

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 19 - giugno 2019

LA TUTELA DEL CLIENTE NELL'ESPERIENZA DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

Fabrizio Maimeri

LA TUTELA DEL CLIENTE NELL'ESPERIENZA DELL'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO^{°*}

Fabrizio Maimeri

*Professore ordinario di Diritto dell'economia,
Università Guglielmo Marconi di Roma*

L'ABF, nel corso della sua attività ormai decennale, ha registrato tre eventi legislativi con finalità diverse: è nato nel 2005 come un ADR ad iniziativa della Banca d'Italia per dare risposta ai fallimenti di mercato dell'epoca; è stato reso equivalente ai mediatori di cui all'art. 5 del d.lgs. 28/2010; gli sono state attribuite funzioni di anomalo strumento di vigilanza per consentire alla Banca d'Italia di assolvere al compito di autorità di controllo della trasparenza (art. 127 tub novellato). Queste tre finalità non sono sempre convergenti e hanno inciso su talune scelte operative dei Collegi e incideranno su quelle future.

In its ten-year activity, three legislative acts with different purposes involved the ABF: it was born in 2005 as an ADR by the Bank of Italy to tackle the then market failures; it was made compliant with the mediators pursuant to art. 5 of Legislative Decree 28/2010; it was assigned anomalous supervisory functions to enable the Bank of Italy to carry out the task of controlling transparency (amended art. 127 tub). These three goals are not always convergent and they have affected and will affect some operational choices of the ABF's Colleges.

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

* Le presenti note riproducono la relazione tenuta al seminario «*Risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambito bancario e finanziario*», organizzato dal Dipartimento di Studi aziendali e giuridici dell'Università degli Studi di Siena il 12 aprile 2019.

L'Arbitro Bancario Finanziario compie i primi dieci anni di operatività.

Il successo che ha conseguito è crescente – come i numeri dei ricorsi dimostrano – perché ha saputo intercettare e soddisfare un'esigenza diffusa di giustizia nei clienti delle banche. L'ABF ha saputo interpretare il ruolo di chi rende giustiziabile controversie nelle quali la clientela sarebbe rimasta sostanzialmente priva di una tutela che la magistratura non è in grado di assicurare. È vero che ai collegi possono rivolgersi anche le imprese e che la competenza per valore è fissata fino a 100.000 euro, ma i numeri ancora una volta dimostrano che la stragrande maggioranza delle decisioni riguarda i consumatori e che il loro importo medio è molto al di sotto del limite massimo. Si è trattato quindi di una spinta decisiva per una razionalizzazione dei conflitti fra banche e consumatori che sicuramente ha giovato all'emersione e alla soluzione di controversie destinate altrimenti ad alimentare tensioni, prevaricazioni, comportamenti opportunistici che non giovano né alla trasparenza né alla correttezza.

Ragionando sui dieci anni trascorsi, si individuano alcuni passaggi che hanno interessato l'ABF e la sua storia, conformandola secondo finalità tra loro diverse, che si sono sovrapposte nel tempo.

1. - Anzitutto, la nascita. La legge sulla tutela del risparmio n. 262/2005 fu la risposta all'italiana ai fallimenti di mercato che l'hanno preceduta (Cirio, Parmalat, bond argentini, per intendersi), insomma una sorta di versione annacquata del *Sarbanes Oxley Act* (SOX) americano che con altro vigore, incisività e tempestività (è del 2002) conteneva le misure per contrastare i locali fallimenti di mercato (casi Enron e Worldcom). In entrambi i casi il tentativo fu quello di emanare disposizioni che ristabilissero la fiducia verso i mercati regolamentando i comportamenti aziendali in tema di *accountability*, *disclosure* e *reporting* all'interno degli intermediari; in Italia si disposero iniziative legislative per limitare l'autodisciplina di mercato (insufficiente, viste le situazioni negative che si erano create) e irrobustire la vigilanza e i controlli. In quest'ambito hanno trovato posto le norme che hanno delegato Consob e Banca d'Italia a creare procedure di risoluzione delle controversie fra intermediari e clienti. Le due vie non furono però parallele: per la Consob l'art. 27 della legge n. 262/2005 ha dato delega al Governo di emanare «*un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato*», che mise in moto una macchina normativa (a cominciare dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179) che per anni non realizzò concretamente strumenti efficaci, fino a quando non si è sostanzialmente adeguata al modello ABF dando vita nel 2016 all'attuale

Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), disciplinato con delibera Consob n. 19602 del 4 maggio 2016 ed operativo dai primi del 2017.

Più lineare la via che il legislatore ha scelto per l'ABF, dal momento che l'art. 29 della legge sul risparmio ha inserito nel testo unico bancario l'art. 128-*bis*, che ha rinviato a una delibera del CICR la determinazione dei criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, «*in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati*»; le procedure devono in ogni caso assicurare, rapidità, economicità della soluzione delle controversie ed effettività della tutela. Al nuovo articolo del TUB sono seguiti: la delibera del CICR del 29 luglio 2008; le "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari", adottate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009 e successivamente aggiornate (e oggi in corso di modifica); il "Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF", adottato dalla Banca d'Italia con delibera 674/2016. Dal 2009 l'ABF è pienamente operativo, funzionale, nella logica della legge n. 262/2005, a consentire ai consumatori (soprattutto) una tutela efficace delle loro ragioni. E del resto solo ai clienti (consumatori e imprese) è riconosciuta la legittimazione attiva a ricorrere all'ABF.

La procedura complessivamente disegnata, con la sua peculiarità di essere, per la fase reclami, di natura conciliativa e per la fase ABF di natura decisoria, si è inserita nel mondo delle ADR, cioè di quegli strumenti di norma concorrenti con la giustizia togata e ai quali si ricorre non perché l'altra non funziona, ma perché per la tipologia delle controversie, per il tecnicismo della controversia, per la specifica professionalità dei componenti il collegio, si preferisce ricorrere ad essa per la singola questione. Ne deriva di per sé un rischio di autoreferenzialità degli orientamenti arbitrali (specie quando numerosi e sui più disparati temi), che rischiano di non essere in grado di alimentare quella fruttuosa dialettica fra "giudici" togati e non, quello scambio di esperienze fra "giudici" sicuramente in grado di arricchire l'offerta di giustizia per gli utenti. Siffatto rischio si moltiplica quando, come accade in Italia, l'ABF (e in genere le ADR) è considerato come uno strumento per deflazionare i tribunali, per diminuirne il carico di lavoro, quando cioè finisce per rappresentare una scorciatoia rispetto a un sistema giudiziario gravato da molti problemi, piuttosto che un'alternativa.

2. - L'ABF aveva da poco iniziato la sua attività quando l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 ha introdotto l'istituto della mediazione civile, per il quale «*chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in*

materia di (...) contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis TUB, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Il decreto in esame delinea una procedura di mediazione del tutto diversa da quella dell'ABF (e dell'arbitrato Consob), sicché l'equivalenza sancita dal legislatore ha sicuramente avuto il merito di recuperare gli strumenti di soluzione delle controversie previste da Consob e Banca d'Italia e non vederli travolgere dal nuovo procedimento di mediazione, ma ha fatto emergere una diversa posizione delle parti rispetto alla mediazione, una volta avvertasi (attraverso il ricorso deciso dall'ABF) la condizione di procedibilità.

E dalla lista di problemi, se ne possono trarre alcuni emersi dalla semplice applicazione degli articoli del d.lgs. 28/2010: (i) il comma 6 dell'art. 5 dispone che, *«dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale»*: non si sa bene come applicare questa disposizione alla procedura ABF; (ii) all'art. 8 si precisa al primo incontro e agli incontri successivi della procedura conciliativa, *«fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato»*: sia per il reclamo che per il ricorso, l'assistenza del legale è facoltativa; (iii) al mediatore è consentito (comma 4 del medesimo articolo) *«avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti»*: questa possibilità non è consentita all'ABF; (iv) a norma del comma 4-bis dell'art. 8, *«dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.»*, prescrizione che non trova applicazione nella procedura ABF.

