

IL COLLEGIO DI COORDINAMENTO

composto dai Signori:

Dott. Giuseppe Marziale Presidente del Collegio ABF di Roma	Presidente
Prof. Avv. Enrico Quadri Presidente del Collegio ABF di Napoli	Membro effettivo
Prof. Avv. Antonio Gambaro Presidente del Collegio ABF di Milano	Membro effettivo
Prof. Marilena RISPOLI FARINA Componente del Collegio ABF di Napoli designato dal Conciliatore Bancario Finanziario (per le controversie in cui sia parte un cliente Consumatore)	Membro effettivo [Relatore]
Avv. Chiara PETRILLO Membro supplente Componente del Collegio ABF di Roma designato dal CNCU	Membro supplente

nella seduta del 19/03/2014, dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica,

FATTO

Il ricorrente ha presentato il ricorso in data 18.09.2013.

La segreteria tecnica ha sottoposto il ricorso alla valutazione del Presidente del Collegio di Milano per l'eventuale profilo dell'incompetenza ratione materiae dell'Abf.

Preso atto che, con riferimento alla competenza dell'Abf sulle controversie in materia di deposito titoli in amministrazione quale rapporto accessorio ai servizi di investimento, non vi è uniformità di orientamenti nell'ambito dei Collegi, il

Presidente del Collegio di Milano, con provvedimento n.6119 del 28.11.2013, ha rimesso la decisione del ricorso al Collegio di coordinamento.

La convenuta ha sollevato l'eccezione preliminare di incompetenza per materia, trattandosi di controversia attinente ai servizi di investimento.

Deve premettersi che il ricorrente è titolare di un contratto per la prestazione di servizi di investimento e di un deposito titoli in amministrazione preso la banca convenuta e contesta il comportamento dell'intermediario in conseguenza delle difficoltà incontrate (per problemi di anagrafica) nell'immissione di ordini di acquisto su opzioni azionarie. In particolare chiede un equo risarcimento del danno patrimoniale subito a seguito del ritardo con il quale le operazioni impartite sono andate a buon fine.

Nel reclamo, riproposto come si dirà, in sede di ricorso all'Ombudsman - Giurì bancario e da questo dichiarato inaccoglibile, l'interessato espone nei particolari le sue doglianze :

dichiara di avere acquistato il 24 luglio 2012 i diritti per la partecipazione all'operazione societaria di aumento di capitale a pagamento della società alfa, avendo l'intenzione di esercitarli; afferma che ancorché sul sito della banca fosse stato indicato il 1° agosto quale termine ultimo per il loro esercizio gli era stato "consigliato" dall'addetto al call center dell'intermediario, di "esercitare questa facoltà qualche giorno prima, per sicurezza e per non rischiare di arrivare tardi vista la complessità dell'operazione".

Pertanto, il 23 ed il 24 luglio successivi aveva venduto azioni di una banca in suo possesso per ottenere la liquidità necessaria all'operazione, proprio nei giorni in cui i detti titoli avevano avuto un "grande apprezzamento", vantaggio del quale non aveva potuto giovare avendo dovuto vendere le azioni in anticipo per esercitare i diritti di opzione, così come consigliato[gli] dall'addetto al call center dell'intermediario.

Afferma inoltre il ricorrente che, mentre altri intermediari avevano dato la possibilità ai loro clienti di acquisire le nuove azioni della società alfa prima del 2 agosto "con il risultato che questi fortunati [avevano] potuto vendere le azioni a un prezzo superiore ad un euro" egli era stato costretto ad aspettare la suddetta data "quando purtroppo l'azione era già scesa".

Lamenta inoltre il ricorrente che lo stesso 2 agosto, a causa di "problemi di anagrafica" della banca, dopo la vendita di "una piccola parte" di tali nuove azioni,

vi erano state difficoltà, risolte solo dopo “più giorni”, ad acquistare opzioni call sul titolo della società Alfa che, come constatato nei successivi 16 e 17 agosto, non era stato più possibile vendere.

Il ricorrente pertanto, sostenendo che non sia stata rispettata la “par condicio rispetto ai clienti di altre banche”, ha chiesto un “equo risarcimento” per i danni subiti a seguito del comportamento dell'intermediario.

La banca, come si è già precisato, ha eccepito preliminarmente che la materia oggetto del ricorso esula dalle competenze dell'arbitro bancario finanziario.

Inoltre ha precisato che, per la risoluzione della stessa controversia il ricorrente, in data 28/11/2012, ha attivata la procedura davanti all' 'Ombusdam_Giurì Bancario, che lo ha successivamente dichiarato inaccoglibile.

Entrando nel merito della questione, la banca ha replicato che l'avviso sull'operazione societaria era stato pubblicato sul proprio portale il 6 luglio 2012 e che il sito web , nell'indicare nel 1° agosto il termine ultimo per l'esercizio dei diritti, precisava che “era indispensabile disporre della liquidità necessaria per soddisfare l'esercizio richiesto”, non essendo altrimenti accettata la richiesta. Premesso che dallo storico dei contatti intercorsi fra l'Ufficio Customer Care ed il ricorrente era emerso che questi aveva richiesto delucidazioni in merito nei giorni 17, 18 e 23 luglio, dal riascolto delle telefonate non erano emersi riferimenti alle modalità di approvvigionamento della liquidità necessaria, per cui “risultano infondate le censure formulate dal ricorrente e correlate dal mancato guadagno derivante dalle azioni bancarie”, essendo stata, del resto, la vendita delle stesse autonomamente disposta dall'interessato.

Premesso che al ricorrente, a fronte di 921 diritti erano state attribuite 232.092 azioni della società Alfa, disponibili il 2 agosto prima dell'inizio delle contrattazioni, in tale giorno, a seguito della segnalazione del ricorrente stesso circa l'impossibilità di immettere alcuni ordini di acquisto su opzioni call della società alfa aveva effettivamente riscontrato “un problema nell'anagrafica dei titoli” in discorso, risolto in parte nella medesima giornata e definitivamente il 6 agosto.

In ragione di tale disguido, oltre al rimborso della perdita nell'acquisto delle opzioni call - vale a dire, la differenza di € 80,00 fra il prezzo dei titoli dei tentativi di acquisto non andati a buon fine ed il prezzo successivamente realizzato - ad ulteriore risarcimento era stata offerta al ricorrente la possibilità di operare per un giorno a sua scelta senza pagare commissioni. Avendo l'interessato accettato tale

offerta, gli era stata accreditata la somma di € 4.554,35 a titolo di “rimborso delle commissioni generate” il 14 dicembre 2012 (giorno da lui indicato).

Precisa infine la banca che il 16 e 17 agosto 2012 non erano risultati tentativi di vendita impartiti dal ricorrente e non andati a buon fine.

In sede di controdeduzioni, oltre ad eccepire il difetto di competenza per materia dell'ABF, l'intermediario ha ribadito di non aver constatato irregolarità nelle procedure, nè carenze nell'informativa pubblicata, o errori nei chiarimenti telefonici forniti dal servizio assistenza ai clienti.

In conclusione mentre il ricorrente ha ribadito la richiesta risarcitoria a fronte della condotta non corretta della banca, che avrebbe anche rifiutato di pervenire ad una soluzione bonaria della controversia, non partecipando all'incontro fissato per il tentativo di mediazione esperito dal ricorrente, la resistente ha chiesto in primis di accogliere l'eccezione formulata in via preliminare e di dichiarare irricevibile il ricorso. Nel merito ha chiesto di respingere la richiesta risarcitoria avanzata in quanto manifestamente infondata e priva di riscontri documentali atti a comprovare la sussistenza di un qualsivoglia danno subito.

Per completezza deve ricordarsi che sul ricorso avente ad oggetto le medesime doglianze di cui alla controversia in esame si è pronunciato, come già rilevato, l'Ombudsmann bancario che, constatato che la banca ha riconosciuto che la temporanea difficoltà di impartire ordini è derivata da un problema nell'anagrafica della banca stessa, che l'intermediario ha provveduto a rimborsare il ricorrente della perdita subita a causa del disservizio, - offrendogli a titolo di risarcimento ulteriore la possibilità di operare senza commissioni per un'intera giornata - , che l'offerta è stata accettata e che la banca ha restituito le commissioni pagate nel giorno prescelto, ha ritenuto che il danno lamentato abbia ricevuto un'adeguata riparazione.

In merito alla sostenuta impossibilità di vendere le opzioni nei giorni del 16 e 17 agosto l'Ombudsmann ha rilevato che il cliente non addotto alcuna prova dei tentativi effettuati, nè degli esiti degli stessi e che inoltre la banca ha confermato l'assenza di tentativi di vendita. Pertanto ha dichiarato il ricorso inaccoglibile.

DIRITTO

Il ricorso in esame, relativo alla richiesta del ricorrente di risarcimento danni subiti a causa del ritardo con il quale la convenuta avrebbe eseguito taluni ordini di acquisto di opzioni su titoli azionari è stato rimesso all'esame del collegio di Coordinamento dal Presidente del Collegio di Milano, con provvedimento n.6119 del 28.11.2013, in quanto con riferimento alla competenza dell'Abf sulle controversie in materia di deposito titoli in amministrazione quale rapporto accessorio ai servizi di investimento, non vi è uniformità di orientamenti nell'ambito dei Collegi.

Il Collegio deve preliminarmente affrontare la questione della eccezione di incompetenza *ratione materiae* sollevata dalla banca resistente.

La questione della competenza dell'ABF in materia di controversie inerenti al corretto adempimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi derivanti da un contratto di deposito titoli in amministrazione è stata più volte posta all'attenzione dei Collegi ABF ed è di recente affrontata dal Collegio di Coordinamento con la pronuncia n. 898 del 14.02.2014 (dichiarato irricevibile).

Con tale decisione il Collegio ha affrontato la questione di carattere preliminare, concernente appunto la competenza dell'ABF *ratione materiae*, proprio in vista delle divergenze di vedute tra i Collegi in ordine alla quale il ricorso era stato rimesso dal Presidente del Collegio di Milano al Collegio di coordinamento.

In tale decisione si è rilevato come la questione della competenza dell'ABF a conoscere delle controversie inerenti al corretto adempimento, da parte di un intermediario, degli obblighi derivanti da un contratto di deposito titoli in amministrazione più volte sottoposta ai diversi Collegi, è sfociata in orientamenti non univoci.

La decisione ha ripercorso i suddetti orientamenti evidenziando come il Collegio di Roma (in particolare, nella decisione n. 4172/2013, sostanzialmente secondo la prospettiva delineata in quella n. 59/2010) abbia ritenuto che "il contratto di deposito in amministrazione e di negoziazione intercorrente tra la ricorrente e l'intermediario preveda il 'conto deposito titoli' quale conto d'appoggio per la fornitura di servizi di investimento, e che tuttavia è indiscutibile che il contratto di

deposito titoli in amministrazione (cfr. art. 1838 c.c.) rientri tra ‘le operazioni e i servizi bancari e finanziari’, di cui al paragrafo 4 delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, emanate dalla Banca d’Italia. E’ stato considerato significativo, a tale riguardo, che le Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, emanate dalla Banca d’Italia il 27 luglio 2009, contemplino il servizio di custodia e amministrazione tra quelle a cui le stesse si applicano. Valutazione non inficiata dalla circostanza che il contratto svolge una funzione normalmente ancillare rispetto alla prestazione di servizi d’investimento. Trattasi, infatti, ha ribadito il Collegio di Roma, pur sempre di un contratto avente una causa tipica e non avente come oggetto specifico la prestazione di servizi di investimento e che vale invece a disciplinare, sotto un particolare, delicato profilo, il rapporto fra la banca ed propri clienti, anche se questi contemporaneamente rivestano la qualifica di investitori e siano come tali interessati da discipline e tutele ulteriori (specificamente dettate dal TUF, d.lgs. n. 58/1998, e dai relativi regolamenti di attuazione), rispetto a quella applicabile al deposito dei titoli in amministrazione”.

Il Collegio di Milano invece (in particolare, da ultimo, nelle decisioni nn. 2126/2013 e 1742/2012), in una prospettiva più articolata, ha rilevato che “il contratto di deposito titoli in amministrazione rientra tra i contratti bancari, che esso presenta una causa tipica e può avere rilevanza e finalità autonoma. Le Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e, contemplano il servizio di custodia e amministrazione tra quelli cui le stesse si applicano. Tale contratto, peraltro, riveste una funzione normalmente accessoria rispetto alla prestazione dei servizi di investimento.

Nella prassi si assiste, ha precisato il Collegio di Milano, infatti, in prima battuta alla stipulazione di un contratto c.d. quadro – che il TUF chiama ‘contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento’ – con cui l’intermediario assume l’obbligo di attivarsi per conto e nell’interesse del cliente, prestando tutti i servizi necessari o utili per l’investimento. A servizio del contratto da ultimo menzionato, si accompagna normalmente la stipulazione di altri contratti bancari collegati, di norma individuabili in un contratto di conto corrente e/o di deposito titoli. Poiché, quindi, ci si trova innanzi ad un’ipotesi 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 29.7.2009, utilizzato per

l'individuazione della disciplina di trasparenza – quella recata dal TUB in alternativa a quella del TUF – applicabile al “prodotto composto”.

Il Collegio di Napoli con dec. n. 2076/2012 si è pronunciato in senso sostanzialmente adesivo, in quanto, data la conseguente necessità di avere “attenzione al tipo di prestazione di cui il cliente lamenta l'inadempimento”, “corollario di tale approccio è, dunque, nel senso che la cognizione dell'Arbitro risulta esclusa ogni qual volta la disputa investa il tema del mancato adempimento di obblighi di informazione che, essendo strumentali a consentire al cliente di orientarsi consapevolmente nella gestione del proprio risparmio, hanno più diretta attinenza con la prestazione del servizio di investimento”.

In effetti, lo stesso Collegio di Milano, mentre non ha mancato di ritenere che la competenza vada affermata nella ipotesi “che le doglianze avanzate dal ricorrente si riferiscano prevalentemente alla gestione del deposito titoli ... da ricondurre alla disciplina della prestazione di servizi bancari” (affermandola, nel caso di specie, in relazione all'omessa informativa circa l'esercizio di un diritto di opzione, in quanto “la fattispecie all'origine della controversia risulta specificamente contemplata dall'art. 1838, 2° comma, c.c.”: dec. n. 1364/2013), in una vertenza sostanzialmente analoga a quella in discussione ha, invece, negato la competenza, consistendo l'inadempimento imputato alla resistente “nella violazione di doveri di informazione, assistenza e rappresentanza nella gestione di titoli esteri rientranti nella nozione di strumenti finanziari”, dato che “nell'attuale assetto normativo tali obblighi discendono da una complessa disciplina che, a partire dalla stessa base negoziale, è fortemente integrata da una combinazione tra regole di settore e regole civilistiche generali”. Si tratta quindi, ha precisato il Collegio di Milano, di individuare quali regole di settore siano prevalentemente applicabili al caso in esame” (e, nell'ipotesi considerata, si riteneva che “le regole di settore sostanzialmente invocate dal ricorrente siano quelle relative ai doveri di condotta degli intermediari finanziari che agiscono, per conto dei clienti, sul mercato mobiliare in funzione di gestori di portafogli di investimento. Tali regole, infatti, sono assai più articolate e continuamente aggiornate di quelle relative alla prevalentemente statica custodia del deposito titoli bancario. La tipologia concreta degli obblighi di attenta gestione che il ricorrente invoca in riferimento alla fase di riorganizzazione di un emittente estero, convince di tale qualificazione”).

Nella decisione n.898 del 14 febbraio il Collegio di coordinamento ha precisato che, anche a non voler radicalmente dubitare – come pure s’interroga, peraltro solo in via ipotetica, il Collegio di Napoli nella ricordata pronuncia – che realmente il contratto di cui all’art. 1838 c.c. “continui ad avere una propria autonomia funzionale e assicuri al cliente un’utilità distinta dal contratto quadro per la prestazione dei servizi di investimento (e non è un caso, del resto, che il contratto di deposito titoli trovi espressa menzione anche nell’art. 1, comma 6, lett. a, del TUF, ove lo si definisce ‘servizio accessorio’ proprio rispetto ai servizi di investimento di cui al comma 5)”, pare da sottolineare come, ai fini della operatività – in vista della individuazione della disciplina applicabile – dell’accennato “criterio della prevalenza della finalità”, non possa prescindersi dalla evoluzione del quadro ordinamentale che si è profilato successivamente alla previsione della norma codicistica, soprattutto con riguardo agli obblighi derivanti alla banca dalla previsione secondo cui essa deve “in generale provvedere alla tutela dei diritti inerenti ai titoli”.

Al riguardo, ha ricordato ancora la decisione, sembra opportuno ricordare come la Relazione al c.c., nel delineare le finalità del contratto di cui all’art. 1838 c.c., si riferisca all’espletamento, da parte della banca, di un’attività avente ad oggetto la “cura di amministrare i titoli”, sostanzialmente corrispondente a quella che potrebbe espletare lo stesso cliente, collocando “i titoli in cassette di sicurezza” (e che, appunto, viene affidata alla banca, con l’eventuale sua responsabilità per “le conseguenze di ogni trascuratezza”).

Da allora, soprattutto in anni più recenti, con il progressivo evolversi del quadro economico è stata emanata una disciplina speciale, confluita nel testo Unico della Finanza, che ha per oggetto un’articolata disciplina settoriale dei “servizi e attività di investimento”. Pertanto, sembra evidente come risulti ormai interamente regolato da una tale disciplina – e non può, di conseguenza, che considerarsi estranea al perimetro della disposizione codicistica (ed alla sua residua portata precettiva) – l’adempimento degli obblighi dell’intermediario funzionali all’attuazione delle strategie di investimento del cliente.

Così, la questione della competenza dell’ABF sembra da risolvere negativamente almeno nei casi, come ha evidenziato ancora il Collegio di Napoli,

“in cui l’oggetto della doglianza attiene a una contestazione del deficit di diligenza dell’intermediario nell’adempimento sì di obblighi di informazione verso il cliente, ma di obblighi che non sono, tuttavia, quelli strumentali all’esercizio dei diritti inerenti ai titoli di amministrati che il contratto di deposito demanda pur sempre all’intermediario” – cui non a caso si riferisce il Collegio di Milano nella ricordata dec. n. 1364/2013 – “ma investono, a ben vedere, un piano completamente diverso, ed anzi antitetico, rispetto alla corretta gestione da parte dell’intermediario degli strumenti finanziari appunto presso di lui ‘depositati’, attenendo piuttosto a quello delle scelte di conservazione/liquidazione dell’investimento direttamente da parte del cliente. Un piano, insomma, che è proprio quello della violazione delle generali regole di condotta che incombono all’intermediario ai sensi dell’art. 21 TUF, appunto là dove prescrive che nella prestazione di ‘servizi di investimento e accessori’ l’intermediario operi in modo che il cliente sia sempre informato”.

In definitiva, è alla considerazione della doglianza fatta valere, nel caso concreto, dal cliente cui deve aversi riguardo per la decisione circa la competenza o meno, *ratione materiae*, dell’ABF.

Nel caso posto allora all’attenzione del Collegio di coordinamento, in sintesi, il cliente addebitava all’intermediario di non avere diligentemente svolto una complessa attività, innanzitutto, di reperimento di informazioni preventive circa l’effettuazione di una operazione sui propri titoli – peraltro, dall’intermediario medesimo non collocati al cliente – da parte dell’emittente estero (che ha discriminato le situazioni dei possessori); quindi, di mancata attivazione, sul mercato estero, per ovviare alle conseguenze delle decisioni dell’emittente, secondo la scelta che, tra quelle presentate dal cliente come eventualmente possibili, in quanto reputata maggiormente conveniente il cliente medesimo assume che avrebbe operato per meglio realizzare i propri interessi (se adeguatamente informato). Trattati, questi, che tendono, invero, ad inquadrare la pretesa del cliente tra quelle attinenti al mancato adempimento di un’attività di “consulenza in materia di investimenti”, così come prevista dall’art. 1, comma 5, lett. f, TUF, se essa deve ritenersi, ai sensi del comma 5 septies, consistere nella “prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente”, anche “per iniziativa del prestatore del servizio”, “riguardo a una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario”.

Venendo alla questione pregiudiziale in discussione nel caso odierno, pare rivestire rilevante rilievo, del resto, lo stesso comportamento del ricorrente, il quale ha dimostrato di essere pienamente consapevole del piano regolamentare – in considerazione della tipologia degli obblighi dell'intermediario coinvolti e pretesamente rimasti inadempiti – investito dalla vertenza: significativi, in proposito, dall'altra, per definire la vertenza con l'intermediario, il ricorso all'Ombudsman – Giurì Bancario (il quale, ha affrontato e deciso il caso) organismo competente, appunto, dopo l'entrata in funzione dell'ABF, esclusivamente in materia di investimenti e di operazioni finanziarie.

Il Collegio di coordinamento, nella decisione n. 898 del 14 febbraio 2014, ha precisato che "il reale thema decidendum della presente controversia è quello attinente alla violazione, da parte del resistente, dell'obbligo di garantire al cliente adeguatezza di informazione per consentirgli scelte di investimento consapevoli – ossia proprio la violazione o meno, nelle sue concrete declinazioni, della generale regola di condotta imposta appunto dal TUF agli intermediari nella prestazione dei relativi servizi – ma anche che la soluzione della questione oggetto di scrutinio impone, per vero, di procedere altresì all'analisi e all'interpretazione della regolamentazione dettata dall'Autorità di vigilanza dei mercati finanziari, nonché dei suoi atti generali di indirizzo. Un compito, questo, che allora obiettivamente travalica l'ambito dei poteri dell'Arbitro, i quali sono appunto limitati, anche nell'esercizio della sua funzione per così dire nomofilattica all'interno dell'ordinamento sezionale bancario, alla sola interpretazione delle disposizioni di natura regolamentare integranti la disciplina dei rapporti bancari".

Il Collegio ritiene che anche nel caso posto all'attenzione odierna possano operarsi analoghe considerazioni e che quindi, , nel caso di specie, l'eccezione di incompetenza *ratione materiae* sollevata dalla ricorrente sia meritevole di accoglimento.

P.Q.M.

Il Collegio dichiara il ricorso irricevibile.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE MARZIALE