Arbitro per le Controversie Finanziarie

Decisione n. 2297 del 2 marzo 2020

ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE

Il Collegio

composto dai signori

Dott. G. E. Barbuzzi – Presidente

Prof. Avv. M. Rispoli Farina – Membro

Cons. Avv. D. Morgante – Membro

Prof. Avv. R. Lener – Membro supplente

Prof. Avv. G. Afferni – Membro

Relatore: Prof. Avv. G. Afferni

nella seduta del 25 novembre 2019, in relazione al ricorso n. 2850, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

1. La ricorrente società fa presente di avere sottoscritto, in data 3 novembre 2008, con l'intermediario odierno convenuto un contratto derivato denominato "Purple Collar", con nozionale di riferimento di tipo "Bullet" pari a € 1 milione. In merito formula domanda di nullità del contratto per: *i*) mancanza di un contratto quadro concluso con la forma scritta richiesta dalla legge; *ii*) mancata informazione sull'esistenza del diritto di recesso, trattandosi di operazione asseritamente conclusa "fuori sede"; *iii*) mancanza di causa, trattandosi di contratto derivato in realtà privo di alcuna funzione di copertura, non essendo stato neanche indicato a copertura di quale finanziamento a tasso variabile esso sarebbe stato sottoscritto; *iv*) indeterminabilità dell'oggetto, non essendo stato indicato il valore equo del

contratto, ovvero il suo *Market to Market*. Inoltre, la ricorrente contesta l'inadeguatezza dell'operazione rispetto al suo profilo, stante che: *i*) l'operazione è stata oggetto di consulenza da parte dell'intermediario convenuto; *ii*) il cliente odierna parte attorea non disponeva di alcuna competenza ed esperienza in materia di contratti derivati *Over The Counter*, del tipo di quello in esame. Infine, la ricorrente contesta la mancata informativa ricevuta: *i*) sulle caratteristiche e la rischiosità dell'operazione proposta; *ii*) sulle commissioni e i costi impliciti applicabili; nonché *iii*) sulla sussistenza di una situazione di conflitto di interesse. Tutto ciò premesso, la ricorrente chiede la restituzione del saldo dei flussi attivi e passivi corrisposti in esecuzione del contratto, che quantifica in € 155.295,54, ovvero il risarcimento del danno per un pari importo.

2. L'intermediario convenuto si è costituito nel presente giudizio resistendo al ricorso. In via preliminare, eccepisce la prescrizione di ogni pretesa di controparte, per essere decorso il termine di prescrizione, a suo dire di durata quinquennale, applicabile in caso di responsabilità precontrattuale o extracontrattuale. Il resistente contesta, altresì, la sussistenza nel caso di specie di una causa di nullità, affermando che: *i*) la ricorrente aveva a suo tempo sottoscritto uno specifico contratto quadro per l'operatività in contratti derivati; *ii*) l'operazione oggetto del ricorso non è stato concluso "fuori sede" e, in ogni caso, sarebbe mancato nel caso di specie il cd. effetto "sorpresa", il quale solo giustifica il riconoscimento del diritto di recesso; *iii*) il contratto derivato di che trattasi svolgeva una funzione di copertura dal momento che, come risultante dalle evidenze della Centrale Rischi, all'epoca della sua sottoscrizione la ricorrente aveva in corso finanziamenti per oltre € 3 milioni; *iv*) la mancata indicazione del *Market to Market* non rappresenta causa di nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. Inoltre, il resistente contesta che l'operazione fosse inadeguata al profilo della ricorrente, regolarmente sottoposta a profilatura allorquando dichiarava, tra l'altro, di conoscere i contratti derivati del tipo di quello sottoscritto. Il resistente contesta anche la mancata informativa resa quanto alle caratteristiche del contratto di che trattasi, alle commissioni applicabili e alla sussistenza di una situazione di conflitto di interesse. Infine, ad ogni buon conto, contesta l'entità della pretesa restitutoria/risarcitoria formulata da

controparte in quanto, in caso di accoglimento anche parziale della domanda attorea, non potrà non tenersi conto anche di quanto la stessa ricorrente sarebbe tenuta a restituire. Tutto ciò affermato, il resistente chiede che il ricorso sia rigettato in quanto infondato.

3. Nelle repliche, la ricorrente conferma le proprie precedenti argomentazioni e domande sostenendo, in particolare, che sia maturata prescrizione, dovendosi essa conteggiare tenendo conto dell'ordinario termine decennale. Inoltre, la ricorrente ribadisce la nullità dell'operazione, in quanto: *i*) il contratto quadro prodotto dal resistente risale al 2010, quindi è successivo alla data di sottoscrizione del contratto derivato oggetto del ricorso odierno; *ii*) il resistente non ha fornito alcuna evidenza attestativa della sua funzione di copertura, dal momento che non ha dimostrato che i finanziamenti che la stessa ricorrente aveva in corso al momento della sottoscrizione del contratto derivato fossero finanziamenti a tasso variabile. La ricorrente insiste, quindi, in conclusione per l'accoglimento del suo ricorso.

4. Nelle repliche finali, parte resistente sostanzialmente conferma le proprie precedenti difese, insistendo quindi per il rigetto del ricorso.

DIRITTO

1. Esaminate le evidenze disponibili in atti, è avviso di questo Collegio che il ricorso sia fondato per le ragioni e nei termini di seguito rappresentati.

