



15.9.08 [...] sul mercato Eurex” ovvero al tentativo reiterato “ben otto volte di immettere la richiesta di cancellazione di un ordine precedentemente inserito ed accettato relativo a quattro contratti su derivati” etc. (cfr. pp.2-4 del ricorso).

Quanto agli ingiustificati prelievi dal conto corrente, l'avvocato del ricorrente richiama alcuni episodi: “in data 30.10.08 [...] contesta un prelievo ingiustificato dal suo conto corrente di \$ 5.392” anche se “la somma viene poi accreditata ma con una differenza di \$ 193,67”; “in data 4.11.08 il cliente nota un indebito prelievo (o ammanco) dal suo conto corrente di \$ 5.270,90”.

In termini generali il ricorrente “non contesta violazione degli obblighi di informazione o correttezza a carico dell'intermediario finanziario ma solo l'inadempimento agli obblighi imposti dal contratto” che “gli ha impedito di operare correttamente in strumenti finanziari” pur avendo “sempre regolarmente corrisposto il prezzo del servizio” (p.12 del ricorso).

Chiede, di conseguenza, il risarcimento del danno, patrimoniale e non, quantificato in complessivi € 98.912.

Il ricorrente formula anche argomentazioni tese ad affermare la competenza (per materia) dell'ABF sostenendo, in particolare, che tale conclusione discende dalla circostanza che oggetto delle doglianze è, a ben vedere, il “malfunzionamento di sistemi operativi connessi ai contratti di conto corrente e di deposito titoli” (e non, invece, la violazione di obblighi di informazione e correttezza a carico dell'intermediario).

Osserva inoltre, a proposito dei termini per presentare ricorso all'ABF, che, avendo il Conciliatore Bancario comunicato la mancata adesione alla procedura da parte dell'Intermediario con raccomandata del 7.4.2009, è da tale data che va computato il termine di sei mesi previsto dalle disposizioni applicative relative all'Arbitro (cfr. art.4, sezione I). La tempestività del ricorso sarebbe ricavabile dalla previsione relativa alla sospensione del termine (dall'1 al 31 agosto 2009) ex art. 3 della sezione VII della medesima normativa applicativa.

Tali osservazioni non formano oggetto di contestazione da parte dell'Intermediario. Si osserva peraltro che le disposizioni sull'ABF consentono di proporre il ricorso entro sei mesi dal “fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa”; nel caso di specie, a ben vedere si versa nella (diversa) ipotesi di “mancata adesione” alla procedura conciliativa, come si ricava dalle disposizioni del “Regolamento di procedura per la conciliazione” adottato dal Conciliatore Bancario finanziario ai sensi dell'art. 7 del D.M. 23.7.2004, n. 222 (cfr. in particolare gli artt. 6 [istanza di conciliazione e adesione] e 8 [esiti della procedura di conciliazione]).

Il cliente, nelle conclusioni, formula le seguenti domande:

- I. in via preliminare, “accertato [...] il malfunzionamento della piattaforma operativa, l'indebito prelievo e accredito di somme sul conto corrente [...] l'omissione di risposte ai reclami”, che sia dichiarato “l'inadempimento [della Banca] agli obblighi contrattuali, di legge, di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto” (p.12 del ricorso);



- II. nel merito, chiede la condanna dell'intermediario *“a risarcire [...] ogni danno patrimoniale e non, che, prudenzialmente [...] si quantifica in € 68.912 quanto al danno patrimoniale ed € 30.000 per i danni e disagi connessi”* (p.13 del ricorso).

L'intermediario ha presentato controdeduzioni con fax protocollato il 16 novembre 2009. Relativamente alla fase precedente il ricorso, afferma di aver riscontrato tutte le richieste di chiarimenti e le doglianze che il cliente ha rappresentato e, a tal fine, riporta le date nelle quali sarebbero state fornite tali risposte.

Sostiene, inoltre, il difetto di competenza per materia dell'ABF rilevando, a tal fine, che *“il contenuto delle lamentele [del cliente] è relativo a servizi di investimento prestati dalla Banca”*

DIRITTO

Pregiudizialmente va affrontata la questione relativa alla competenza dell'ABF, avendo l'intermediario eccepito che la materia del contendere è relativa a servizi di investimento, ovvero a materia esclusa dalla cognizione dell'ABF ex art.128 *bis* d.lgs 385/1993. Per contro il ricorrente ha sostenuto che oggetto della controversia sarebbe la *“mancanza di fornitura di un servizio telematico [...] contrattualmente pattuito e regolarmente corrisposto, oltre ad eventuali ammanchi in conto corrente”* e non la materia dei *“servizi e delle attività di investimento”*.

In realtà un sistema telematico è di per sé neutro potendo essere strumentale alla erogazione di servizi bancari come di servizi di investimento. Nel caso di specie il ricorrente quantifica il danno subito in relazione al danno emergente ed al lucro cessante connesso ad operazioni di investimento finanziario. Egli stesso quindi indica come il mal funzionamento del sistema telematico abbia inciso su operazioni di investimento.

Nella Comunicazione CONSOB DI/99076449 del 19.10.1999 si ricostruiscono le relazioni tra la Società che gestisce la piattaforma informatica (che instaura rapporti solo con l'intermediario), l'Intermediario (che presta il servizio di ricezione e trasmissione di ordini) e il cliente (che non instaura rapporti con la Società che gestisce la piattaforma bensì solo con l'Intermediario). In tale comunicazione si pone in luce, peraltro, il carattere *“complesso”* della relazione contrattuale che si instaura tra il cliente e la Banca per la prestazione di servizi di investimento con modalità on-line, riconducibile al fenomeno del collegamento negoziale. Condizione per la fruizione del servizio di trading on-line, infatti, è che *“il trader [...] abbia precedentemente stipulato un contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento (ad esempio ricezione e trasmissione di ordini) [e] abbia precedentemente stipulato con il medesimo intermediario un contratto di amministrazione e custodia di strumenti finanziari”*;

Trattandosi di rapporto contrattuale complesso viene in rilievo il *“criterio della prevalenza delle finalità”* (di investimento o meno) previsto dalle Disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia del 29.7.09, utilizzato per l'individuazione della disciplina di trasparenza – quella recata dal TUB in alternativa a quella del TUF – applicabile al *“prodotto composto”*.



La citata disciplina (sez.1, punto 1.1.) dispone che *“secondo quanto previsto dall'articolo 23, comma 4, del T.U.F., le disposizioni [di trasparenza della Banca d'Italia] non si applicano ai servizi e alle attività di investimento né al collocamento di prodotti finanziari e alle operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari, sottoposti alla disciplina della trasparenza prevista dal medesimo T.U.F., salvo che si tratti di operazioni di credito al consumo disciplinate ai sensi del titolo VI, capo II, del T.U.*

Conseguentemente, le presenti disposizioni:

a) non si applicano ai servizi e alle attività di investimento come definiti dal T.U.F. e al collocamento di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali, ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine;

b) in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento si applicano:

- all'intero prodotto se questo ha finalità, esclusive o preponderanti, riconducibili a quelle di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. (ad esempio, finalità di finanziamento, di gestione della liquidità, ecc.);

- alle sole componenti riconducibili a servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U. negli altri casi.

In caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento, si applicano le disposizioni del T.U.F. sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue singole componenti, a meno che queste non costituiscano un'operazione di credito al consumo (alle quali si applica quanto previsto dalle presenti disposizioni)”.

È comune opinione, in dottrina, che l'espressione trading on-line sia riferibile all'attività di negoziazione a distanza di strumenti finanziari per il tramite di apparecchiature telematiche. Alla fattispecie si ritengono pertanto applicabili, anzitutto, le norme sull'offerta fuori sede di servizi di investimento nonché sulla promozione e collocamento a distanza di servizi e attività di investimento (artt. 30 e ss. TUF e artt. 26 e ss. Regolamento Intermediari Consob come recentemente modificati in conseguenza del recepimento della direttiva MIFID). Trovano inoltre applicazione (soprattutto per gli aspetti legati agli obblighi informativi precontrattuali e al diritto di recesso) le disposizioni del Codice del Consumo (artt. 67 *bis* e ss.) introdotte dal d.lgs. 221/2007 (sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori).

In generale quindi il trading on-line configura un *“caso in cui il servizio di investimento viene prestato attraverso l'utilizzo [...] della rete internet”* impiegato *“quale canale di contatto per l'esecuzione di servizi di negoziazione per conto terzi e di ricezione e trasmissione di ordini”* (cfr. Comunicazione CONSOB DI/30396 del 21.4.2000).

In relazione al profilo dell'esecuzione mediante Internet dell'attività di negoziazione per conto terzi e di ricezione e trasmissione di ordini, la Commissione richiama il principio di efficienza [del sistema] ricavabile ex art. 21, comma 1, lett. d) TUF nonché ex artt. 26, comma 1, lett. d e 30, comma 2, lett. c del Regolamento Consob 11522/1998 (ma ora *cfr.* art. 49 Regolamento Intermediari Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successive modifiche). Per ottemperare all'obbligo di garantire l'efficiente svolgimento dei servizi, la Commissione consiglia agli intermediari di stipulare eventuali accordi con l'Internet provider predisposti per tale scopo e impone di adottare risorse e procedure alternative a quelle automatizzate, per tenere indenni gli investitori e consentire loro di continuare ad essere operativi anche nel caso in cui si verifichi un arresto del sistema informatizzato.



Sul tema specifico del malfunzionamento di sistemi operativi per lo svolgimento del trading on-line, l'art. 4 del d.lgs. n. 164 del 17.9.2007 ha modificato l'art. 21, comma 1, lett. d) del TUF prevedendo che nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono *“disporre di risorse e procedure [...] idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività”* (cd. principio di efficienza). Cfr., inoltre, artt. 26 e ss. e 45 e ss. Regolamento Intermediari Consob (concernenti gli obblighi informativi, i requisiti di forma, i principi di adeguatezza e appropriatezza nella prestazione dei servizi di investimento e, in particolare, nella ricezione e trasmissione di ordini: cfr., in particolare, l'art. 49 relativo ai principi generali nella *“gestione degli ordini dei clienti”* il cui 1° comma dispone che *“gli intermediari che trattano ordini per conto dei clienti applicano misure che assicurino una trattazione rapida, corretta ed efficiente di tali ordini rispetto ad altri ordini di clienti e agli interessi di negoziazione dello stesso intermediario”*. Sul punto si veda inoltre l'orientamento espresso dalla Consob (risp. quesiti nn. 88014/00 e 30396/00) circa la necessità che gli Intermediari *“nel caso in cui il servizio di investimento venga prestato attraverso l'utilizzo di strumenti telematici o la rete internet (ad esempio trading on-line) [...] debbano dotarsi di procedure adeguate ed idonee a fronteggiare eventuali blocchi temporanei del sistema”*.

La rassegna della fonti normative e regolamentari in materia di mal funzionamento dei sistemi telematici indica quindi che il tema è considerato essenzialmente in collegamento con la prestazione di servizi finanziari e non già in relazione alla erogazione di servizi bancari e ciò non stupisce posto che tali malfunzionamenti, sia in generale come nel caso di specie, hanno una ridotta dimensione temporale impedendo al fruitore di operare in certi istanti di tempo ed è facilmente intuibile come tale evenienza abbia una incisiva dannosità intrinseca nel caso di operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari quotati, mentre in riferimento ad operazioni bancarie la dannosità è assai meno elevata.

Osservata sia dal punto di vista del caso di specie sia dal punto di vista del suo inquadramento generale la lamentela avanzata dal ricorrente ricade quindi in un ambito estraneo alla competenza dell'ABF.

P. Q. M.

Il Collegio dichiara la propria incompetenza sulla materia oggetto del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO