella medesima data della raccolta delle informazioni. Non si comprende, quindi, come possa l’Intermediario, senza aver rilevato l’esperienza sui singoli strumenti, stilare una lunga lista di prodotti definiti appropriati o non appropriati per la Cliente. Da ultimo, si deve anche rilevare che – ancorché non contestato – il contratto quadro era sottoscritto da due persone, ma in atti è versata solo l’intervista di adeguatezza e appropriatezza della Ricorrente, mancando la profilatura dell’altra cointestatario dei rapporti. Sul punto, come più volte sottolineato dal Collegio, il prendere in considerazione un solo cointestatario costituisce una modalità inidonea a rilevare le inevitabili differenti caratteristiche che i singoli cointestatari possano presentare, in mancanza di previo accordo, frutto di specifica negoziazione tra le parti e che l’intermediario abbia predisposto, a monte, procedure che garantiscano che la citata scelta di uno solo tra i cointestatari sia compiuta su basi oggettive e razionalmente giustificabili, senza pregiudizio degli altri investitori contraenti e, in particolare, di quelli in posizione più debole.

5. Accertato così l’inadempimento dell’Intermediario, occorre ora passare alla quantificazione del danno. Va presa come riferimento la perdita risultante dalla

differenza dalla somma originariamente investita nel fondo (€ 30.000,00) e la somma liquidata dall'Intermediario (pari € 27.086,98), ossia la somma pari a € 2.913,02. L'intermediario dà altresì conto nelle prime deduzioni di proventi pari a € 549,51 accreditati alla Ricorrente. Pertanto il *quantum* risarcibile può essere calcolato in € 2.363,51, pari alla differenza tra il capitale inizialmente investito (€ 30.000,00) e la somma di quanto percepito a titolo di proventi (€ 549,51) nel corso del tempo e quanto liquidato all'atto del disinvestimento (€ 27.086,98).

PQM

in accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'Intermediario tenuto a corrispondere al Ricorrente la somma complessiva rivalutata di € 2.739,31, per i titoli di cui in narrativa, oltre interessi legali dalla data della presente decisione sino al soddisfo, e fissa il termine per l'esecuzione in trenta giorni dalla ricezione della medesima 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 c.s.m.

L'intermediario è tenuto a versare alla Consob la somma di € 400,00, ai sensi dell'art. 18, comma 3, del citato Regolamento, n. 19602/2016, secondo le modalità indicate nel sito istituzionale www.acf.consob.it, sezione "Intermediari".

Il Presidente

Firmato digitalmente da:
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi