



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

IL COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

Dott. Giuseppe Marziale.....	Presidente
Avv. Alessandro Leproux.....	Membro designato dalla Banca d'Italia
Dott. Comm. Girolamo Fabio Porta.....	Membro designato dalla Banca d'Italia [Estensore]
Prof. Avv. Saverio Ruperto... ..	Membro designato dal Conciliatore Bancario e Finanziario – per le controversie in cui sia parte un consumatore
Dott.ssa Daniela Primicerio.....	Membro designato dal C.N.C.U.

nella seduta del 21/10/2011, dopo aver esaminato

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

Fatto

Con ricorso del 1° marzo 2011 l'istante, titolare di un conto di deposito titoli in amministrazione presso la banca resistente, lamenta la mancata comunicazione della possibilità, riservata ai possessori di *azioni Alitalia*, di accedere all'offerta pubblica di scambio con titoli di stato italiani (senza cedola e con rimborso a dicembre 2012) e chiede il risarcimento del danno patito; in particolare, si fa riferimento alla facoltà riconosciuta ad azionisti e obbligazionisti della società emittente (in sede di *ristrutturazione* del debito Alitalia) di rivolgere formale richiesta di scambio al Ministero dell'Economia e Finanze, entro il 31 agosto 2009, in attuazione della misura prevista dal d.l. del 1° luglio 2009, n. 78 (che ha introdotto talune modifiche alla l. del 9 aprile 2009, n. 33 di conversione del precedente d.l. del 10 febbraio 2009, n. 5).

Il ricorrente, con le precedenti note del 1° marzo e del 28 aprile 2010 inviate alla banca, ha presentato reclamo tramite un'associazione dei consumatori, senza però ottenere alcuna ammissione di responsabilità da parte dell'intermediario.

Quest'ultimo, infatti, con le proprie controdeduzioni del 22 aprile 2011 solleva preliminarmente un'eccezione d'incompetenza evidenziando come le contestazioni avanzate dal ricorrente non possano essere conosciute dall'ABF, in quanto riconducibili alla prestazione di servizi ed attività di investimento e a presunte mancanze dell'intermediario specificatamente contemplate quali motivi di reclamo in materia di servizi d'investimento dalla delibera CONSOB n. 14105 del 1° aprile 2003.

Nel merito la banca osserva che:

- ha inviato le comunicazioni al cliente in data 17 luglio 2009, non appena ricevute le necessarie autorizzazioni normative da parte degli Organismi di Vigilanza, in adempimento degli obblighi sanciti dall'articolo 1838 c.c., nonché una comunicazione di carattere tecnico, in data 10 agosto 2009, una volta chiariti da parte del competente Ministero i termini procedurali previsti per il conferimento dell'adesione;

- tali comunicazioni sono state inviate con posta ordinaria e benché le stesse non siano giunte all'indirizzo del destinatario per cause alla medesima non imputabili, non sussiste alcuna norma che imponga particolari modalità di trasmissione;

- le richieste risarcitorie non sono accoglibili in quanto non definite né comprovate nella loro entità;

- l'operazione societaria *de qua*, non solo è stata oggetto di importante "risonanza mediatica", ma trova il proprio fondamento in un provvedimento avente forza di legge ed idoneo pertanto a dispiegare la propria efficacia indipendentemente dall'effettiva ricezione di comunicazioni di qualsiasi genere da parte dei soggetti eventualmente interessati. Risulta quindi irrilevante ogni ulteriore discussione relativa all'avvenuta ricezione delle comunicazioni inviate dalla banca (in data 17 luglio 2009 e in data 10 agosto 2009), "non potendo esse rivestire il carattere di atti recettizi".

La banca chiede pertanto:



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

- in via pregiudiziale, di dichiarare l'improcedibilità del ricorso in quanto relativo alla prestazione dei servizi di investimento, materia sottratta alla competenza dell'ABF;

- in via subordinata, di dichiarare l'infondatezza delle contestazioni formulate e respingerne le richieste risarcitorie in quanto non definite né comprovate nella loro entità.

Con nota del 3 maggio 2011, il ricorrente precisa che, con riguardo alla determinazione del danno patito, lo stesso è "facilmente determinabile" alla stregua dei termini dell'offerta pubblica di scambio; in particolare, essendo egli titolare di n. 6100 azioni, in caso di adesione all'offerta pubblica di scambio, avrebbe ricevuto un titolo di nuova emissione del valore di euro 1.000,00.

Diritto

Il ricorso è fondato e merita di essere accolto.

Il Collegio respinge l'eccezione preliminare sollevata dalla resistente e afferma la propria competenza.

Come questo Collegio ha avuto modo di affermare (cfr. Collegio di Roma, n. 59 del 17 febbraio 2010), sebbene i contratti di deposito in amministrazione e di negoziazione intercorrenti fra le due parti prevedano il conto deposito titoli in amministrazione quale conto d'appoggio per la fornitura di servizi d'investimento, è indiscutibile che il contratto di deposito titoli in amministrazione 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 il 18 giugno 2009. A conferma di ciò si richiamano le Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari emanate dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009 che includono nel proprio ambito applicativo il servizio di custodia e amministrazione.

Tale valutazione non è inficiata dalla circostanza che il contratto in questione svolge una funzione normalmente servente rispetto alla prestazione di servizi di investimento. Si tratta di un contratto che presenta una sua causa tipica – e non ha come oggetto specifico la prestazione di servizi d'investimento – e che disciplina, per un particolare profilo, il rapporto tra la banca e i propri clienti,



nonostante questi rivestano contemporaneamente la qualifica di investitori e siano come tali destinatari di tutele ulteriori (di cui al Testo Unico dell'intermediazione finanziaria, d.lgs. n. 58/1998, e ai Regolamenti attuativi della Consob) rispetto a quelle derivanti dal deposito dei titoli in amministrazione.

Quanto alla questione della mancata conoscenza da parte del ricorrente dell'offerta pubblica di scambio, in ordine alla quale la banca afferma di non essere responsabile, l'articolo 1838 c.c. stabilisce che *“la banca che assume il deposito titoli in amministrazione deve custodire i titoli,....e in generale provvedere alla tutela dei diritti inerenti ai titoli”*. Ne consegue che la depositaria deve porre in essere tutti gli atti necessari affinché si realizzi in concreto la reale soddisfazione dei diritti del cliente, a cui spetta in ogni caso la facoltà di scegliere se dismettere o meno i titoli immessi nel deposito amministrato; tale facoltà può essere esercitata solo se l'intermediario informi il cliente tempestivamente e in buona fede di tutte le circostanze utili ai fini della scelta, di cui il medesimo è a conoscenza.

Si richiama all'uopo l'orientamento di autorevole dottrina secondo cui la banca nel deposito titoli assume, oltre la custodia, anche l'amministrazione dei titoli consegnati, sicché alla prestazione di custodia, che si inquadra nella figura del deposito regolare, si associa una prestazione gestoria, propria della figura del mandato. Poiché il contratto adempie unitariamente alle due funzioni, entrambe le prestazioni assumono rilievo causale, dando luogo ad un concorso di negozi (deposito e mandato) tra loro collegati dallo scopo voluto dalle parti. La conseguenza è che l'operazione viene ad essere regolata da una duplice disciplina: del deposito, in relazione alla prestazione di custodia; del mandato, in relazione alla prestazione gestoria.

Quest'ultima deve essere ispirata alla tutela degli interessi del mandante, in modo particolare – si ribadisce – attraverso la comunicazione al medesimo di tutte le circostanze per lui rilevanti, e cioè suscettibili di influenzare in un modo o nell'altro l'esercizio del suo potere di istruzione e di indirizzo nei riguardi del gestore (artt. 1710 comma 2, e 1711, comma 2, c.c.).

Sulla specifica vicenda oggetto di controversia, la stessa Associazione Bancaria Italiana, nel fornire indicazioni operative agli associati, precisa che *“Al fine di consentire ai titolari di azioni ed obbligazioni Alitalia di avvalersi di tale facoltà, le*



banche depositarie dei titoli in oggetto dovranno informare, preventivamente o comunque all'atto della sottoscrizione del modulo, i clienti interessati", tra l'altro, dei termini entro i quali poter effettuare la richiesta di scambio (Circolare ABI del 31 luglio 2009. Prot. FC/LG/FR/002770).

La banca, quindi, anche alla stregua della diligenza qualificata cui è tenuta, deve efficacemente rendere nota al cliente – per quanto rileva al caso in esame – l'esistenza di misure legalmente stabilite che consentano una scambio dei titoli vantaggioso.

E' pertanto necessario non solo effettuare una specifica comunicazione al cliente – non rilevando che sulla OPS vi sia stata una diffusione "mediatica" molto importante – ma anche utilizzare mezzi idonei a garantirne l'effettività (quale la raccomandata o altro mezzo equivalente) affinché il cliente sia realmente posto in condizione di conoscere vicende significative per la tutela dei propri interessi. Può dunque richiamarsi la regola generale di cui all'articolo 1334 c.c. secondo la quale *"gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono alla conoscenza della persona alla quale sono destinati"*.

La norma evidenzia, ai fini della produzione degli effetti nei confronti del destinatario dell'atto, la necessità che questi abbia reale conoscenza (o almeno conoscibilità) dello stesso, finalità che può essere realizzata soltanto con mezzi adeguati.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che *"Salvi i casi in cui una forma determinata sia espressamente prescritta per legge o per volontà delle parti, deve ritenersi idoneo, al predetto fine, qualsiasi strumento di comunicazione purché esso sia congruo in concreto a farne apprendere compiutamente e nel suo giusto significato il contenuto"*(Cass. 9 aprile '84, n.2262).

Per quanto innanzi, la banca resistente avrebbe dovuto meglio tutelare gli interessi del ricorrente, informandolo tempestivamente e con mezzi adeguati sulla possibilità di aderire all'offerta pubblica di scambio e sulle condizioni essenziali dell'operazione.

Quanto alla domanda risarcitoria, il Collegio ritiene che il danno lamentato dal ricorrente possa essere determinato sulla base dell'art. 19, comma 2, lettera a), del D.L. n. 78/2009 che fornisce i parametri per quantificare il c.d. lucro cessante



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

(art. 1223 c.c.), rappresentato dal vantaggio che il ricorrente avrebbe potuto ottenere – laddove la banca avesse adempiuto al suo obbligo di comunicazione – aderendo per tempo all'OPS.

Il citato decreto legge prevedeva un controvalore di euro 0,2722 per azione posseduta in cambio di *“titoli di Stato di nuova emissione, senza cedola, con scadenza 31 dicembre 2012 e taglio minimo unitario di 1.000,00 euro, con arrotondamenti per difetto ai mille euro”*.

Sulla base di tali criteri il controvalore delle azioni possedute dal ricorrente (n. 6100) sarebbe stato pari a euro 1.660,42 (6.100 x euro 0,2722) e avrebbe dato diritto pertanto a un titolo di valore unitario di euro 1.000,00.

Per quanto innanzi il Collegio, in accoglimento del ricorso, dispone che la banca resistente corrisponda al ricorrente la somma di euro 1.000,00 a titolo risarcitorio.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione.

Dispone inoltre che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE MARZIALE