

**Osservazioni al documento di consultazione
di Banca d'Italia su**

**“Disposizioni sui sistemi di risoluzione
stragiudiziale delle controversie in materia
di operazioni e servizi bancari e finanziari”**

Settembre 2011

Premessa

L'Associazione Bancaria coglie con favore l'opportunità di partecipare alla pubblica consultazione avviata dalla Banca d'Italia sulle nuove *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, che recepiscono alcune istanze emerse nel corso del primo anno e mezzo di operatività dell'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF) e, opportunamente, tengono conto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010 sulla c.d. mediazione obbligatoria.

Si ringrazia per l'attenzione che la Banca d'Italia vorrà prestare alle osservazioni formulate.

Osservazioni sulle singole disposizioni

1. Sono da accogliere con favore le previsioni relative alla introduzione di una **procedura per correggere gli errori sostanziali** nelle decisioni e l'eliminazione della **notizia dell'inadempimento** sul sito della Banca d'Italia.
2. Positiva, perché minimizza i rischi di ritardi nella trasmissione, è anche la previsione sulla **trasmissione di copia del ricorso** del cliente all'intermediario a cura della Segreteria Tecnica dell'Arbitro.
3. Analogamente, sono apprezzabili gli effetti di celerità che scaturiscono dalla previsione che dispone la **comunicazione anticipata alle parti del dispositivo** della decisione, su decisione del Presidente del Collegio e fermo restando il termine di 30 giorni per rendere nota la motivazione.
4. Parimenti positiva è, in generale, l'introduzione del **Collegio di Coordinamento**, costituito dai Presidenti dei tre collegi territoriali, da un membro designato dalle associazioni degli intermediari e da un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti appartenenti ai singoli collegi, con la funzione di ridurre i rischi di incoerenze negli indirizzi interpretativi adottati dai tre collegi.

Questa previsione, tuttavia, presenta un profilo di incertezza che merita di essere segnalato. Ci si riferisce, in primo luogo, alla natura del potere che la disposizione attribuisce al Collegio, che merita di essere meglio precisata.

Infatti, il tenore della disposizione non consente di comprendere se il Collegio è destinato ad esprimersi attraverso vere e proprie decisioni, con pronunce consultivo-decisorie (pareri vincolanti) o, invece, con pronunce di

mero indirizzo (pareri non vincolanti). La questione merita di essere chiarita al più presto, per scongiurare il concreto rischio di incertezza sia sulle parti direttamente coinvolte nella questione presa in considerazione dal Collegio – in funzione degli interessi in gioco – sia degli stessi Collegi territoriali dell'ABF.

In secondo luogo, e in funzione della natura dei poteri del Collegio di coordinamento, è necessario precisare il funzionamento del meccanismo di avocazione del Collegio di Coordinamento e, specificamente, delle sue ricadute di merito e di procedura sui procedimenti in corso (o addirittura conclusi) che vertano sulla materia oggetto di richiesta di intervento del Collegio di Coordinamento da parte di un altro collegio. In altri termini, si ritiene debbano essere declinati puntualmente gli effetti sui termini per l'assunzione della decisione sul ricorso e sulle comunicazioni alle parti circa la fase di rimessione del "ricorso" al Collegio di Coordinamento, nonché le modalità della sospensione dell'esame della questione (in caso di "ricorso" al Collegio preventivo rispetto alla decisione del caso), oppure di sospensione della efficacia della/e decisione/i assunta/e (in caso di "ricorso" successivo ad una o più decisioni dei Collegi).

Infine, potrebbe prevedersi un potere di impulso del Collegio di Coordinamento anche delle parti, analogamente a quanto previsto dall'art. 376, comma 2, c.p.c. per il ricorso in Cassazione.

*Si suggerisce, dunque, di riformulare la disposizione di cui alla **Sezione III, par. 5** (Collegio di coordinamento) specificando:*

- *la natura delle pronunce del Collegio di Coordinamento;*
- *le modalità per il coordinamento delle attività del Collegio di Coordinamento con quelle (di esame o decisione) del Collegio competente a decidere del caso concreto, anche con riguardo agli eventuali effetti sui termini per l'assunzione della decisione sul ricorso ed alle comunicazioni alle parti circa la fase di rimessione del "ricorso" al Collegio di Coordinamento;*
- *che anche le parti hanno la facoltà di adire il Collegio di Coordinamento.*

5. In considerazione della presenza del nuovo Collegio, si ritiene utile che anche le previsioni sul funzionamento della **Segreteria Tecnica** siano integrate con la descrizione delle funzioni che tale Segreteria è chiamata a svolgere a servizio del Collegio di Coordinamento e delle parti.

*Si suggerisce, pertanto, di integrare le disposizioni della **Sezione IV** (Segreteria Tecnica) disciplinando anche i compiti che essa è chiamata a svolgere verso il Collegio di Coordinamento e verso le parti.*

6. Altra disposizione che merita di essere attentamente riconsiderata è quella che consente al cliente di **rinnovare il reclamo** presentato da più di 12 mesi, così da permettergli di fare ricorso all'ABF.

Come confermato dalla Relazione Illustrativa (pp. 3-4) questa soluzione è tesa a non pregiudicare il diritto di accesso all'ABF dei clienti che, nei primi mesi di vigenza dell'obbligo di preventivo tentativo di conciliazione, non abbiano potuto soddisfare (per la vigenza del suddetto limite di 12 mesi) la condizione di procedibilità tramite ricorso all'ABF. In generale si reputa che, a distanza di circa due anni dall'entrata in vigore dell'ABF, la clientela sia ampiamente informata della possibilità di fare ricorso allo stesso. In subordine è da considerare che, se non circoscritta temporalmente, la disposizione proposta rischia di:

- vanificare del tutto la previsione generale del ricorso ad ABF entro 12 mesi dal reclamo, previsione che va invece riconfermata;
- generare incertezze poiché, di fatto, consentirebbe al cliente/potenziale cliente di riproporre questioni molto risalenti, con la conseguenza di possibili strumentalizzazioni e maggiori oneri (connessi alla gestione dei reclami) a carico degli intermediari;
- duplicare, in termini di *ratio*, la previsione che consente il ricorso all'ABF anche **senza reclamo** preventivo del cliente, se è stato incardinato un giudizio ordinario in assenza della condizione di procedibilità.

*Si chiede, quindi, di eliminare tale disposizione ovvero, in subordine, di circoscrivere temporalmente (es. per un anno dall'entrata in vigore delle nuove Disposizioni e per i reclami presentati da massimo 18 mesi) la facoltà per il cliente di rinnovare il reclamo che sia stato presentato da oltre 12 mesi, contenuta nella **Sezione VI, par. 1**).*

7. Per ciò che concerne il ricorso all'ABF successivo al **fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa**, la possibilità per il cliente di derogare al termine di 12 mesi dal reclamo – letta anche insieme alla eliminazione del termine massimo di sei mesi dal fallimento della procedura conciliativa - non pare condivisibile, posto che il cliente dispone, comunque, della possibilità di ricorrere all'ABF prima e successivamente alla procedura di mediazione (senza dire del caso in cui sia il cliente stesso ad aver avviato la procedura). Si chiede quindi di eliminare la previsione.
- In subordine, ove tale soluzione non fosse ritenuta condivisibile, dovrebbe essere ripristinato un termine massimo entro il quale proporre il ricorso all'ABF: in tal senso, tenuto conto del termine di durata massima del procedimento di conciliazione (fissato normativamente in quattro mesi) si potrebbe indicare un termine massimo di 16 mesi dal reclamo o, in ulteriore subordine, di 12 mesi dall'avvio della procedura conciliativa (come se si considerasse l'avvio della procedura di mediazione come un nuovo reclamo, dal quale far ri-decorrere il termine di 12 mesi).

*Si chiede pertanto che le **Sezioni I, par. 4 e VI, par. 1** non prevedano la possibilità per il cliente che abbia già esperito una procedura di conciliazione di proporre ricorso all'ABF derogando al limite temporale dei 12 mesi dal reclamo. In subordine, si chiede di limitare temporalmente la facoltà per il cliente di adire l'ABF entro un limite di 16 mesi dal reclamo o, in ulteriore subordine, di 12 mesi dall'avvio della procedura di conciliazione nel frattempo fallita.*

8. Le nuove disposizioni prevedono che il ricorso all'ABF sia **improponibile** nel caso in cui esista già un procedimento di mediazione promosso dal cliente, o nel caso in cui questi vi abbia comunque aderito; attualmente, invece, il ricorso presso l'ABF è improponibile anche se la mediazione preesistente è stata promossa dall'intermediario.

La modifica non si condivide, perché sarebbe in grado – se apportata - di vanificare il comportamento dell'intermediario che abbia legittimamente attivato una procedura di mediazione presso un organismo concordato con il cliente in sede contrattuale, ponendolo in una condizione di sostanziale svantaggio rispetto al cliente, con evidenti aggravii di costi/rischi reputazionali e procedurali.

*Si chiede, pertanto, di non includere nella **Sezione I, par. 4** la disposizione che prevede che il ricorso presso l'ABF sia irricevibile qualora sia stato già attivato un tentativo di mediazione, salvo che sia stata il cliente ad iniziarlo o ad aderirvi.*

9. Considerazioni analoghe a quelle appena espresse sostengono la richiesta di non dare corso alla modifica che propone di disporre la **interruzione** del procedimento dinanzi all'ABF nel caso in cui il cliente attivi o aderisca ad un tentativo di mediazione.

*Si chiede di non includere nella **Sezione VI, par. 2** la disposizione che prevede che il ricorso presso l'ABF non possa essere interrotto nel caso in cui venga attivato un tentativo di mediazione, salvo che si tratti di una procedura conciliativa promossa dal cliente o alla quale questi abbia aderito.*

10. Le norme ipotizzate prevedono che il procedimento davanti all'ABF si estingua se nel frattempo sia stato instaurato un **giudizio davanti all'autorità giudiziaria**. Tale estinzione sembra giustificata solo in relazione alla ipotesi citata nella Sezione I, par. 4 (se non è stata preventivamente osservata la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 del d.lgs. 28/2010). Infatti, negli altri casi (si pensi all'avvenuto espletamento di un tentativo di conciliazione davanti ad un organismo riconosciuto ai sensi del citato d.lgs. 28/2010) il procedimento davanti all'ABF non si inserisce come una fase incidentale del giudizio davanti

all'autorità giudiziaria, bensì è destinato a svilupparsi in parallelo all'opera del giudice.

*Si chiede pertanto di circoscrivere l'eliminazione della disposizione che prevede l'estinzione del procedimento davanti all'ABF nel caso in cui sia nel frattempo instaurato un giudizio (**Sezione VI, par. 2**) solo al caso in cui non sia stato esperito un tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010.*

11. Nell'ambito della descrizione del procedimento presso l'ABF, si ritiene possa essere chiarito che non sussiste alcun diritto per il cliente al rimborso delle **spese legali** sostenute, poiché l'assistenza del legale è una mera facoltà del cliente nella partecipazione al procedimento presso l'ABF, che non può ripercuotersi sull'altra parte.

*Si suggerisce quindi di integrare le disposizioni della **Sezione VI** (Procedimento e decisione) chiarendo che il rimborso delle spese legali sostenute dal cliente non è dovuto, atteso il carattere facoltativo dell'assistenza legale nel procedimento presso l'ABF.*

12. Facendo riferimento a quanto si riscontra nella prassi attuale in materia di controdeduzioni dell'intermediario, e al fine di sgombrare il campo da equivoci circa la necessità, per il cliente, di replicare alle stesse, si dovrebbe cogliere l'occasione per sancire il principio secondo cui le **controdeduzioni dell'intermediario** al ricorso del cliente – a quest'ultimo trasmesse – sono l'ultimo atto del fascicolo istruttorio sulla base del quale il Collegio esaminerà la questione.

*Si chiede, dunque, di integrare la **Sezione VI** (Procedimento e decisione) chiarendo che le controdeduzioni dell'intermediario al ricorso del cliente – a quest'ultimo trasmesse dalla Segreteria Tecnica – sono l'ultimo atto del fascicolo istruttorio e non necessitano di replica da parte del cliente.*

L'occasione della consultazione è utile per segnalare una serie di **altre questioni di carattere sistematico/ordinamentale**.

13. In primo luogo, la parte delle Disposizioni generali dedicata alle Fonti normative, nel fare richiamo alle previsioni di cui all'art. 5, comma 1, d. lgs. 28/2010, menziona i contratti "finanziari" ma omette di fare riferimento all'esclusione dall'ambito di competenza del procedimento ex art. 128-bis TUB dei servizi e della attività di investimento, nonché delle altre tematiche escluse dall'ambito di applicazione del TUB dall'art. 23, comma 4, TUF. Tale riferimento, che si trova invece correttamente citato al par. 4 della stessa Sezione (Ambito di applicazione oggettivo), dovrebbe completare la lista delle fonti normative.

*Si suggerisce dunque di integrare la **Sezione I, par. 2** con il riferimento alla competenza della Camera di Conciliazione Consob, o ai limiti di competenza dell'ABF.*

14. Per ciò che attiene all'ambito di applicazione oggettivo delle Disposizioni, l'ABF non può conoscere controversie per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione. Si ritiene che le ragioni di non interferenza con i giudizi pendenti, menzionate espressamente nella Relazione della Banca d'Italia, abbiano valenza generale e quindi sussistano anche con riferimento ai giudizi cautelari.

*Si suggerisce dunque di integrare la **Sezione I, par. 4** con l'esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione dell'ABF anche dei giudizi cautelari.*

15. Anche alla luce dell'esperienza nel frattempo maturata nella gestione dei ricorsi all'ABF, e visto l'elevato tecnicismo delle materie trattate, potrebbe prevedersi la possibilità per le parti di essere sentite dal Collegio in un contraddittorio che consentirebbe all'intermediario – in linea con i principi del procedimento amministrativo (Legge n. 689/1981) - di motivare più ampiamente le sue scelte contrattuali o i suoi comportamenti.
16. Si suggerisce di definire un limite temporale decorso il quale il conflitto di interessi derivante da collaborazioni professionali occasionali con una delle parti non si ritiene più esistente (**Sezione III, par. 4, nt.1**).
17. Ragioni di opportunità potrebbero motivare la previsione (**Sezione VI, par. 3**) della possibilità di ottenere un riesame della decisione al ricorrere di determinati presupposti, analogamente a quanto prevede l'art. 395 c.p.c. per la revocazione della sentenza.