COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) GAMBARO	Presidente
(MI) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SANGIOVANNI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SANTARELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GIRINO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore LUCCHINI GUASTALLA EMANUELE

Nella seduta del 23/01/2014 dopo aver esaminato:

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

FATTO

Il ricorso ha ad oggetto l'inadempimento dell'intermediario all'obbligo derivante da atto di fideiussione, concesso a garanzia dell'esatto adempimento del pagamento dei canoni connessi a un contratto di locazione.
Più precisamente, la ricorrente, in data 08.06.2012, stipulava con una società terza un contratto di locazione commerciale avente ad oggetto un immobile. L'intermediario convenuto in data 30.05.2012 stipulava con la conduttrice un "*atto di fideiussione a prima richiesta (…) con durata dal 30.05.2012 al 30.05.2015 a garanzia delle obbligazioni assunte dalla società contraente nei confronti del beneficiario [società ricorrente] e nello specifico a garanzia del puntuale pagamento dei singoli canoni mensili di locazione dell'immobile*".
Nel corso del settembre 2012 la società conduttrice si rendeva inadempiente al contratto di locazione, "*omettendo il pagamento del canone relativo al periodo 15.09/14.12.12 per € 15.125,00 ed ancora omettendo il pagamento del canone relativo al periodo dal 15.02.2013 al 14.06.2013 per € 20.166,68*".

Con lettera raccomandata inviata in data 10.10.2012, la ricorrente richiedeva l'escussione della garanzia come da termini contrattuali. L'intermediario convenuto, in data 9.11.2012, rispondeva di aver preso in carico la richiesta.
Non essendo pervenuta alcuna ulteriore comunicazione da parte dell'intermediario convenuto, la ricorrente inoltrava via PEC, in data 13.03.2013, formale reclamo, con cui denunciava l'inadempimento del fideiussore, intimava l'immediato adempimento e richiedeva chiarimenti in merito al mancato riscontro.
In data 9.03.2013 la società conduttrice comunicava alla ricorrente il recesso dal contratto di locazione e, in data 14.06.2013, restituiva l'immobile locato, presentando una posizione debitoria per canoni insoluti pari a € 35.291,68.
La ricorrente reiterava, quindi, reclamo all'intermediario in data 24.06.2013, chiedendo "*l'immediato adempimento degli obblighi (…) in forza dell'atto di fideiussione in oggetto, a seguito del mancato pagamento di canoni dovuti dalla società conduttrice per complessivi € 35.291,68, oltre interessi dalla data dell'escussione della fideiussione al saldo effettivo"*.
L'intermediario non riscontrava tale reclamo, il quale veniva restituito alla ricorrente per compiuta giacenza.
Con ricorso presentato il 2.09.2013 la ricorrente ha reiterato la richiesta di rimborso, già inoltrata in sede di reclamo, chiedendo che l'ABF "*condanni [l'intermediario convenuto] ad adempiere agli obblighi assunti con l'atto di fideiussione (…)"* e a pagare "*la somma capitale di € 35.291,38 dovuta dalla società garantita, oltre interessi e le spese del presente procedimento*".
Nonostante sollecito da parte della Segreteria Tecnica con e-mail del 20.12.2013, non risultano pervenute le controdeduzioni dell'intermediario resistente.

DIRITTO

Questo Collegio deve anzitutto censurare la totale mancanza di cooperazione dell'intermediario resistente.
E' noto, infatti, che le "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (provvedimento del 12.12.2011)", espressamente prevedono (Sez. VI, § 1) che "*Qualora il ritardo o l'assenza della documentazione dovuta dall'intermediario - anche a seguito di eventuali richieste di integrazione da parte della segreteria tecnica - rendano impossibile una pronuncia sul merito della controversia, l'organo decidente valuta la condotta dell'intermediario sotto il profilo della mancata cooperazione di quest'ultimo allo svolgimento della procedura, anche ai fini di quanto previsto dal paragrafo 4*", il quale ultimo sancisce che possa essere resa "*… pubblica, altresì, la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario. Tra i casi di mancata cooperazione rientrano, ad esempio, l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia, o il mancato versamento dei contributi previsti dalla sezione V, paragrafo 1*".
Ora, come già si è avuto modo di sottolineare in altre occasioni (cfr., ad esempio, la Decisione n. 960/11), il contegno tenuto dalla parte resistente esprime senza dubbio un comportamento altamente contrario ai principi e ai fini dell'Arbitro Bancario Finanziario (il cui primario scopo è di contribuire a dirimere le controversie attraverso la costruzione, o la "ricostruzione", di un compiuto e trasparente dialogo fra clientela e intermediari), oltre che irrispettoso della stessa funzione del Collegio.

Per quanto la mancata costituzione nel procedimento non si riveli – per quanto si dirà nel prosieguo della motivazione – tale da rendere impossibile una decisione nel merito, nondimeno il principio di cooperazione pare costituire un precetto e un valore autonomo in seno al procedimento, la cui violazione – a prescindere dalle specifiche implicazioni che la stessa possa avere sull'esito del procedimento – costituisce un grave *vulnus* alla efficienza e alla credibilità della procedura.
Ciò chiarito deve anche preliminarmente essere rilevato che l'intermediario convenuto non rientra tra gli intermediari aderenti al sistema ABF, ma ciò – come anche in altre occasioni è stato rilevato (cfr., ad esempio, la decisione n. 4471/13) – non costituisce affatto ragione ostativa all'esame nel merito della controversia portata all'attenzione di questo Collegio. Infatti, secondo quanto indicato nelle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" (testo vigente, Sezione II, nota 1), "La mancata adesione all'ABF comporta anche l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 144, comma 4, del T.U. La mancata adesione dell'intermediario comunque non comporta l'irricevibilità dei ricorsi presentati nei suoi confronti".
Svolte le necessarie premesse di cui sopra e prima di esaminare nel merito la controversia sembra, tuttavia, opportuno riportare alcuni aspetti essenziali ai fini della decisione.
L'intermediario convenuto risulta iscritto all'elenco dei Confidi *ex* art. 155, comma 4°, T.U.B.
Come indicato dalla Banca d'Italia nei "Chiarimenti in materia di rilascio di garanzie" del 7.10.2011, di cui si riporta uno stralcio, è previsto quanto segue:

CONSORZI DI GARANZIA COLLETTIVA FIDI (CONFIDI)

Favoriscono l'accesso al credito delle piccole e medie imprese (PMI) associate (industriali, commerciali, turistiche e di servizi, artigiane e agricole), raccogliendo fondi tra le stesse e utilizzandoli per rilasciare garanzie (c.d. "collettive") a copertura di finanziamenti erogati, in particolare dalle banche, ai singoli associati.

Si distinguono tre tipologie di confidi:
a) le banche di garanzia collettiva fidi,
b) i confidi iscritti nell'elenco speciale ex art. 107 TUB,
c) i confidi iscritti nella sezione dell'elenco generale ai sensi dell'art. 155, comma 4, del T.U. bancario.

Mentre i soggetti di cui alle lettere a) e b) possono prestare ogni forma di garanzia finanziaria [3], in quanto soggetti sottoposti a vigilanza di sana e prudente gestione, i confidi iscritti ai sensi dell'art. 155, comma 4, del TUB nell'apposita sezione dell'elenco generale, possono svolgere esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi che consiste nella "prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie" volta a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese associate al credito di banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario (art. 13, comma 1, del D.L. n. 269/2003 convertito nella L. n. 326/2003) nonché attività connesse e strumentali. **A tali operatori è pertanto vietato l'esercizio di prestazioni di garanzie diverse da quelle indicate e, in particolare, nei confronti del pubblico,** nonché l'esercizio delle altre attività riservate agli intermediari finanziari.

Con riferimento al tipo di garanzia prestata, dall'atto di fideiussione presente agli atti, si evince quanto segue:

(In seguito denominata Società) con sede Legale ed Amministrativa in : Via Melchiorre Gioia 55c , 20125 MILANO – In possesso dei requisiti di cui al Decreto Legislativo 1/9/93 n. 385 Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – Autorizzato all'esercizio dell'attività fidejussoria con Decreto Legislativo n.462 del 18 Dicembre 1997 art.3 bis – Iscritto al n. Elenco Intermediari Finanziari ex Art 155 (sez. ex art.106) Comma 4 tenuto dalla Banca d'Italia - , con la presente garanzia si costituisce fideiussore del Contraente il quale accetta per sé e per i propri successori ed aventi causa, dichiarandosi con questi solidamente tenuto per le obbligazioni derivanti dal presente contratto . avente ad Oggetto:

Atto fideiussorio a garanzia delle obbligazioni contrattuali prese dal Contraente nei confronti del Beneficiario con la sottoscrizione del contratto di locazione e nello specifico a garanzia del puntuale pagamento dei singoli canoni mensili di locazione dell'immobile sito in Saronno viale Lombardia n°31.

Dalla documentazione in atti, l'importo massimo garantito dall'intermediario convenuto risulta essere pari a 50.000,00 euro "*nello specifico a garanzia del puntuale pagamento dei singoli canoni mensili di locazione dell'immobile*". Sempre dalla documentazione agli atti risulta che la ricorrente, in data 10.10.12, comunicava all'intermediario convenuto, a mezzo raccomandata l'inadempienza della società conduttrice, non avendo quest'ultima pagato la "*fattura 226 del 15.09.12 di euro 12.500 + iva*". L'intermediario convenuto, in data 9.11.2012 rispondeva affermando di aver aperto la relativa pratica.
A tale risposta non seguivano ulteriori comunicazioni da parte dell'intermediario convenuto e, pertanto, la ricorrente inviava sollecito in data 13.03.2013, non riscontrato.
Nel ricorso la ricorrente afferma inoltre che la società conduttrice ometteva anche *"il pagamento del canone relativo al periodo dal 15.02.2013 al 14.06.2013 per € 20.166,68*".
La ricorrente, tramite rappresentante volontario, presentava quindi reclamo in data 24.06.2013, nel quale chiedeva "*l'immediato adempimento degli obblighi cui [l'intermediario convenuto] è tenuto in forza dell'atto di fideiussione in oggetto, a seguito del mancato pagamento di canoni dovuti dalla società conduttrice per complessivi euro 35.291,68, oltre interessi dalla data dell'escussione della fideiussione al saldo effettivo"*.
A tale reclamo non seguiva risposta da parte dell'intermediario convenuto e il reclamo stesso veniva riconsegnato alla ricorrente per compiuta giacenza.
Ciò chiarito in fatto e venendo all'esame del presente procedimento, non può non rilevarsi che, secondo quanto prevede il sopracitato art. 155, comma 4°, TUB, ai confidi iscritti nella sezione in questione è totalmente precluso lo svolgimento delle attività consentite agli altri intermediari finanziari iscritti nell'elenco ex art. 106 TUB, anche alla luce della lettura della Banca d'Italia (Nota del 7 ottobre 2011), con la quale si è chiarito che tali confidi "possono svolgere esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi che consiste nella "prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie" volta a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese associate al credito di banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario (art. 13, comma 1, del D.L. n. 269/2003 convertito nella L. n. 326/2003), nonché attività connesse e strumentali. A tali operatori è pertanto vietato l'esercizio di prestazioni di garanzie diverse da quelle indicate e, in particolare, nei confronti del pubblico, nonché l'esercizio delle altre attività riservate agli intermediari finanziari".
Da quanto appena rilevato ne consegue pianamente che il rilascio di garanzie di tipo diverso da quella collettiva, integra una fattispecie di operatività non autorizzata, astrattamente riconducibile al reato di abusivismo di cui all'art. 132 TUB.
Ora, ai fini della decisione del presente procedimento – e volendo prescindere dal noto dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito alla non automatica correlazione, in assenza di una previsione espressa, fra la condotta penalmente rilevante consistente nella stipulazione di un contratto soggettivamente vietato (ad uno o ad entrambi i contraenti) e la nullità civilistica del contratto ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. – questo Collegio ritiene che, nel caso di specie, si debba ragionevolmente concludere nel senso della nullità in sé del contratto (cfr., in termini analoghi, Cassazione civile, 7 marzo 2001, n. 3272 che ebbe a ritenere nullo il contratto di swap stipulato da una società di intermediazione mobiliare non iscritta all'albo).

Da quanto appena illustrato consegue l'infondatezza delle istanze avanzate dal ricorrente.

P.Q.M.

Il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO