

COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

(RM) MASSERA	Presidente
(RM) SIRENA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) GRECO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) RUPERTO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(RM) MARINARO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore GRECO FERNANDO

Nella seduta del 22/04/2016 dopo aver esaminato:

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

FATTO

I ricorrenti hanno rappresentato di aver acquistato nel 2004 tre lotti di azioni Alitalia, per un totale di 197.000 azioni ed un controvalore di euro 49.998,60.

In seguito al default della società emittente, che ne comportò la messa in amministrazione straordinaria, i ricorrenti hanno perso l'intero capitale investito.

Per quanto rappresentato in sede di ricorso, i ricorrenti ritengono che la perdita sia imputabile a responsabilità dell'intermediario per:

- violazione dell'art. 21 TUF e dell'art. 28 Reg. Consob 11522/98, per non aver effettuato la profilatura di rischio in occasione degli acquisti avvenuti a giugno e per averla fatta solo in occasione dell'acquisto dei titoli avvenuto a dicembre (rilevando che nella profilatura di dicembre mancava peraltro l'indicazione della situazione finanziaria);

b) violazione dell'art.29 Reg. Consob 11522/98 - trattandosi di operazione ad alto rischio - per non aver tenuto conto dell'inadeguatezza dell'operazione al profilo di rischio dei clienti e per non averli informati al riguardo. Né in merito sarebbe sufficiente l'aver indicato negli ordini di acquisto la dicitura "titoli a rischio, obiettivi di investimento non dichiarati, operazione non allineata all'esperienza dichiarata, propensione al rischio maggiore di quella indicata nella scheda cliente", atteso il mancato completo adempimento della profilatura del cliente e la mancata spiegazione delle ragioni per cui l'operazione non era considerata inadeguata.

In considerazione di ciò, con il ricorso presentato – a seguito di rituale reclamo del 07.07.2015 – si chiedeva che questo Arbitro condannasse l'intermediario convenuto al pagamento della complessiva somma di euro 102.998,60, di cui euro 49.998,60 a titolo di danno emergente ed euro 53.000,00 a titolo di lucro cessante, oltre interessi dal 1° settembre 2009 al soddisfo.

Nelle proprie controdeduzioni, l'intermediario eccepiva preliminarmente l'incompetenza per materia dell'Arbitro in quanto la pretesa del ricorrente (analogamente a quanto rappresentato nella Decisione del Collegio di Coordinamento n. 6676/2014) rientrerebbe "nel presunto mancato adempimento di un'attività di consulenza in materia di investimenti, così come prevista dall'articolo 1, comma 5, lett. f. TUF, se essa deve ritenersi, ai sensi del comma 5 septies, consistere nella prestazione di raccomandazioni personalizzate ad un cliente anche per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo ad una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario".

Nel merito, l'intermediario rilevava che nel caso in esame il ricorrente contestasse l'assenza di attività volta alla rilevazione del proprio profilo di rischio, così da definirne compiutamente la compatibilità con il grado di rischiosità dell'investimento proposto.

A tale riguardo, l'intermediario precisava che "l'operazione di investimento in oggetto si è perfezionata nel 2004, ovvero antecedentemente al recepimento della Direttiva Mifid 39/2004, provvedendosi comunque al perfezionamento dell'operazione di adesione previa sottoscrizione da parte della cliente di uno specifico questionario di appropriatezza".

Nel caso in oggetto, l'operazione di acquisto delle azioni era stata preceduta da tutti gli adempimenti informativi normativamente previsti, attraverso la "profilatura del cliente", così come realizzata prima dell'entrata in vigore della Direttiva Mifid, requisito indefettibile per la conclusione di operazioni di investimento.

In ordine all'inadeguatezza della proposta di investimento rispetto al proprio profilo di rischio, l'intermediario rilevava, inoltre, che "ogni operazione di investimento comporta una

soglia di rischio insita nella natura e finalità della stessa, trattandosi evidentemente di operazioni finanziarie in cui la conservazione del capitale non può dirsi assicurata, proprio per i rischi di mercato e finanziari che fisiologicamente caratterizzano questo comparto”. Pertanto, non sarebbe riscontrabile alcuna responsabilità in capo al medesimo per aver raccomandato un investimento che, per cause evidentemente riconducibili all’andamento del mercato, non ha prodotto i risultati sperati.

In considerazione di tali rilievi, l’intermediario concludeva per il rigetto del ricorso.

DIRITTO

In merito alla prima doglianza, attinente alla mancata o inadeguata informazione in relazione al rischio connesso all’acquisto delle descritte azioni, nonché alla omessa considerazione del profilo di rischio dei ricorrenti (violazione art 21 TUF e Regolamento CONSOB 11522, artt. 28 e 29), il Collegio osserva quanto segue.

In un caso assimilabile a quello sottoposto odiernamente all’esame di questo Arbitro, il Collegio di Coordinamento ha rilevato che la questione della competenza dell’ABF, sembra da risolvere negativamente almeno nei casi “in cui l’oggetto della doglianza attiene a una contestazione del deficit di diligenza dell’intermediario nell’adempimento 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 si riferisce anche il Collegio di Milano nella dec. n. 1364/2013, nonché il Collegio di Napoli – “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, avendo riguardo alle doglianze fatte valere nel caso concreto, questo Arbitro deve verificare la propria competenza *ratione materiae*.

Il Collegio ritiene di 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, laddove questa deve ritenersi consistere - ai sensi del comma 5 *septies* - 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” (Collegio di Coordinamento, decisione n. 898/2014).

Dunque, coglie nel segno l’eccezione di incompetenza *ratione materiae* sollevata in sede di controdeduzioni dall’intermediario.

In verità, deve ritenersi altresì sussistente – in merito alla condotta contestata all’intermediario – anche una incompetenza *ratione temporis* di questo Arbitro.

Infatti, i ricorrenti lamentano la mancata o inadeguata informazione in relazione al rischio connesso ai pacchetti azionari acquistati, nonché l’omessa considerazione del profilo di rischio degli stessi acquirenti. Ne discende che tali condotte si collocano temporalmente al momento in cui il rapporto in contestazione è sorto – cioè nel 2004 – dunque, anteriormente al periodo di competenza di questo Arbitro.

Tali argomentazioni, tuttavia, restano relegate alla prima delle due contestazioni, che deve, dunque, essere dichiarata inammissibile, ma non attengono alla seconda, con la quale viene posta all’attenzione di questo Collegio la mancata informazione dei ricorrenti circa la facoltà - riconosciuta agli azionisti e obbligazionisti della società emittente - di aderire ad un’offerta di scambio del Ministero dell’Economia e Finanze, come previsto dal d.l. 78/2009 del 1.7.2009, convertito nella L. 33/2009 del 9.4.2009.

Al riguardo, questo Collegio – già in precedenti occasioni – ha avuto modo di rilevare che “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, tuttavia, può essere esercitata solo se l’intermediario provveda ad informare il cliente - tempestivamente e in buona fede- di tutte le circostanze di sua conoscenza, utili ai fini della scelta.

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: a) del deposito, in relazione alla prestazione di custodia; b) del mandato, in relazione alla prestazione gestoria.

Proprio con riferimento alla prestazione gestoria, l'attività dell'intermediario deve essere ispirata alla tutela degli interessi del mandante, anche 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, aveva precisato 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", anche in merito ai termini entro i quali poter effettuare la richiesta di scambio (Circolare ABI del 31 luglio 2009. Prot. FC/LG/FR/002770).

Era pertanto necessario non solo effettuare una specifica comunicazione al cliente – non rilevando che sulla questione vi fosse 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 fosse 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.

Per le suesposte ragioni la banca avrebbe dovuto dare comunicazione del diritto di conversione del titolo mettendo parte ricorrente nelle condizioni di poter consapevolmente effettuare o meno tale scelta.

Il Collegio osserva, tuttavia, come la vicenda delle azioni Alitalia avesse assunto, nel periodo in cui si riferisce la contestazione, una dimensione mediatica straordinaria non limitata, peraltro, alla sola stampa specialistica. Tali circostanze avrebbero dovuto comportare in capo al ricorrente, usando l'ordinaria diligenza ex art. 1227 c.c. (in considerazione del significativo valore dei titoli), anche un dovere autonomo di informazione al fine di esercitare, o meno, la conversione; per di più non può escludersi –

astrattamente – che parte ricorrente avesse autonomamente deciso di non esercitare il suo diritto di conversione.

Il danno è, infatti, risarcibile solo se costituisce conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. In tale direzione il risarcimento del danno deve essere coerente con gli scopi per cui è sancita la responsabilità non potendosi, allo stato, ipotizzare che la quantificazione così come effettuata dal ricorrente risponda a quel collegamento di regolarità causale per il quale rilevano le conseguenze che derivano dall'inadempimento secondo un criterio di normalità.

Avendo riguardo alle circostanze del caso concreto, questo Collegio ritiene equo riconoscere alla parte ricorrente la somma di euro 15.000,00, al fine di ristorare la stessa del pregiudizio lamentato.

P.Q.M.

Il Collegio, in parziale accoglimento del ricorso, dispone che l'intermediario corrisponda al ricorrente la somma di euro 15.000,00 a titolo risarcitorio, con interessi legali dal reclamo al saldo. Dichiara inammissibile la domanda in ordine alla violazione dell'obbligo di informazione di cui al T.U.F. e al Regolamento Consob 11522/1998.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e prende atto che l'intermediario ha già provveduto a corrispondere al ricorrente la somma di Euro 20,00 (venti/00) versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MAURIZIO MASSERA