Accertato che non può parlarsi di equivalenza fra mediazione e procedura ABF, rimane in ogni caso accertato che quest'ultima non è vista come necessariamente conclusiva della controversia, bensì alla stregua di una mediazione, ovvero come un passo di avvicinamento al giudice togato, cui auspicabilmente potrà rinunciare il consumatore che si ritenga soddisfatto della decisione del collegio, fermo restando tuttavia che, come dispone lo stesso art. 128-bis, comma 2, secondo periodo, TUB, la procedura ABF non pregiudica *«per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto*

dall'ordinamento». Così come non lo pregiudica per l'intermediario, attesi i presidi costituzionali sul diritto di difesa e la previsione per cui la decisione dei collegi non obbliga le parti. In altri termini, l'assetto legislativo complessivo lascia intendere che dopo la decisione del collegio rimane aperta la via per il giudice togato, che può essere intrapresa dal cliente ovvero dalla banca, in analogia con quanto accade con la mediazione di cui all'art. 5 del d.lgs. 28/2010. Del resto, sono le stesse Disposizioni sopra citate che alla sez. I, § 1, dichiarano che, «ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, l'esperimento della procedura dinanzi all'ABF costituisce - in alternativa al ricorso al procedimento di mediazione disciplinato dal medesimo decreto - condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a contratti bancari e finanziari, nei limiti e alle condizioni previste dalle presenti disposizioni».

3. - Sempre nel 2010, si è posto mano alle regole del TUB in tema di trasparenza, ribadendo (art. 127, comma 01, TUB) che il controllo sul loro rispetto spetta alla Banca d'Italia, ma precisando che *«la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti con la clientela»* si aggiungono alle finalità della vigilanza di cui all'art. 5 TUB. Si organizza a livello di normativa primaria quel che già era desumibile da quella secondaria, vale a dire che trasparenza e correttezza sono criteri generali di vigilanza alla cui salvaguardia deve essere rivolta l'attività dell'Autorità (e alla cui stregua può essere censurata). Ancor più di prima quindi si impone alla Banca d'Italia di strutturarsi per controllare il rispetto del regime di trasparenza da parte degli intermediari.

In questa logica l'ABF riveste da sempre un ruolo decisivo, che dopo queste novità legislative si sono ancor più affinate. È in quest'ottica ora ribadita che trova giustificazione quella sorta di "apertura di credito in bianco" che la Banca d'Italia ha riconosciuto all'ABF quando ha affermato che i vigilati debbono tenere presenti, nella valutazione delle controversie con la clientela, gli orientamenti consolidati dei collegi e, nelle menzionate Disposizioni, alla sez. VI, § 1, ha precisato che il ricorso è preceduto da un reclamo e che le procedure interne elaborate a questo riguardo devono assicurare che il responsabile dell'ufficio reclami *«si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei collegi pubblicato su internet»* e *«valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi»*. In via ancor più

generale, le Istruzioni di vigilanza sulla trasparenza, come aggiornate dal provvedimento del 19 marzo 2019, sez. XI, § 3, affermano che «*la funzione di conformità o, in sua assenza, dell'internal audit, riferiscono agli organi aziendali, anche sulla base della relazione predisposta dal responsabile [dell'ufficio reclami] e con periodicità almeno annuale, su: i) la situazione complessiva dei reclami ricevuti, con i relativi esiti; ii) le pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario e dell'autorità giudiziaria che hanno definito in senso favorevole ai clienti questioni oggetto di precedente reclamo, ritenuto infondato*». Non quindi – si ritiene – una correzione in tempo reale delle prassi (se non dei reclami respinti) ritenute contrarie agli orientamenti dell'ABF (o, meglio: alle decisioni dei collegi e dell'autorità giudiziaria), ma sicuramente una riflessione adeguatrice sulle stesse.

L'Arbitro viene così ad assumere, indirettamente e in modo tutt'affatto peculiare (che nulla toglie alla libertà e all'indipendenza dei singoli collegi), il ruolo di individuare le *best practice* che automaticamente diventano una sorta di “raccomandazione di vigilanza”, nel senso di individuare “la” modalità con la quale decidere singole controversie e singole questioni da parte degli intermediari.

Certamente questa “apertura di credito in bianco” significa reputare comunque *best practice* quelle decise dai collegi, e verosimilmente la Banca d'Italia ritiene che nelle decisioni l'ABF non potrà discostarsi dall'apparato regolamentare secondario, dal momento che il “diritto”, alla stregua del quale devono essere valutate le controversie, deve contenere necessariamente anche le norme amministrative di attuazione, ma ognuno può rilevare quanto fragile possa palesarsi in concreto questo ragionamento, non essendo rari i casi di giudici togati che, *ex lege* decidendo secondo diritto, considerano inapplicabile questa o quella regolamentazione di vigilanza.

4. - Questo insieme di considerazioni giustifica qualche spunto di riflessione. La eterogeneità dei fini è fenomeno sempre difficile da gestire con coerenza e l'ABF non fa eccezione. Partito come ADR per rafforzare la tutela dei clienti più deboli, passato come strumento equivalente di mediazione, pervenuto a strumento di vigilanza atipico. È evidente che è difficile tenere in equilibrio un quadro così variegato di funzioni e che sorgono alcune domande.

a) Ci si può chiedere se la ricerca di uniformità delle decisioni – sicuramente un elemento positivo per l'intera procedura – sarebbe così accanita (attraverso la conferenza dei presidenti e il collegio di coordinamento) - ove non dovesse pervenirsi a orientamenti condivisi da

proporre agli intermediari, ove cioè la natura di strumento atipico di vigilanza non prevalessse sulle altre.

b) Analogamente, una maggiore attenzione alla circostanza che la procedura è pur sempre un equivalente (per quanto particolare) della mediazione obbligatoria potrebbe indurre a considerare che vi è sempre l'istanza al giudice lasciata alle parti per avere giustizia là dove si ritenga che non sia stata soddisfacente o completa quella dispensata dall'arbitro. Forse taluni approfondimenti effettuati nelle conferenze dei presidenti dei collegi o presenti in talune ordinanze di rinvio al collegio di coordinamento risentono del fatto che si vuole definire in sede di decisione arbitrale ogni aspetto, anche elementi che non rientrano con certezza nella competenza dell'arbitro, prospettiva che si muove nella visione di un ADR sostitutivo della giustizia togata.

c) La mancanza di vincolatività della decisione per le parti (l'inottemperanza dell'intermediario genera solo sanzioni reputazionali) avvicina lo strumento di ADR a una mediazione che spetta alle parti seguire o meno, ma certamente non attribuisce alle parti medesime le garanzie che assegna loro l'istituto di cui al d.lgs. 28/2010, aprendo una riflessione sulla opportunità/convenienza per l'utente a ricorrere all'ABF.

d) La menzionata carenza di una concorrente giurisprudenza togata rischia di rafforzare l'autoreferenzialità propria di ogni sistema arbitrale. È vero che le decisioni dei collegi sono particolarmente attente a motivare le scelte compiute in relazione alle sentenze esistenti; è vero che, dovendo decidere secondo diritto, del diritto fa parte anche il diritto vivente della giurisprudenza e quindi, almeno in linea di principio, le sentenze della Cassazione e tuttavia la carenza (talora assoluta) di riscontri giurisprudenziali su molti argomenti (più o meno rilevanti), contribuisce a rafforzare la singolare situazione di una decisione non vincolante, assunta secondo una valutazione meramente documentale (qual è il giudizio dell'arbitro), che diviene più stabile di una sentenza della Cassazione. Certamente ci si può limitare a ribadire che l'ABF svolge la funzione, socialmente meritoria e rilevante, di dare giustizia in fattispecie che altrimenti vi sarebbero sottratte, e tuttavia, in prospettiva, il consolidarsi di una situazione del genere nel tempo non può non essere approfondita, per evitare di aumentare esponenzialmente il rischio di autoreferenzialità.

Si è consapevoli che questa situazione è figlia dell'utilizzo dell'ADR come forma sostitutiva e non alternativa della magistratura togata e quindi è difficilmente risolvibile, almeno da parte dell'Arbitro. È vero che nel tempo si sono moltiplicati i riconoscimenti della solidità e razionalità degli orientamenti dei collegi e le citazioni degli stessi nelle poche pronunce di

giudici che hanno toccato singoli temi; e tuttavia non v'è dubbio che specie in talune materie (si pensi, per tutte, alle vicende legate ai servizi di pagamento) l'impossibilità di ascoltare le parti e di utilizzare consulenze pesano sul compito di fare giustizia svolto dall'ABF.

e) Il passaggio degli orientamenti dell'ABF ad orientamenti di vigilanza (in virtù del meccanismo che si è sopra richiamato) sicuramente attribuisce importanza e rilevanza ai collegi, ma deve costantemente stimolarne la miglior performance: rende sempre più decisivo che l'esito della decisione sia una valutazione oggettiva, motivata e chiara della fattispecie e una motivazione ineccepibile. È insomma necessario che l'ABF mantenga per i prossimi decenni l'impostazione che ne ha segnato fino ad oggi il successo, poiché la sua continuata e consolidata efficienza costituirà la miglior risposta ai dubbi e alle perplessità che l'eterogenesi dei fini potrebbe far sorgere.

5. - Infine, alcune sintetiche considerazioni sulla proposta di nuove Disposizioni cui si è sopra accennato. Le proposte sono contenute nel documento pubblicato sul sito nel dicembre 2018, i cui sessanta giorni di consultazione sono abbondantemente scaduti e del quale quindi si attende il provvedimento di emanazione.

Con tale provvedimento si aggiornano sia le Disposizioni sia la pregressa delibera del CICR e le finalità perseguite sono, da un lato, l'adeguamento alla direttiva c.d. "ADR" (la n. 2013/11/UE) e, dall'altro, un rafforzamento organizzativo del sistema, a fronte delle difficoltà operative che si sono in questi ultimi anni registrate per l'incremento dei ricorsi.

È a dir poco prematuro soffermarsi su disposizioni non ancora definitive e, quand'anche lo fossero, prive di ogni applicazione concreta. Alla luce delle considerazioni svolte e per il loro completamento, può essere utile segnalare come quando sia in presenza di una controversia sulla quale esista un consolidato orientamento dei collegi tale da accogliere la domanda, il presidente può scegliere la via consueta della decisione, ma con provvedimento monocratico, ovvero *«proporre alle parti una soluzione conciliativa. Entro i successivi 30 giorni, le parti rendono note alla segreteria tecnica le loro determinazioni. Laddove le parti, a seguito della comunicazione del presidente, pervengano alla conciliazione, ne segue la declaratoria della cessazione della materia del contendere. In caso di mancata conciliazione o in assenza di comunicazione delle parti entro il termine di 30 giorni, la trattazione del ricorso prosegue davanti al collegio per la decisione»*. L'intermediario è incentivato ad aderire alla conciliazione

da uno “sconto” sull’importo di 200 euro da corrispondere come contributo alle spese di procedura.

A parte la curiosità di capire come questa fase si costruirà in concreto – l’adesione avviene in presenza, o anche in via telematica, scambiandosi le parti da remoto l’assenso o il dissenso – sembra di capire trattarsi di una fase endoprocedimentale che può condurre, alternativamente, alla chiusura del procedimento ovvero alla sua prosecuzione secondo il passo tradizionale.

Si è detto che, valutando nel complesso l’ADR costituita dal sistema ABF, se ne individua una fase conciliativa, con il reclamo, e una fase decisoria, con il ricorso. Ora anche quest’ultima potrebbe trasformarsi in una conciliazione, ove vi sia l’accordo dell’intermediario a chiudere in questo modo, accettando una proposta costituita da un orientamento negativo sì per la banca, ma ormai costante per i collegi e risparmiando sulle spese. Sia pure in fattispecie specifiche e particolari, la procedura in esame potrebbe appalesarsi tutta di natura conciliativa, e forse alcune valutazioni nel recente passato emerse per collocare l’ABF nel contesto delle ADR potrebbero essere rivedute. Ovvero, si potrebbe ritenere che la conclusione conciliativa sia solo apparente, trattandosi piuttosto dell’adesione delle parti a una “decisione” pregressa, ovvero a un orientamento decisorio diffuso e pregresso. In quest’ultimo caso, ovviamente, le considerazioni sulla tipologia della procedura ABF rimarrebbero inalterate.

Non resta che attendere (la pubblicazione e) l’applicazione delle nuove disposizioni e verificare attentamente le conseguenze che esse (non solo per il profilo segnalato) genereranno sul funzionamento dei collegi.