

17 giugno 2024 10:14

## Polizze vita o polizze Unit Linked. Responsabilità intermediario e contestazione investimenti

di [Marco Solferini](#)



Le polizze unit-linked sono anzitutto dei prodotti complessi che hanno quale scopo il realizzare un investimento di natura speculativa in un fondo, il più delle volte scelto da un paniere interno.

Esteriormente possono apparire come delle polizze vita ma non lo sono. Trattandosi invece di prodotti finanziari. In moltissimi casi il Cliente lamenta di avere avuto la convinzione di un sottoscrivere una polizza con capitale garantito avente quali beneficiari gli eredi e di essersi accorto solo successivamente del reale impiego del capitale. Tale convinzione viene ingenerata da meccanismi di piazzamento che equiparano il "riferito" con il "non riferito" sulla falsa riga di voler assecondare una convinzione dapprima generata o quantomeno indirizzata nei confronti del Cliente e successivamente, pur se rilevata, non adeguatamente indagata. In buona sostanza si trae vantaggio (indebito) da un erroneo convincimento.

E' utile a tal proposito riportare una massima genericamente seguita dall'ACF, tale per cui: "prima dell'entrata in vigore dell'obbligo di consegna del KID per i prodotti d'investimento assicurativo non era sufficiente, per l'assolvimento degli obblighi informativi, la mera sottoscrizione di presa visione della documentazione predisposta dalla compagnia assicurativa in considerazione della "complessità già insita in una polizza unit-linked" e tenuto conto che "la firma dei documenti contrattuali dimostra solo che l'operazione assicurativa è stata regolarmente perfezionata; ma altro è l'obbligo dell'intermediario collocatore, il quale – a fronte dell'allegazione dell'inadempimento – deve provare di avere fornito, in concreto, informazioni utili al cliente per illustrargli le caratteristiche del prodotto acquistato e tali da permettergli una consapevole scelta di investimento" (Decisione ACF n.2557 del 12 maggio 2020, confermata da ultimo con Decisione ACF n. 7216 del 22 febbraio 2024).

Prima di scendere di più e meglio nel dettaglio cercando di capire come tutelare i diritti dei risparmiatori portatori di polizze unit-linked sembra utile precisare alcuni elementi.

E' spesso di scarsa rilevanza fare affidamento sul c.d. errore essenziale essendo arduo dimostrarlo nelle fasi del procedimento stragiudiziale e a tal proposito si rammenta l'orientamento dell'Arbitro, secondo il quale "ai fini dell'annullamento dell'operazione di investimento, è onere del ricorrente dimostrare la sussistenza del dolo o dell'errore essenziale e riconoscibile, non essendo sufficiente la mera allegazione di una violazione delle regole di correttezza e trasparenza alle quali sono soggetti tipicamente gli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi d'investimento" (Decisione ACF n. 7256 del 26 marzo 2024).

Inoltre le lamentele del Cliente sull'inadeguatezza di un investimento devono essere precise e coerenti. Non potendo riparare su genericità che facciano affidamento sul risarcimento nel momento in cui non vengano separatamente dedotti, ad esempio, sia l'aver subito delle perdite economiche in conseguenza della gestione come

pure il fatto di non aver ottenuto i risultati positivi in linea con le proprie esigenze e il profilo di rischio dichiarato. Precisione espositiva significa introdurre con buona identificazione la propria censura in termini di danno lamentato e coerenza vuol dire inserirla in un percorso dove le parole abbiano un significato loro attribuito dal diritto e non siano prese a prestito per cercare, in modo randomico, di cogliere nel segno. Deve esserci una costruzione organizzata. Ed in quest'ottica si tenga ben presente la inutilità di una domanda di risarcimento per il mancato guadagno che una diversa gestione dei risparmi avrebbe consentito di realizzare, laddove tale argomentazione priva di una esatta quantificazione a monte è altresì sprovvista a valle, nella sua genericità, di un idoneo supporto probatorio, ciò presupponendo "un'allegazione concreta e attendibilmente verificabile, ad opera del ricorrente, di quali sarebbero stati gli impieghi alternativi verso cui si sarebbe orientato in caso di corretto adempimento degli obblighi posti in capo all'intermediario" (Decisione ACF n. 6255 del 18 gennaio 2023).

La mera riproduzione della massima è sicuramente utile tuttavia per l'interprete del diritto più accorto chiamato alla redazione del reclamo prima e del ricorso ACF poi è saggio procedere come negli scacchi "guardando avanti" alcune mosse. Andando cioè a collocare le lamentele in modo tale da creare un perimetro di deficit informativo che non possa non essere valutato come una criticità.

Pertanto e ad esempio, può essere utile partire già dal presupposto che quasi certamente il Cliente ha sottoscritto una clausola in cui afferma di avere ricevuto e preso visione di una serie di documenti. Tuttavia la predetta clausola di presa visione della documentazione anzitutto predisposta dall'emittente con moduli standard (seriali), in mancanza di ulteriore documentazione, non è di per se idonea al fine della dimostrazione dell'adempimento dell'obbligo informativo di cui l'Intermediario era gravato.