In via preliminare, rileva il Collegio che è infondata l'eccezione di intervenuta prescrizione sollevata dal resistente, per decorrenza del termine speciale di durata quinquennale. Infatti, nel caso in esame, tutte le domande formulate dalla ricorrente sono soggette al termine ordinario di prescrizione di durata decennale, consistendo in una domanda principale di restituzione dell'indebito (previo accertamento della nullità del contratto derivato) e in una domanda subordinata di risarcimento del danno per inadempimento del resistente. Orbene, come questo Collegio ha già avuto modo di affermare in casi analoghi, la domanda di restituzione dell'indebito è soggetta al termine ordinario di prescrizione decorrente dalla data del pagamento, mentre la domanda di risarcimento del danno è soggetta al termine ordinario di prescrizione decorrente dalla data dell'inadempimento. Nel caso di specie, il

contratto derivato oggetto del ricorso è stata sottoscritto il 3 novembre 2008, con la conseguenza che tutti i pagamenti di cui la ricorrente chiede la restituzione, così come tutti gli inadempimenti che essa imputa al resistente, sono avvenuti meno di dieci anni prima del reclamo del 19 settembre 2017.

2. Ciò premesso, rileva il Collegio che è fondata e assorbente di tutte le altre contestazioni sollevate dalla ricorrente, la domanda di accertamento della nullità del contratto derivato oggetto del ricorso per mancanza di un previo contratto quadro concluso con la forma scritta richiesta dalla legge, con conseguente obbligo del resistente di restituzione del(l'eventuale) saldo negativo (inteso come differenza tra flussi attivi e passivi generati dal contratto) corrisposto dalla ricorrente in esecuzione del contratto di che trattasi.

Infatti, nel caso di specie, il resistente ha prodotto nel presente giudizio arbitrale i seguenti atti: *i*) "Contratto Quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati", sottoscritto dalla ricorrente il 3 novembre 2008; e *ii*) "Documento di sintesi delle Condizioni Generali del Contratto Unico per la Prestazione dei Servizi d'Investimento ed Accessori", sottoscritto dalla ricorrente in data 25 marzo 2010. Ebbene, il "Contratto quadro" sottoscritto il 3 novembre 2008 non contiene le condizioni contrattuali applicabili alla prestazione dei servizi di investimento, quindi non assolve all'obbligo di forma previsto dall'art. 23 TUF, contenute invece, e solo, nel "Documento di sintesi" sottoscritto il 25 marzo 2010, successivo però alla sottoscrizione del contratto derivato oggetto del ricorso. Pertanto, si deve ritenere che il contratto derivato in questione sia stato sottoscritto in assenza di un valido contratto quadro. Ne consegue la pretesa del ricorrente di poter invocare la nullità del contratto derivato sottoscritto, così come da ultimo confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza del 4 novembre 2019, n. 28314.

3. Nella sopra citata sentenza delle Sezioni Unite n. 28314/2019 viene anche precisato che, nel caso in cui il cliente chieda l'accertamento della nullità di solamente alcuni degli ordini di investimento eseguiti in mancanza di un contratto quadro sottoscritto con la forma scritta richiesta dalla legge, l'intermediario convenuto possa sollevare eccezione di buona fede, mediante cui chiedere di detrarre dalla somma richiesta dal cliente quanto lo stesso cliente abbia

eventualmente incassato per effetto di altri investimenti, in relazione ai quali lo stesso cliente non abbia, invece, formulato analoga domanda di nullità dei relativi ordini. In tal modo, si evita che l'uso c.d. "selettivo" della nullità causata dall'assenza a monte di un valido contratto quadro si ponga in contrasto con il principio di buona fede, arrecando un pregiudizio eccessivo all'intermediario. Nella specie, il resistente ha domandato che, in caso di accoglimento anche parziale delle domande della ricorrente, dalla somma liquidata a suo favore vengano detratti i flussi attivi incassati dalla stessa ricorrente, nonché qualsiasi somma a qualsiasi titolo risulti da questa dovuta al resistente. Si può ritenere quindi che, nel caso di specie, il resistente abbia sollevato l'eccezione di buona fede, così come definita dalle Sezioni Unite nella sopracitata sentenza. Tuttavia, una tale eccezione si rivela infondata. Infatti, da una parte, il resistente non ha contestato che la somma richiesta dalla ricorrente (pari a € 155.295,54) sia pari al saldo tra flussi attivi e passivi generati dal contratto nullo, e quindi tenga già conto dei flussi attivi incassati dalla ricorrente. Dall'altra, il resistente non ha neanche dimostrato che la ricorrente abbia effettivamente incassato altre somme, per effetto di servizi di investimento comunque prestati dal resistente pur in assenza di un valido contratto quadro, essendosi limitato a formulare una tale eccezione solo in modo generico e indefinito. Pertanto e in conclusione, la ricorrente ha diritto alla restituzione di € 155.295,54, oltre a interessi legali dalla data del reclamo del 19 settembre 2017 sino al soddisfo.

PQM

In accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto a restituire al ricorrente, per le ragioni descritte in narrativa, la somma di € 155.295,54, oltre a interessi legali dal 19 settembre 2017 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 € 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, sezione "Intermediari".

Il Presidente
Firmato digitalmente da:
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi