



Decisione n. 3700 del 5 maggio 2021

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. F. De Santis – Membro supplente
Avv. D. Patera – Membro supplente

Relatore: Prof. Avv. F. De Santis

nella seduta del 3 maggio 2021, in relazione al ricorso n. 5052, dopo aver esaminato la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente decisione.

FATTO

I. I Ricorrenti rappresentano che, in data 30 agosto 2018, il loro figlio aveva sottoscritto un contratto di conto corrente e deposito amministrato presso gli uffici dell'Intermediario e che il suo consulente finanziario di riferimento, avuta notizia della disponibilità di risparmi accumulati negli anni, proposto loro - due anziani coniugi, aventi un basso profilo di rischio - di sottoscrivere un prodotto finanziario, consistente in un piano di accumulo a capitale garantito e rendita minima semestrale del 2,65%, agganciato al conto corrente intestato al figlio.

Il 7 settembre 2018, i Ricorrenti avevano quindi sottoscritto il predetto PAC, che prevedeva la corresponsione di un importo predeterminato mensile pari a € 15.000,00, per un periodo di 10 mesi; tra settembre 2018 e maggio 2019, i coniugi odierni Ricorrenti avevano regolarmente effettuato i versamenti previsti, consegnando gli importi in contanti direttamente nelle mani del consulente, che li ritirava personalmente presso l'abitazione degli anziani pensionati, oppure presso lo studio del figlio avvocato, provvedendo a consegnare loro le distinte di versamento valori. Il consulente, su richiesta dei Ricorrenti medesimi, il 27 maggio 2019, consegnava loro un documento denominato "estratto conto versamenti".

Il 31 maggio 2019, il figlio dei Ricorrenti apprendeva della morte del consulente; secondo alcune notizie ricevute nell'immediatezza del fatto, questi aveva compiuto un gesto estremo a causa di una situazione di dipendenza dal gioco d'azzardo e per avere sottratto somme di denaro ai clienti gestiti. Contattando il *call center* dell'Intermediario, il loro figlio scopriva allora che nel *dossier* loro intestato non vi era, in realtà, alcuna traccia del PAC. Dopo avere chiesto alla Banca di verificare lo stato del piano di accumulo sottoscritto, il figlio dei Ricorrenti, avuta confermata dell'assenza dell'investimento, intimava all'Intermediario il ripristino del saldo di capitale versato (pari a € 135.000,00, oltre interessi), ma l'Intermediario dichiarava l'inesistenza dell'investimento osservando, altresì, come la documentazione allegata non fosse neppure riferibile alla Banca.

Così ricostruiti i fatti, ipotizzando una distrazione dei capitali da parte del consulente finanziario, i Ricorrenti invocano dinanzi a quest'Arbitro l'art. 31, comma 3, del TUF, secondo cui "*il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale*".

In proposito, i Ricorrenti deducono che la riprova del fatto che il consulente finanziario operasse per conto dell'Intermediario sarebbe rappresentata dalle comunicazioni che egli inviava da un indirizzo *e-mail* con dominio di proprietà della Banca, la documentazione fornita, anch'essa proveniente dalla Banca,

l'esistenza di un ufficio dell'istituto di credito presso il quale si sono svolti alcuni incontri con i Ricorrenti.

La responsabilità dell'Intermediario viene altresì ricondotta all'art. 21, comma 1, lett. d), del TUF, in quanto non avrebbe adottato adeguate risorse e procedure, anche di controllo interno, finalizzate ad un monitoraggio costante dei rischi, al fine di fornire un'efficiente prestazione dei servizi di investimento e, in particolare, dell'attività di offerta fuori sede svolta tramite i consulenti finanziari abilitati.

Ad avviso dei Ricorrenti, quindi, l'Intermediario dovrebbe essere chiamato a risarcire i danni causati ai clienti dal consulente preposto, che quantificano in € 135.000,00, oltre interessi.

2. L'Intermediario convenuto, in sede deduttiva, ha chiesto il rigetto del ricorso, deducendo che i Ricorrenti non sono mai stati propri clienti e che i rapporti contrattuali effettivamente esistenti sono stati intrattenuti unicamente con il loro figlio, professionista altamente qualificato (avvocato), che aveva tutti gli strumenti conoscitivi e tecnici per verificare quanto stava accadendo sia attraverso il servizio di *internet banking* di cui disponeva, sia utilizzando una minima diligenza.

Il resistente rileva, altresì, che: *i)* i Ricorrenti non hanno mai sottoscritto alcun contratto o altro documento della Banca (ad esempio il questionario di profilatura), ivi compreso il presunto PAC; *ii)* il consulente finanziario non aveva poteri di firma della documentazione bancaria, non avendo la rappresentanza della Banca; *iii)* i Ricorrenti non hanno prodotto l'asserito "prospetto informativo", che sarebbe stato loro consegnato in occasione della presunta proposta contrattuale; *iv)* il PAC prevedeva un versamento mensile di €. 15.000,00 entro il "giorno 15 di ogni mese", ma come risulta dalla documentazione esibita dai Ricorrenti, tale dato temporale non sarebbe mai stato rispettato e, anzi, la valuta in un caso sarebbe stata generata addirittura di domenica (22 aprile 2019); *v)* il PAC avrebbe dovuto generare un interesse superiore al 5% annuale, valore fuori mercato per prodotti similari; *vii)* non esiste una conferma scritta di avvenuta esecuzione dei versamenti.

Quanto sopra comproverebbe che i Ricorrenti hanno tenuto un comportamento quantomeno inconsueto, e che non vi sarebbe prova alcuna rispetto alla dazione di somme di denaro al consulente finanziario.

Soggiunge, altresì, l'Intermediario che il rapporto tra i Ricorrenti ed il consulente è stato mediato dal figlio, il quale avrebbe tenuto una condotta di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, considerati le sue qualità soggettive e la consapevolezza dei rischi connessi ad un agire così imprudente, che si è sostanziato anche nella consegna al consulente finanziario di rilevanti somme di denaro in contante. Il figlio dei Ricorrenti avrebbe, inoltre, potuto verificare sulla propria postazione di *home banking* anche le movimentazioni dei rapporti e verificare l'effettività delle informazioni ricevute.

Tale profilo andrebbe valorizzato, a parere dell'Intermediario, ai fini dell'interruzione del nesso causale tra condotta e asserito danno, o quantomeno sotto il profilo del concorso di colpa dei Ricorrenti ai sensi dell'art. 1227 c.c.

3. Il Ricorrente ha presentato deduzioni integrative e l'Intermediario, a sua volta, repliche finali, ciascuno ribadendo ed implementando le rispettive argomentazioni difensive.

DIRITTO

1. La controversia concerne la responsabilità dell'Intermediario per il fatto illecito di un consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, il quale avrebbe ricevuto in contanti un'ingente somma di denaro, destinata ad un investimento, e di cui invece si sarebbe indebitamente appropriato.

La vicenda è invero caratterizzata da tratti affatto peculiari.

Per cominciare, va rilevato che i Ricorrenti non hanno stipulato un contratto quadro (né sono stati profilati, o hanno sottoscritto ulteriore documentazione della Banca) e, quindi, non hanno assunto la veste formale di clienti dell'Intermediario.

Pertanto, le prospettazioni in punto di fatto dei Ricorrenti rappresentano allegazioni attinenti alla dinamica dei rapporti tra il cliente ed il promotore, la cui prova verte su circostanze che si collocano fuori del perimetro di applicazione del principio di inversione dell'onere della prova di cui all'art. 23, comma 6, del TUF; ne consegue che il relativo onere incombe sugli investitori, i quali sono tenuti a fornire idonee evidenze al riguardo, trovandosi in caso contrario l'intermediario nella posizione di

dover fornire dimostrazione di un fatto negativo (v., in questo stesso senso, decisioni ACF n. 1143 del 29 novembre 2018 e n. 1839 del 6 settembre 2019).

Ad esempio, non vi è prova circa la pregressa esperienza finanziaria dei Ricorrenti, non è possibile stabilire quale fosse il loro profilo di investitori e se essi fossero stati sottoposti a profilatura.

Ciò stante, alcuni elementi documentali effettivamente parrebbero deporre nel senso dell'esistenza del PAC e dell'effettiva dazione del denaro al consulente finanziario.

Ad esempio, il documento del 7 settembre 2018, avente ad oggetto “conclusione contratto”, sembra essere riconducibile, almeno formalmente, all'Intermediario (il cui nome è riportato sia nell'intestazione che in calce al documento e di cui sono indicati la sede legale, l'indirizzo e l'e-mail, nonché tutti gli elementi caratterizzanti il tipo di società: in sostanza, il documento ha le caratteristiche della carta intestata della Banca); esso è sottoscritto dal consulente ed indirizzato ai Ricorrenti ed al loro figlio, e reca la conferma di aver provveduto all'apertura dei rapporti ed all'attivazione del PAC. Nel documento è inoltre indicato il numero di conto corrente di riferimento (che è quello di cui risulta titolare il figlio avvocato), che i versamenti sono “*mensili, entro il giorno 15 di ciascun mese*” per un importo di € 15.000,00, e per la durata di 10 mesi. Viene inoltre indicato che il capitale a regime è di € 150.000,00, che il rendimento lordo semestrale è del 2,65%, e che la durata minima dell'investimento a regime è di 60 mesi. Il numero della proposta contrattuale (57393/bis) è sostanzialmente coincidente con il numero di proposta contrattuale avente ad oggetto il contratto quadro del figlio avvocato (57393).

Inoltre, sono presenti agli atti sette documenti denominati “*distinta di versamento valori*”, anch'essi redatti su modulistica apparentemente riconducibile alla Banca e sottoscritti (salvo che una distinta non firmata) dal consulente finanziario, le quali attestano che i Ricorrenti avevano effettuato i versamenti in contanti di € 15.000,00, “*sul c/c – dossier n. 57393/BIS*” loro intestato presso l'Intermediario, con la relativa causale. In tali ultimi documenti, peraltro, il n. 57393/bis identifica non già la proposta contrattuale avente ad oggetto il PAC (come nel documento del 7 settembre 2018 confermativo dell'attivazione del prodotto), bensì il presunto conto

corrente/*dossier* titoli dei Ricorrenti, di cui però non si ha alcuna evidenza documentale.

Il documento del 27 maggio 2019, poi, sottoscritto dal consulente ed indirizzato ai Ricorrenti e al figlio, rappresentativo dell'estratto conto, dà atto dell'avvenuto versamento di 9 mensilità dell'importo di € 15.000,00 ciascuna, con un saldo di € 135.000,00

Giova evidenziare, da un lato, la circostanza che il Resistente non abbia contestato il fatto che il promotore svolgesse, in generale, attività di collocamento per suo conto, pur non avendo poteri rappresentativi; e, dall'altro lato, il fatto che, al momento dell'investimento, i coniugi erano molto anziani, avendo già rispettivamente 80 e 88 anni.

2. La versione dei fatti fornita dai Ricorrenti risulta corroborata dalle dichiarazioni dei figli e di una collega di studio del figlio avvocato, in cui si conferma che i coniugi avrebbero sottoscritto un piano di investimento per il tramite del consulente finanziario, che aveva provveduto a ritirare le somme di denaro presso l'abitazione dei clienti e lo studio legale del figlio. I figli inoltre, hanno dichiarato che i loro genitori avevano accumulato per anni i risparmi per € 150.000,00, custoditi in casa per contanti.

Ebbene, quanto alla valenza probatoria di siffatte dichiarazioni scritte provenienti da terzi, il Collegio si è espresso in passato nel senso *“dell'ammissibilità della sua produzione e [...] nel senso che la dichiarazione de qua può formare oggetto di libero apprezzamento da parte dell'Arbitro, rappresentando così un elemento che, seppure non da solo ma insieme con gli altri indicati, il Collegio può porre a base della soluzione della controversia, in coerenza del resto con il principio elaborato dalla Cassazione, ai sensi del quale «il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cd. atipiche, quali le dichiarazioni scritte provenienti da terzi, della cui utilizzazione fornisca adeguata motivazione e che siano idonee ad offrire elementi di giudizio sufficienti, non smentiti dal raffronto critico con le altre risultanze istruttorie» (così, tra le molte, Cass., 1° settembre 2015, n. 17392)”* (cfr. decisione n. 1917 del 14 ottobre 2019).

Deve, tuttavia, evidenziarsi che le dichiarazioni agli atti promanano da soggetti che hanno legami con i Ricorrenti, trattandosi dei figli e di una collega di studio del figlio avvocato, caratteristica che non può che quantomeno attenuarne l'attendibilità probatoria.

3. Per quanto concerne l'ascrivibilità alla Banca di una responsabilità per omesso controllo sull'operato del consulente finanziario che operava per suo conto, il Collegio ha già avuto modo di chiarire che l'art. 31, comma 3, del TUF contempla la responsabilità solidale dell'intermediario per i danni arrecati dal consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, prescindendo dalla sussistenza dell'elemento della colpa nella sorveglianza sull'attività del consulente, essendo ciò espressione della più generale responsabilità di cui all'art. 2049 c.c.

Al fine di affermare la responsabilità dell'intermediario per il fatto del consulente, l'Arbitro ha ritenuto sufficiente la sussistenza di un rapporto di *“necessaria occasionalità”* tra incombenze affidate e fatto illecito del consulente, ravvisabile - in linea con gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità - *“in tutte le ipotesi in cui il comportamento di questi rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze di cui è investito”* (cfr., tra le altre, decisione n. 1781 del 2 agosto 2019). Il citato rapporto di *“necessaria occasionalità”* è stato ritenuto sussistente anche sulla base della circostanza che il consulente avesse realizzato le condotte illecite utilizzando la carta intestata dell'Intermediario (decisione n. 2851 del 1° settembre 2020).

La giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha escluso che *“la consegna di somme di denaro da parte del cliente con modalità difformi a quelle cui il promotore dovrebbe attenersi possa di per sé escludere il rapporto di necessaria occasionalità ed anche che possa costituire concausa del danno o determinare l'applicazione dell'art. 1227 c.c. ai fini della riduzione del risarcimento spettante all'investitore”* (Cass. 14 dicembre 2018, n. 32514); ed ha precisato che *“ad una diversa conclusione è dato pervenire soltanto qualora emerga la prova della collusione, o quantomeno della fittiva acquiescenza, del cliente alla violazione delle regole di condotta da parte del promotore”*, o quando *“la condotta del danneggiato presenti connotati di “anomalia”, vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole*

acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore” (Cass. 12 ottobre 2018, n. 25374, secondo cui costituiscono elementi presuntivi di una condotta dell’investitore “anomala”, ossia collusiva o “consapevolmente acquiescente”, “il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle operazioni, l’esperienza acquisita nell’investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso iter funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche”).

Va infine segnalato che l’Arbitro, in caso di consegna di assegni in bianco, fattispecie assimilabile a quella in esame, ha ritenuto (decisioni n. 1921 del 16 ottobre 2019 e n. 2360 del 24 marzo 2020) che tale condotta risulti “*non conforme alle regole di normale prudenza nell’uso degli strumenti di pagamento; regole che se osservate avrebbero permesso al ricorrente, se non di evitare, almeno di attenuare il rischio dei comportamenti illeciti accertati e la loro incidenza dannosa*”.

4. Tanto considerato, ritiene il Collegio che, in astratto, non assume rilievo esimente la responsabilità dell’Intermediario la circostanza che i Ricorrenti non abbiano assunto la veste formale di clienti della Banca, stante che l’art. 31, comma 3, del TUF contempla la responsabilità solidale dell’intermediario per i danni arrecati dal consulente finanziario anche a terzi, quindi a soggetti che non necessariamente devono avere instaurato un rapporto contrattuale con l’intermediario.

Ma ciò non può condurre ad affermare *de plano* la responsabilità dell’Intermediario. L’aspetto peculiare della spiacevole vicenda all’esame – che, ad avviso del Collegio, occorre considerare al fine di una corretta allocazione soggettiva della responsabilità dell’accaduto – riposa sulla circostanza che gli anziani Ricorrenti si fossero nella sostanza affidati non già all’operato del promotore (col quale essi stessi dichiarano di non avere avuto, prima dei fatti per cui è controversia, alcun rapporto), bensì del figlio avvocato, il cui ruolo nella vicenda deve essere in questo senso valorizzato in funzione di delineare, dal punto di vista giuridico, il nesso di causalità tra condotta illecita e danno.

E' stato, infatti, il figlio avvocato dei Ricorrenti a presentare il consulente ai genitori, che ha aperto un conto corrente e stipulato un contratto quadro con l'Intermediario soltanto una settimana prima del presunto investimento dei genitori, che ha consentito che il PAC fosse "agganciato" al proprio conto corrente, e che i genitori (o egli stesso per conto dei genitori) consegnassero in contanti significative somme di denaro al consulente: in altre parole, è stato il figlio avvocato a gestire il rapporto con il promotore per conto degli anziani genitori.

Questi ultimi, dal canto loro, hanno consentito che ciò accadesse, sia in considerazione dei rapporti familiari, sia in relazione alla qualificazione professionale del figlio, consapevolmente assumendo in tale guisa le conseguenze derivanti dalla condotta di quest'ultimo.

Il figlio avvocato non può ritenersi, pertanto, estraneo (*id est*: terzo) rispetto alla gestione del rapporto negoziale con il consulente.

Risulta, d'altronde, dal questionario MiFID del 30 agosto 2018, presente in atti, che il figlio, oltre a svolgere la professione di avvocato, aveva un profilo di investitore molto elevato, con livello di esperienza e conoscenza massimo e finalità di investimento speculativa, caratteristiche che rendono difficilmente credibile che egli non potesse rendersi conto dell'irritualità e delle palesi anomalie dell'operazione realizzata dai genitori.

La semplice consultazione del suo conto (a cui il PAC era asseritamente agganciato) attraverso la postazione di *internet banking*, gli avrebbe altresì immediatamente consentito di valutare la consistenza e lo stato dell'investimento dei genitori.

E non pare irrilevante aggiungere che, in alcune occasioni, come si legge nel ricorso e nelle dichiarazioni dei terzi, alcuni pagamenti al promotore sono stati effettuati in contanti addirittura dall'avvocato personalmente, presso il suo studio.

In conclusione, pur non sussistendo elementi per ipotizzare una collusione del figlio avvocato con il consulente finanziario, ritiene il Collegio che ricorrano gli estremi della "*consapevole acquiescenza*" del cliente alla violazione delle regole di condotta gravanti sul promotore, e ciò esclude la responsabilità dell'Intermediario ai sensi delle norme del TUF richiamate dai Ricorrenti.

PQM

Il Collegio respinge il ricorso.

Il Presidente
Firmato digitalmente da:
Gianpaolo Eduardo Barbuzzi