Tutto ciò in ragione del fatto che il semplice rinvio non consente di assolvere ai propri obblighi comportamentali e conseguentemente nel paradosso è la documentazione stessa che l'Intermediario inevitabilmente sarà obbligato a versare in atti per scontate esigenze e prassi difensive, come predisposta dall'impresa di assicurazione che dimostrerà la fallacia del suo agire. E, anche, seppur potenzialmente la capziosità e ingannevolezza dell'aver agito con manchevolezza.

E' rilevante questo passaggio.

Infatti, per la miglior difesa del cliente non si tratta solo di voler persuadere l'arbitro ed ottenere una pur se giusta e produttiva ragione ma di essere anche efficaci nell'ambito di una più vasta strategia che ad ogni passaggio semina elementi che si possano poi raccogliere in quelli successivi. Non ultimo anche il contenzioso avanti al Giudice.

Questi elementi nella scienza del diritto che guarda agli investimenti e ai diritti dei risparmiatori saranno tanto più utili alla difesa quanto meglio si potrà argomentare sul fatto che malgrado la consapevolezza in tal senso l'esibizione, il deposito, la messa a disposizione della documentazione "incriminante" proviene proprio dalla parte contro cui essa depone.

Si massimizza così facendo l'effetto di dover esibire la documentazione nel supposto di sfruttare al meglio l'onere di inversione della prova di cui l'Intermediario è gravato.

Per esempio nel caso sopra esposto, subito dopo aver provocato l'esibizione dei documenti e la scontata teoria difensiva dell'Intermediario che si trincererà dietro la clausola di presa visione, sarà il Cliente che potrà eccepire tramite il proprio Avvocato che la documentazione versata in atti comprova l'alto grado di responsabilità in termini di non appropriatezza poiché:

- 1) è molto corposa (arrivando persino, in molti casi, numerosissime pagine);
- 2) non era di facile intelligibilità laddove richiedeva la sofisticazione di andare materialmente a cercare il riferimento interno al fondo di investimento della polizza che pur essendoci non era univocamente individuato essendo invece solamente presente;
- 3) pur se fosse stato presentato il documento KID magari successivamente perché diventato obbligatorio ratione temporis lo stesso non è dirimente laddove si tratta di un prodotto multi-opzione dove la scelta effettuata (opzione) avrebbe dovuto comunque essere evidenziata.

Avuto riguardo al punto n. 3 mi sembra utile rammentare anche che per i c.d. prodotti multi-opzione il legislatore

comunitario ha dettato una specifica disciplina agli articoli 10-15 del Regolamento 6 delegato UE 2017/653, lasciando all'ideatore del prodotto due possibili alternative: **1)** produrre tanti KID quante sono le opzioni di investimento sottostanti; **2)** produrre un KID generico, contenente una descrizione generale del prodotto con uno specifico rinvio a documentazione contrattuale aggiuntiva, ed una serie di allegati tecnici contenenti informazioni specifiche relative a rischi, performance e costi relativi ai sottostanti. Relativamente al distributore del prodotto, l'art. 133, comma 3, del Regolamento Intermediari n. 20307/2018, specifica che *"in caso di prodotti che prevedono più opzioni di investimento, il soggetto abilitato alla distribuzioni assicurativa deve fornire le informazioni con riferimento alle specifiche opzioni di investimento"*

Come si evince questa strategia consente di dimostrare una criticità molto difficilmente superabile nel reclamo - ricorso e, si noti bene, dando la possibilità poi all'Avvocato di patrocinare i diritti del Cliente avanti al Giudice competente non soltanto con una decisione favorevole, fondamentale e di prestigio perché resa da un qualificato collegio arbitrale ma potendo egli depositare stavolta secondo le regole della procedura civile i documenti dimostrativi della responsabilità dell'intermediario come (proprio) l'Intermediario li ha forniti in precedenza (!!).

In pratica prima si costringe l'Intermediario / Banca a difendersi in un determinato modo e così facendo gli si rivoltano contro le sue stesse difese in due fasi, la prima la stragiudiziale e la seconda persino nel giudiziale (eventuale).

Addirittura dando una soluzione di continuità al presupposto che il difetto ab origine dovuto alla capziosità o all'ingannevolezza secondo i crismi voluti dal legislatore nella normativa dei consumatori e come spesso individuati dall'Autorità garante hanno a tal punto viziato e condizionato lo svolgimento del rapporto che nemmeno l'introduzione di norme poste a salvaguardia della stabilità e dell'efficienza del mercato hanno saputo ricondurre nell'alveo della regolarità.

A tal proposito meritano di essere riportati gli orientamenti ormai maggioritari su cui i Giudici sono uniformi nella loro applicazione. Il primo ci dice che: *"Il giudice di merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa e dall'art. 1337 c.c. deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivata, al fine di stabilire se esso, al di là del nomen iuris attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di performance sia per intero addossato all'assicurato)"* (Cass. 9418/2024).

Mentre il secondo: *"Il tratto qualificante delle polizze unit-linked sta nell'allocazione del cd. rischio demografico, ossia dell'evento legato alla durata della vita umana. Se il rischio d'investimento grava totalmente sull'assicurato, tanto da poter comportare la perdita dell'intero capitale, il cd. rischio demografico, pur apparentemente presente, è in realtà insussistente perché non si garantisce all'assicurato, proprio in base all'accordo, il riconoscimento di una somma di denaro minima, pur ridotta rispetto all'ammontare dei premi versati, che sia completamente "slegata" dal valore sottostante delle quote di investimento; oppure gli si attribuisce una somma del tutto irrisoria. In tal caso l'evento legato alla durata della vita umana figura come mero parametro temporale per individuare il momento in cui verrà liquidata la polizza, poiché l'assunzione del rischio è soltanto apparente"* (Cass. 9418/2024).

Si tenga presente che poter conoscere in anticipo quali sono gli orientamenti valutativi cui i Giudici si atterrano è un grande vantaggio nella strategia difensiva perché consente appunto di pronosticare le "mosse dell'avversario" ben oltre l'immediato della procedura stragiudiziale; in buona sostanza riducendone la loro portata e l'effetto persuasivo. Si può quindi non solo ottenere il risultato di giustizia per il Cliente ma anche obbligare la Banca ad adottare una certa condotta difensiva che gli si potrà opporre sia fallimentare.

Del resto si consideri che come spesso accade nell'ambito degli investimenti essendo il rapporto di durata, nel mentre alcune regole cambiano e vengono rilasciati regolamenti o modificate certune norme che pur restando all'interno di un compendio normativo continuano a svolgere il proprio ruolo di diritto vivente adeguandosi alle prassi del mercato. Essendoci un aspetto evolutivo. Per esempio nel caso delle unit-linked viene in considerazione, in un rilevante numero di casi, per via della finestra temporale in cui sono state piazzate che l'art. 85 del Regolamento Intermediari 16190 e l'art. 133 del Regolamento 20307 del 2018 (per il versamento aggiuntivo) se

vigenti al momento "dei fatti" prevedevano un controllo di "adeguatezza rafforzata" preceduto da una raccolta di quelle che erano le esigenze assicurative il quale era indirizzato a certificare la volontà assicurativa del cliente. La qual cosa implicava fra l'altro di *"precisare le richieste e le esigenze di tale contraente e le ragioni su cui si fonda qualsiasi consulenza fornita su un determinato prodotto della specie"*.

Voglio proprio vedere in una siffatta costruzione della difesa come sopra concepita come possa l'Intermediario superare una criticità del genere laddove anche se lo avesse astrattamente fatto, cioè avesse raccolto queste esigenze le medesime avrebbero dovuto essere riprodotte in un report per iscritto di consulenza che, alla luce delle norme vigenti in termini di trasparenza, consapevolezza e informazioni deve dimostrare un train d'union giustificativo tra le esigenze del cliente e le ragioni per le quali il prodotto finanziario è stato consigliato.

Nei casi sottoposti alla mia attenzione è davvero molto difficile che l'Intermediario riesca a svincolarsi da una siffatta rete di responsabilità, se ben costruita.

Praticamente, alla luce di quanto si è cercato di mettere in rilievo l'unica possibilità per l'Intermediario sarebbe quella di riportare indietro le lancette dell'orologio.

In buona sostanza l'agire dell'Intermediario ha profondamente e irrimediabilmente negato la possibilità del Cliente di sviluppare consapevolezza e questo fatto è, specialmente nel contenzioso in Tribunale, molto utile perché consente di poter poi parametrare e adeguare una serie di censure che delineeranno la responsabilità sul caso in concreto.

Questa strategia è performante perché nella fase iniziale diminuisce il numero di opzioni che l'Intermediario può compiere e per ciascuna di essere gli chiede di sacrificare potenzialmente qualcosa.

Nell'esperienza dello scrivente non pochi uffici legali di Banche e Intermediari sono poco preparati e agiscono sulla base di atti fotocopia, distribuendo in maniera prevedibile le difese in modo tutt'altro che creativo. Sono abbastanza facili da anticipare e spesso da indirizzare.

**La loro vera forza consiste nel vantaggio competitivo** ma raramente esternalizzano verso Avvocati specializzati preferendo avvalersi di personale dipendente simile a impiegati forensi.

Questo è un vantaggio che ogni interprete del diritto che tutela gli interessi dei suoi Clienti dovrebbe tenere in considerazione: è un sistema che non crea il diritto, lo usa. E' un sistema orwelliano: fortissimo solo se ci credi anche tu.

### **CHI PAGA ADUC**

l'associazione non **percepisce ed è contraria ai finanziamenti pubblici** (anche il 5 per mille)

La sua forza economica sono iscrizioni e contributi donati da chi la ritiene utile

**DONA ORA** (<http://www.aduc.it/info/sostienici.php>)