

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

Relatore: Prof. Avv. G. Guizzi

nella seduta del 17 maggio 2021, in relazione al ricorso n. xxxx, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

1. La controversia sottoposta alla cognizione del Collegio concerne il tema della responsabilità dell'intermediario nella prestazione di un servizio di investimento, in particolare in relazione all'inadempimento degli obblighi di informazione sulle caratteristiche dello strumento finanziario. Questi, in sintesi, i fatti oggetto del procedimento e considerati rilevanti dal Collegio ai fini della decisione.

2. Dopo aver presentato un reclamo in data 27 marzo 2019, cui l'intermediario ha dato riscontro con nota del 4 aprile dello stesso anno 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, dal 1997 al 2002, un rapporto per la prestazione di servizi di investimento, e collegato dossier titoli, con una banca poi incorporata dall'intermediario. Il ricorrente espone, quindi, di essersi trovato a detenere, all'interno di tale dossier, titoli obbligazionari emessi dalla Repubblica Argentina, e segnatamente «Rep. Argentina EUR 11 % SD» per un valore nominale di € 46.016,27. Il ricorrente – che dichiara di non avere memoria «di aver consapevolmente disposto l'acquisto di detti titoli» ricordando «solamente che il personale di filiale caldeggiava con insistenza quel tipo di investimento» - precisa comunque di aver trasferito, nel 2003, tali titoli su un dossier detenuto presso altro intermediario, dove sono rimasti «sino al default dell'emittente».

Il ricorrente – che segnala di aver contestato all'intermediario l'inadempimento degli obblighi cui era tenuto nella prestazione dei servizi di investimenti già con lettere del 22 novembre 2011, 8 maggio 2012 e 17 luglio 2014 – si duole, innanzitutto, di non aver ricevuto alcuna informazione sulle caratteristiche degli strumenti in questione e sul loro livello di rischio, sia al momento degli acquisti sia successivamente, in quanto l'intermediario non gli avrebbe comunicato il declassamento e il peggioramento del grado di solvibilità dell'emittente espresso dalle agenzie internazionali, che «classificavano i bond argentini con il rating “BB”, salvo, però, derubricarlo nella categoria “B” tre anni dopo e, precisamente, nel marzo 2001». Il ricorrente lamenta, altresì, il fatto che l'intermediario non abbia rilevato l'inadeguatezza dell'investimento rispetto al profilo, oltre che per eccesso di concentrazione.

Il ricorrente dedica, infine, alcune considerazioni per spiegare le ragioni per cui, a suo dire, non potrebbe considerarsi maturata la prescrizione delle pretese azionate. Al riguardo osserva che il momento iniziale di decorrenza del termine si dovrebbe individuare in quello di manifestazione del danno sicché – vuoi che si individui quest'ultimo con il default dell'emittente, comunicato nel dicembre 2001, vuoi che lo si individui con il ritiro dal mercato dei titoli, disposto dall'Argentina nel 2005 - la prescrizione sarebbe stata efficacemente interrotta con la comunicazione del 22 novembre 2011.

Sulla base di quanto esposto, il ricorrente conclude chiedendo al Collegio in via principale, accertata la nullità delle operazioni per assenza degli ordini di investimento, di dichiarare l'intermediario tenuto alla restituzione del capitale investito pari ad € 46.016,27, ovvero in subordine al risarcimento del danno in pari misura.

3. L'intermediario si è costituito depositando controdeduzioni con cui chiede il rigetto del ricorso.

Il resistente ricostruisce la storia della relazione contrattuale intrattenuta con il ricorrente e dell'acquisto per cui è controversia. Al riguardo il resistente osserva che dagli estratti conto disponibili risulta che alla data del 30 giugno 1999 erano presenti nel dossier del ricorrente i titoli «Rep. Argentina EUR 11 % SD» per 50.000 DEM, ossia marchi tedeschi. Il resistente sottolinea quindi che i medesimi titoli, per 40.000 DEM, venivano acquistati dal Ricorrente il 24 agosto 1999, sicché il complessivo saldo di 90.000 DEM, a fronte della conversione in euro, determinava l'importo (in valore nominale) di € 46.016,27 indicato nel ricorso. L'intermediario sottolinea che gli strumenti furono trasferiti, come rileva anche il ricorrente, nel 2003, su un nuovo dossier acceso presso un diverso intermediario e rammenta come dall'investimento il ricorrente abbia percepito rilevanti flussi cedolari.

L'intermediario eccepisce, preliminarmente, la prescrizione dei diritti fatti valere dal ricorrente, sottolineando come le pretese fossero in realtà già prescritte nel novembre 2011, come sottolineato nella risposta resa in allora.

Il resistente rileva, altresì, la difficoltà di produrre la documentazione afferente ai due ordini di investimento, e al corretto assolvimento degli obblighi informativi al momento dell'acquisto, considerato che anche alla data del primo reclamo, quello del 2011, erano già decorsi i termini di conservazione previsti dall'art. 29 del Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob del 2007, al tempo vigente.

Il resistente sostiene, infine, che nessun addebito può essere mosso al proprio operato, e che in ogni caso il ricorrente aveva estrema dimestichezza con i titoli esteri, come dimostra la sua intensa operatività, oltre che in obbligazioni Argentina, anche in obbligazioni Brasile e obbligazioni Russia, nonché in azioni e covered warrant, così denotando una propensione al rischio alta ed obiettivi di investimento con compresenza di «redditività e rivalutabilità» come sottoscritto nella contrattualistica di apertura conto.

4. Il ricorrente si è avvalso della facoltà di presentare deduzioni integrative ai sensi dell'art. 11, comma quinto, Regolamento ACF.

Il ricorrente contesta le affermazioni del resistente circa l'indisponibilità degli ordini di acquisto per decorrenza del termine di conservazione della documentazione, osservando che con nota del 4 giugno 2012 l'intermediario le ha comunque dato copia dei contratti di deposito e per la prestazione dei servizi di investimento del febbraio 1997 e del febbraio 1998, sicché risulterebbe a suo dire «singolare» la mancata conservazione, invece, degli ordini di acquisto.

Il ricorrente sostiene, altresì, l'irrelevanza, ai fini del decidere, delle proprie abitudini di investimento, anche alla luce dei più recenti orientamenti della Cassazione, ai sensi dei quali la pregressa operatività

Decisione, Arbitro per le Controversie Finanziarie del 24.05.2021 n.3794

del cliente non può costituire di per sé motivo di esonero della responsabilità per l'intermediario per i propri inadempimenti.

5. Anche il resistente si è avvalso della facoltà di replicare ai sensi dell'art. 11, comma 6, Regolamento, riproponendo le argomentazioni svolte nelle prime difese, senza apportare sostanziali elementi di novità al dibattito.

DIRITTO

1. Applicando il principio della "ragione più liquida", deve essere esaminata in primo luogo l'eccezione di prescrizione, in quanto idonea a definire la controversia.

L'eccezione è fondata per le ragioni che seguono.

2. La prescrizione è manifesta rispetto alla pretesa alla restituzione del capitale conseguente all'asserita "nullità" (ma meglio dovrebbe dirsi inefficacia) delle operazioni di investimento per mancata prova di un ordine scritto imputabile al ricorrente.

Come il Collegio ha avuto già altre volte modo di osservare (cfr., tra le molte, le decisioni n. 85 del 16 ottobre 2017; n. 221 del 26 gennaio 2018; n. 1745 del 23 luglio 2019) - in linea del resto con gli orientamenti consolidati della Suprema Corte (cfr., tra le molte, Cass. 19 aprile 2016, n. 7749) - il dies a quo di decorrenza del termine decennale di prescrizione del diritto alla ripetizione di quanto sia stato eventualmente indebitamente corrisposto sulla base di un titolo nullo o inefficace **si identifica con il giorno dell'intervenuta esecuzione della prestazione oggetto della successiva richiesta restitutoria**, ossia dalla data del pagamento della somma sulla base del contratto che si assume nullo e della quale si chiede la restituzione. Nel caso di specie è, dunque, pacifico che il diritto alla ripetizione delle somme impiegate negli investimenti contestati era già prescritto il 22 novembre 2011, data della prima lettera di diffida e messa in mora, trattandosi di una lettera inviata 13 anni dopo il primo investimento (effettuato nel 1998) e 12 anni dopo il secondo investimento (eseguito nel 1999).

3. Qualche parola in più è necessario dedicare, invece, alle ragioni che impongono di ritenere prescritta anche la pretesa risarcitoria.

Con riferimento al risarcimento dei danni derivante dal dedotto inadempimento degli obblighi di condotta gravanti sull'intermediario è indirizzo consolidato del Collegio che la prescrizione decorra dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere - ossia dal verificarsi dell'inadempimento - e non dal momento in cui il danneggiato ha avuto consapevolezza della perdita di valore dello strumento finanziario (cfr. decisioni n. 439 del 16 maggio 2018; n. 466 del 23 maggio 2018). La soluzione che individua la decorrenza della prescrizione con il momento in cui si è verificato l'inadempimento dell'intermediario degli obblighi normativamente previsti, anziché in quello in cui l'investitore ha percezione del danno, appare, infatti, al Collegio la più idonea a garantire l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, senza in alcun modo ostacolare l'esercizio dei propri diritti da parte degli investitori (cfr. decisioni n. 200 del 18 gennaio 2018; n. 1190 del 7 dicembre 2018 ; n. 1748 del 23 luglio 2019), anche considerando che la prescrizione è quella ordinaria decennale.

4. Il Collegio ha già più volte chiarito, nei propri precedenti orientamenti sul tema (si veda da ultimo decisione 3 maggio 2021, n. 3697), le ragioni anche sistematiche per cui non può essere seguita la tesi del ricorrente che vorrebbe che pure nel caso di danno da perdita del valore dell'investimento conseguente a inadempimenti dell'intermediario degli obblighi informativi al momento dell'acquisto, alla stessa stregua di quanto avviene in altri ambiti disciplinari, il dies a quo sia identificato con il momento in cui il danno si è reso manifesto, dunque nel caso in esame il default.

Si tratta, infatti, di una soluzione irragionevole ad avviso di questo Collegio, che assicura un ingiustificato regime di over protection dell'investitore, perché gli permette di fruire di uno strumento di fatto perpetuo per sterilizzare ogni investimento rivelatosi a distanza di anni di esito negativo,

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Decisione, Arbitro per le Controversie Finanziarie del 24.05.2021 n.3794

rendendo così sostanzialmente indistinguibile il confine tra danno causalmente riconducibile all'inadempimento dell'intermediario e mera perdita economica conseguente alle semplici alee dell'operazione.

5. Nel caso di specie il Collegio ritiene, tuttavia, necessario svolgere anche una considerazione ulteriore che conduce a respingere, in ogni caso, la domanda del ricorrente.

Come si è avuto modo di sottolineare nella recente decisione n. 3721 del 10 maggio 2021, il comportamento dell'investitore che, senza alcun giustificato motivo, pur avendo piena consapevolezza del danno, aspetti per muovere le proprie censure dieci anni anche dalla sua emersione, sollevandole solo in limine dello spirare del termine di prescrizione, integra una fattispecie di abuso del diritto, ovvero se si preferisce di esercizio del medesimo in spregio dei principi di buona fede, che allora finisce per integrare – sulla falsariga della teorica tedesca della *Verwirkung* – un'ipotesi di inammissibilità della domanda.

Il caso in esame presenta, infatti, alcuni elementi esemplari di quella ipotesi indicata da Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in cui il ritardo ingiustificato protrattosi per lunghissimo tempo nell'esercizio del diritto può determinare l'estinzione dello stesso, anche se formalmente non prescritto, ove si accerti che il ritardato esercizio sia, per un verso, da considerare imputabile al titolare e che, per altro verso, il ritardato esercizio produce un danno nella sfera dell'obbligato il quale fa oramai affidamento legittimo sul non esercizio dello stesso.

6. Ebbene ciò è esattamente quando accade nella presente vicenda.

Il ricorrente, che pure era perfettamente consapevole del default dell'emittente sin dal 22 dicembre 2001, ha aspettato lo spirare del termine decennale di prescrizione senza aver mai sollevato prima di allora alcuna contestazione di nessun genere riguardo ad inadempimenti dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento.

Una tale mancanza di contestazioni, per un arco di tempo così prolungato ed esteso, e che si è spinto persino ben oltre il termine previsto dalle disposizioni regolamentari per la conservazione dei documenti afferenti al rapporto contrattuale - che era a sua volta cessato da otto anni al momento dell'invio della prima lettera di contestazione - non può, allora, non aver ingenerato quel legittimo affidamento, di cui ragiona la Cassazione nella citata pronuncia, circa il fatto che il ricorrente non aveva motivo di avanzare contestazioni sulla corretta esecuzione di prestazioni, in relazione poi ad operazioni che si collocavano persino oltre il decennio, e dunque finisce per determinare un ingiustificato pregiudizio per l'intermediario, il quale può a quel punto essersi anche legittimamente disfatto della documentazione di un rapporto oramai da tempo esaurito, venendo così a trovarsi nella condizione di non poter assolvere gli oneri probatori che la norma dell'art. 23 TUF pone, invece, a suo carico.

Insomma, quel che si intende sottolineare è come legittimare un comportamento siffatto degli investitori che, anche quando hanno oramai avuto piena consapevolezza dei danni, restano silenti per un decennio per poi attivare le pretese risarcitorie solo allo scadere (o quasi) dell'ultimo giorno utile per evitare la prescrizione, conduce a soluzioni palesemente irragionevoli e inique, in quanto finisce per far gravare sull'intermediario il rischio di non poter più assolvere, a causa del tempo trascorso, gli oneri probatori di aver correttamente adempiuto gli obblighi contrattuali.

PQM

Il Collegio respinge il ricorso.

Il Presidente

Firmato digitalmente da: Gianpaolo Eduardo Barbuzzi

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS