

IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|--|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente (Relatore) |
| - Prof.ssa Antonella Sciarrone Alibrandi | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Dott. Mario Blandini | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario |
| - Dott.ssa Anna Bartolini | Membro designato dal C.N.C.U. |

nella seduta del 2 febbraio 2010 dopo aver esaminato

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

FATTO E DIRITTO

Con reclamo del 20/4/2009 il ricorrente, facendo seguito a precedenti segnalazioni (del 25 e 26 marzo e del 6 aprile 2009, prive di riscontro) inviate attraverso l'apposito servizio presente sul sito internet della banca, ha contestato di aver ricevuto da un dipendente della Filiale informazioni che, rivelatesi errate, lo hanno danneggiato impedendogli di operare attraverso il servizio di *trading on line*.

In particolare, riferisce il ricorrente che nel mese di marzo la banca lo ha invitato a chiudere i rapporti in essere o a consentirne il trasferimento presso altra Filiale in quanto *"essendo in atto una radicale riorganizzazione non aveva più i requisiti per far parte della nuova struttura"*.

In data 24/3/2009, prima di autorizzare il trasferimento, il ricorrente asserisce di aver chiesto al dipendente della Filiale se *"il trasferimento del deposito titoli comportasse qualche interruzione del servizio via internet"* facendo esplicitamente presente che *"il giorno dopo, essendo libero da impegni, voleva rimanere al computer per fare trading molto intenso"* e di aver autorizzato l'operazione sulla base delle rassicurazioni da quello fornite che *"non ci sarebbe stata nessuna interruzione in quanto il trasferimento sarebbe stato effettuato durante la notte"*.

Il successivo 25/3/2009, al contrario, il servizio di *trading on line* è risultato sospeso per l'intera giornata e il ricorrente, ha appreso dalla responsabile della filiale che,



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

contrariamente a quanto assicuratosi il giorno precedente, *“l’operazione di trasferimento deposito titoli prevede, di prassi, una sospensione del servizio”*.

Risulta agli atti una mail con la quale la responsabile informa il ricorrente che *“la procedura necessita di un adeguamento tecnico per recepire il numero del nuovo dossier”* e, nel frattempo, gli offre la possibilità di *“impartire gli ordini attraverso il phone banking o la filiale private”*, alternative rifiutate perché ritenute entrambe inadeguate rispetto alle esigenze di tempestività nell’immissione e revoca degli ordini connaturate all’attività di *trading intra-day*.

L’impossibilità di operare attraverso il canale telematico, proprio in quella giornata in cui il ricorrente era libero da impegni, gli ha procurato, a suo dire, un danno imputabile a colpa della banca, che attraverso un proprio dipendente, gli ha fornito un’informazione inesatta, determinante nella scelta di autorizzare il trasferimento del deposito titoli proprio in quella data (24/3/2009) piuttosto che in una diversa.

Sulla base di tali considerazioni il ricorrente ha chiesto un *“indennizzo forfetario”* a titolo di mancato guadagno quantificato in € 3.500,00 in considerazione della volatilità dei mercati in quella giornata, della volontà di operare su una decina di azioni in portafoglio e di monitorare e movimentare altre azioni.

La banca ha fornito riscontro al ricorrente con lettera del 12/8/2009, con la quale ha respinto la richiesta di indennizzo precisando che *“le condizioni contrattuali relative ai Servizi di Banca Diretta, regolarmente sottoscritte, prevedono la possibilità di sospensione dei servizi per aggiornamenti tecnici, per motivi di sicurezza, nonché per caso fortuito o forza maggiore”* e ha sottolineato inoltre di avergli comunque messo a disposizione modalità alternative per consentire l’operatività.

Con lettera del 24/8/2009 il ricorrente ha puntualizzato alla banca che oggetto di contestazione non era la sospensione del servizio in quanto tale bensì la condotta del dipendente che gli ha fornito una falsa informazione senza la quale l’autorizzazione al trasferimento sarebbe stata concessa in un momento diverso. Ha altresì contestato le modalità di gestione dei reclami reputate *“scandalose e inaccettabili”* in ragione del lungo lasso di tempo (4 mesi) intercorso tra l’invio della raccomandata e la lettera di risposta.

Infine, con lettera del 21/9/2009 la banca ha risposto al ricorrente confermando quanto sostenuto nella precedente missiva e, in particolare, che la sospensione del servizio sarebbe dipesa da caso fortuito.

Il ricorrente chiede all’Arbitro Bancario Finanziario il riconoscimento della responsabilità colposa della banca per l’errore commesso e, per l’effetto, la condanna dell’intermediario alla corresponsione di un indennizzo, che quantifica in € 3.500,00, pur rimettendosi ad una valutazione equitativa da parte del Collegio.

A sostegno delle proprie richieste il ricorrente allega:

1. copia dello scambio di e-mail intervenuto con la responsabile della filiale il 25/3/2009;
2. reclamo del 20/4/2009;
3. risposta della banca del 12/8/2009;
4. replica del 24/8/2009;
5. ulteriore risposta della banca del 21/9/2009.

L'intermediario ha presentato le proprie controdeduzioni per il tramite del Conciliatore Bancario, con nota inviata via PEC il 24/12/2009.

In particolare, la banca ha negato qualsiasi responsabilità nella vicenda portata dal ricorrente all'attenzione del Collegio sulla base delle seguenti considerazioni:

- la possibilità della temporanea sospensione per aggiornamenti tecnici, motivi di sicurezza, caso fortuito o forza maggiore è esplicitamente prevista dal contratto di Banca Diretta (allegato) sottoscritto dal ricorrente il 6.2.2007;
- la specifica circostanza che avrebbe potuto dar causa ad una sospensione era stata tempestivamente resa nota al ricorrente *“che ricorda infatti di aver personalmente individuato la giornata del 25/3/2009 come quella più idonea al trasferimento”*;
- è stata offerta al cliente la possibilità di *“operare ricorrendo ai servizi della filiale o a quelli telefonici, offerti dalla banca, e pienamente operanti nella stessa giornata”*, *“è stata esclusiva decisione del ricorrente quella di non fare ricorso a tali alternative”*.

La banca ha precisato che *“nessun riscontro oggettivo è stato invece rilevato in occasione delle precedenti verifiche, né d'altronde offerto dal ricorrente nemmeno in questa sede, in merito alle pretese e contrarie rassicurazioni di funzionamento del servizio che [...] avrebbe ricevuto dal nostro personale”*.

Sulla base di tali premesse, la banca contesta quindi la quantificazione e la stessa identificabilità dei danni patrimoniali *“che vorrebbero trovare esclusivo fondamento nell'intenzione, oggi riferita, di porre in essere proprio nella giornata in questione non meglio identificabili operazioni di trading intra-day, che gli avrebbero consentito di conseguire presunti guadagni dei quali è quindi comunque evidente l'intrinseca aleatorietà”*, nonché la premessa secondo la quale *“tali presunte prospettive di guadagno sarebbero state precluse al cliente, ove egli avesse ritenuto di dar corso alle stesse operazioni ricorrendo agli altri strumenti messi a tal fine a sua disposizione”*; afferma infine che il preteso lucro cessante non potrebbe essere considerato come conseguenza diretta dell'attività della banca.

Quanto alla scarsa tempestività nel fornire riscontro al reclamo la banca ha precisato che la stessa è imputabile a contingenti problematiche organizzative connesse alla riorganizzazione delle modalità di gestione del servizio, sottolineando tuttavia come tale circostanza *“non possa di per sé considerarsi indice di mancata attenzione alle richieste del cliente che già in passato ebbe ad intrattenere l'ufficio reclami ottenendone, in precedenti occasioni, anche interventi di natura risarcitoria”*.

Dopo aver ricevuto le controdeduzioni della banca, il ricorrente, con nota trasmessa via e-mail il 5/1/2010, ha ribadito che oggetto di contestazione non è la mera sospensione del servizio contrattualmente prevista, e ha fornito le seguenti precisazioni. In particolare: a) ha negato di avere avuto una tempestiva informativa in proposito, confermando invece di essere stato rassicurato proprio del fatto che il servizio non avrebbe subito interruzioni; b) ha sottolineato che la banca in nessuna delle due precedenti risposte ha mai smentito la veridicità delle proprie affermazioni circa le rassicurazioni ottenute riconoscendole per ciò stesso vere; c) ha affermato di non aver scelto ma di essere stato costretto, suo malgrado,



a rifiutare le alternative offerte *“inadeguate e assolutamente incompatibili con un’attività di trading intra-day che richiede la massima immediatezza nella immissione degli ordini”*.

Essendo la materia del contendere pacificamente relativa al servizio di trading on line il Collegio deve porsi preliminarmente il problema della propria competenza essendo le problematiche relative ai servizi di investimento estranee alla cognizione dell’ABF.

Invero il ricorrente ha sostenuto che la sua domanda si fonda su errate informazioni che gli sarebbero state fornite e non sul cattivo funzionamento del sistema di trading in sé considerato. Tuttavia è pacifico che la eventuale responsabilità per errate informazioni si risolva in un adempimento ad obbligazione accessoria al rapporto contrattuale che ha per oggetto il servizio di trading on line e perciò la materia del contendere deve essere individuata ai fini della competenza di questo Arbitro in relazione al contenuto del rapporto principale cui accede l’obbligazione che si assume essere stata inadempita.

Questo Collegio ha già avuto occasione di ritenere che 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 la non comunicata interruzione del sistema telematico abbia inciso su operazioni di investimento.

E’ 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.

Pertanto si deve ritenere che l’obbligazione che si assume violata sia accessoria ad un rapporto il quale deve essere qualificato come attinente alla prestazione di servizi di investimento; materia in sé estranea, come rilevato in premessa, alla cognizione dell’ABF. Per diretta conseguenza, osservata sia dal punto di vista del caso di specie sia dal punto di vista del suo inquadramento generale, anche la lamentela avanzata dal ricorrente ricade quindi in un ambito estraneo alla competenza dell’ABF.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

P. Q. M.

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

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO