

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.6043/13 del 25.11.2013, ha rimesso la decisione del ricorso al Collegio di coordinamento.

L'intermediario ha sollevato l'eccezione preliminare di incompetenza per materia dell'ABF, trattandosi di controversia attinente ai servizi di investimento.

Il ricorrente, premesso di essere titolare di un "conto" presso l'odierna banca convenuta, ha esposto nel reclamo e successivamente nel ricorso, di aver subito "danni patrimoniali ingentissimi per colpa del malfunzionamento del sistema informatico" dell'intermediario, rappresentando che il 13.09.2012 non era riuscito ad inserire gli ordini di vendita di opzioni di sua titolarità con scadenza il 21.09.2012, poiché "il sistema era intasato e le telefonate non riuscivano ad essere filtrate" e che successivamente la quotazione del titolo era scesa.

Ha riferito inoltre che il 14.09.2012 aveva deciso di chiudere 2 posizioni in marginazione e vendere le opzioni di cui sopra, ma aveva dovuto constatare che il sistema informatico non funzionava e dunque, cercando di contattare il servizio assistenza a partire dalle ore 8:50, era riuscito a parlare con un'operatrice soltanto alle ore 9:50 ed a inserire gli ordini di vendita delle opzioni alle ore 10:05, con un danno "*ingentissimo*" in quanto le possibilità di guadagno erano legate alla vendita in apertura.

Nel ricorso l'istante ha precisato di aver proposto istanza anche all'Ombudsman, essendo il relativo procedimento in fase istruttoria.

In sede di controdeduzioni l'intermediario ha eccepito in via preliminare che il ricorso, "avente ad oggetto la richiesta risarcitoria avanzata con riferimento agli asseriti danni patrimoniali causati da disservizi presenti sulla piattaforma di trading online della Banca [stessa], esula dalla competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario", in forza di quanto previsto dalla relativa disciplina; che per la risoluzione della stessa controversia sottoposta all'ABF il cliente ha presentato ricorso all'Ombudsman – Giurì Bancario), che l'ha ritenuto inaccoglibile.

Nel merito, ha osservato che dalle verifiche effettuate non sono emersi tentativi di accesso al sistema informatico o di inserimento di ordini da parte del cliente che non siano andati a buon fine; in particolare, il 13.09.2012 il ricorrente ha contattato telefonicamente il servizio di Customer Care due volte, senza fare riferimento ai disservizi lamentati nel reclamo; in occasione della prima telefonata di cui sopra, ha inoltre inserito, dopo aver chiesto il trasferimento della comunicazione alla linea dedicata, gli ordini di vendita delle opzioni di cui in controversia, peraltro "scaduti alla chiusura del mercato senza essere eseguiti in quanto il prezzo limite immesso dal cliente non è stato raggiunto". Ammette che il 14.09.2012 "si sono verificati dei rallentamenti sulla [...] piattaforma di trading online", ma

precisa che il servizio di Customer Care, contattato dal ricorrente a causa di tali rallentamenti, ha offerto al cliente stesso la possibilità di chiudere le 2 posizioni in marginazione al telefono senza che quest'ultimo manifestasse alcuna volontà in tal senso. A partire alle ore 9:58 del medesimo 14.09.2012 sono stati rilevati "alcuni generici tentativi di accesso all'area [...] riservata del cliente, che non sono andati a buon fine a causa dei rallentamenti sopra descritti", senza tuttavia evidenza di specifici tentativi di inserimento di ordini che l'istante non sia riuscito a portare a termine; per converso, le due posizioni in marginazione sono state chiuse lo stesso 14.09.2012 entrambe con un risultato positivo e così pure gli ordini di vendita delle opzioni inseriti alle ore 10:06 ed alle ore 16:29 in pari data.

Tanto rappresentato, parte resistente ha concluso che "dai malfunzionamenti operativi verificatisi in data 14 settembre 2012 non sono derivate perdite a carico del cliente" ed ha soggiunto che nel mese di gennaio 2013 ha riconosciuto a quest'ultimo, a titolo di composizione amichevole delle sue doglianze con riferimento ai disguidi tecnici occorsi, un bonus commissionale di € 100,00 e l'applicazione di commissioni agevolate per la negoziazione di opzioni.

In conclusione, mentre il ricorrente ha chiesto all'ABF un risarcimento di € 30.000,00 per i disagi arrecatigli, la resistente ha chiesto all'ABF :in via preliminare di dichiarare il ricorso irricevibile; nel merito, di respingere la richiesta risarcitoria avanzata dal ricorrente in quanto "manifestamente infondata e priva di riscontri documentali".

Per completezza va ricordato che il cliente ha presentato ricorso con oggetto le medesime doglianze all'Ombudsman – Giurì Bancario, che lo ha ritenuto inaccoglibile in quanto il ricorrente non avrebbe fornito elementi a comprova del fondamento della domanda di risarcimento e ha considerato soddisfattivo il comportamento della banca che, avendo ammesso un malfunzionamento della piattaforma di trading on line, ha offerto al ricorrente alcune agevolazioni spontaneamente.

Infine vi è da rilevare che il reclamo è stato presentato in data anteriore di oltre 12 mesi alla data di proposizione del ricorso ma che l'intermediario non ha sollevato eccezioni al riguardo. (Sulla questione della rilevanza d'ufficio della tardività del reclamo rispetto al ricorso si vedano le pronunce del Collegio di Coordinamento n. 5091 del 10.10.2013, respinto, e n. 5304 del 17.10.2013, respinto).

DIRITTO

Il ricorso in esame, relativo alla richiesta del ricorrente di risarcimento danni subiti a causa del malfunzionamento della piattaforma operativa implementata dalla banca resistente per la negoziazione on line è stato rimesso all'esame del collegio di Coordinamento dal Presidente del Collegio di Milano, con provvedimento n.6043 del 25.11.2013, 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 pronunziato 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 nella decisione n.898, 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 2014 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 – Giuri 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 inoltre la predisposizione di adeguati sistemi operativi per lo svolgimento delle attività di trading on line rientra tra le prestazioni di competenza dei soggetti abilitati alle relative attività ai sensi dell'art. 4 del D. Lgs. n. 164 del 17/09/07 modificativo dell'art. 21, 1° co., lett. d) del T.U.F. che espressamente prevede come tali soggetti debbano “disporre di risorse e procedure ... idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi ...”, come confermato anche dalle relative disposizioni del Regolamento Intermediari Consob il cui art. 49 prevede che “gli intermediari che trattano ordini per conto dei clienti applicano misure che assicurino una trattazione rapida, corretta ed efficiente di tali ordini ...” Ne segue, come già ritenuto in analoghe vertenze (v. ad es. ABF dec. 27/04/12 n. 1362), che il ricorso investe materia estranea alla competenza dell'ABF come definita all'art. 4 delle vigenti Disposizioni di revisione, emanate dalla Banca d'Italia il 12/12/11, secondo le quali da tale competenza “sono escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al Titolo VI del T.U.B. ai sensi dell'art. 23, comma 4, del D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U.F.)”.

Ne consegue che, nel caso di specie, l'eccezione di incompetenza *ratione materiae* sollevata dalla ricorrente appare meritevole di accoglimento.

P.Q.M.

Il Collegio dichiara il ricorso irricevibile.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE MARZIALE