

## IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- |                                       |  |
|---------------------------------------|--|
| - Prof. Antonio Gambaro               | Presidente (Relatore)                      |
| - Prof. Antonella Sciarrone Alibrandi | Membro designato dalla Banca d'Italia      |
| - Prof. Emanuele Lucchini Guastalla   | Membro designato dalla Banca d'Italia      |
| - Dr. Mario Blandini                  | Membro designato dal Conciliatore Bancario |
| - Dr. Anna Bartolini                  | Membro designato dal C.N.C.U.              |

nella seduta del 12 gennaio 2010 dopo aver esaminato

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

### FATTO

I ricorrenti espongono che uno di essi è stato contattato in data 20 gennaio 2009 da una società di mediazione, che gli ha comunicato la disponibilità della banca ad una trattativa per l'eventuale surroga di un mutuo a determinate condizioni. Il successivo 20 febbraio il gestore della pratica ha comunicato il parere positivo sull'"esito di prefattibilità", anche se "quest'ultimo non vincolante ai fini dell'esito definitivo della pratica".

Il 6 aprile 2009, i ricorrenti – in considerazione delle mancate comunicazioni della banca sull'esito della pratica, nonostante le varie mail scambiate (accluse al ricorso) tra il mese di febbraio e marzo con il gestore della pratica per la definizione della stessa - hanno interessato l'Ombudsman per contestare il comportamento della banca che "si sarebbe presa carico di preparare la stipula dopo circa 40 giorni" dalla presentazione.

Il successivo 15 aprile 2009, la banca ha inviato una lettera ai ricorrenti per comunicare di avere assunto la "relativa delibera" e li ha invitati a contattare la filiale/gestore competente per "la comunicazione relativa all'esito".

Il 19 agosto 2009 l'intermediario ha inviato un'ulteriore lettera ai ricorrenti per rappresentare l'impossibilità di "esaminare la fattibilità dell'operazione di surroga in assenza di documentazione completa", precisando che nella "documentazione presentata mancava la lettera del datore di lavoro ... attestante la sussistenza e la tipologia del rapporto di lavoro in essere con lo stesso".

In risposta i ricorrenti, il 27 agosto 2009, hanno così replicato: "come dall'elenco dei documenti occorrenti ..., non è stato mai chiesto in nessun modo ... il documento da voi citato" e la banca con nota del 2 settembre 2009 ha ribadito di non avere "nulla da aggiungere a quanto già scritto".

Il 22 settembre 2009 i ricorrenti hanno adito di nuovo sulla questione l'Ombudsman, che nella riunione del 28 ottobre 2009 (all. 7 delle controdeduzioni presentate della banca) si è



pronunciato con il rigetto del ricorso in considerazione della circostanza che ...“qualunque tipo di concessione di credito è subordinato ad un’istruttoria volta ad accertare ... la capacità di rimborso del ricorrente...” e che dal “cedolino dello stipendio allegato dal ricorrente era impossibile accertare la tipologia di lavoro prestato e la relativa durata. Atteso che tali elementi sono fondamentali per l’esame del merito creditizio, ... il Collegio ritiene legittima la richiesta di tale ulteriore documentazione, inizialmente non prevista, anche successivamente al parere positivo di prefattibilità”.

Nel ricorso presentato all’ABF i ricorrenti in veste di cointestari del contratto di mutuo oggetto di surruga hanno riepilogato i vari passaggi che si sono susseguiti, nei termini di cui sopra, e a supporto della contestazione hanno allegato la corrispondenza intercorsa per la definizione dell’operazione richiesta. In considerazione del lasso di tempo trascorso e della mancata conclusione dell’operazione, i ricorrenti contestano il comportamento omissivo tenuto dall’intermediario e richiedono il risarcimento del danno subito, senza esprimere una quantificazione dello stesso in termini economici e patrimoniali, ma richiamando la perdita della possibilità, “pendenti le trattative con la banca”, di chiedere ad altri intermediari la disponibilità alla surroga.

L’intermediario ha preliminarmente eccepito il difetto di competenza per materia dell’ABF, in quanto la vertenza non atterrebbe ad un “rapporto contrattuale, che non risulta essere mai intervenuto tra la banca e i ricorrenti”, viste le disposizioni che individuano “cliente” legittimato ad agire come “il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale”.

Non volendo sottrarsi alle considerazioni sul merito del ricorso, l’intermediario ha fornito comunque le proprie osservazioni sulla questione, riassumendo le modalità di svolgimento della trattativa e ponendo a supporto sostanzialmente la medesima documentazione già sopra menzionata (cfr. fase del reclamo).

Quanto alla mancata surroga, la banca ha fatto riferimento al procedimento presentato all’Ombudsman, per richiamare la contestazione dei ricorrenti sulla mancata previsione del documento attestante la tipologia del rapporto di lavoro, tra quelli richiesti, ed il superamento della stessa contestazione da parte del ripetuto Ombudsman, il quale sulla base dei chiarimenti forniti dalla banca ha rigettato il ricorso.

Tra la documentazione prodotta dalla banca nel suddetto procedimento, infatti, risultano allegate la convenzione sottoscritta con un intermediario creditizio ed i suoi agenti, che prevede, tra l’altro, l’esibizione del citato documento e la tesi del resistente per la quale “la banca è nel pieno diritto di richiedere al cliente detta attestazione anche se, contravvenendo agli obblighi della convenzione, il mediatore non l’ha chiesta”.

La banca ha quindi precisato quale è “il significato e la valenza giuridica” da riconoscere alla “dichiarazione di prefattibilità”, finalizzata ad informare il richiedente sulla possibilità o meno della prosecuzione dell’istruttoria, senza rappresentare “un impegno precontrattuale”, considerato che possono “ancora emergere elementi negativi ai fini della valutazione finale dell’operazione”.

La banca ha ritenuto, infine, di “contraddire quanto affermato nel ricorso circa una presunta comunicazione di esito positivo della pratica”, affermando in particolare che con lettera del 15/4/2009, gestita in automatico dalla procedura fidi, non intendeva fornire “nessuna risposta positiva ma un invito a contattare la Filiale per conoscere l’esito della richiesta”.

## DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover esaminare preliminarmente l'eccezione sollevata dalla resistente circa il difetto di competenza dell'ABF sulla materia sottesa al ricorso.

Deduce la resistente che la disciplina istitutiva dell'ABF prevede unicamente controversie attinenti a rapporti contrattuali, mentre, con ogni evidenza, il ricorso verte su fatti attinenti la fase precontrattuale. Pertanto, a detta della resistente, la controversia sottesa al ricorso esulerebbe dalla competenza del Collegio.

L'eccezione pregiudiziale si fonda sulla lettera della Deliberazione CICR 28 luglio 2008 emanata in attuazione dell'art. 128-bis TUB, la quale all'art. 1 (definizioni), lettera a) definisce il "cliente" come il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari.

Pur non sottovalutando il dato letterale occorre verificare se l'esclusione della fase precontrattuale corrisponda all'intenzione del legislatore ed alla *ratio* complessiva del sistema dell'ABF. Verifica tanto più necessaria in quanto il dato letterale sopra riferito è tratto da una norma di attuazione di una disposizione primaria la quale, sempre nel suo tenore letterale, indica come ambito di operatività del costituendo ABF la "risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela". Sarebbe quindi che la menzione dei rapporti contrattuali espressa nell'art. 1, lettera a) della citata disposizione CICR sia più funzionale ad una definizione descrittiva del significato del termine cliente, che non ad una delimitazione dell'ambito di operatività dell'ABF, tanto più che il riferimento ai rapporti contrattuali non è più ripetuto nella disciplina di ulteriore attuazione dell'art. 128-bis TUB.

In realtà, ai fini del fondamento dell'eccezione della resistente, l'insufficienza del dato letterale discende dal suo necessario completamento mediante il corollario tratto dal brocardo: *inclusio unius exclusio alterius*, ovvero dal fatto che la menzione del rapporto contrattuale nella definizione di cliente significhi anche che chiunque non abbia formalizzato un contratto con un intermediario è escluso dall'ambito di applicazione della disciplina relativa all'ABF ancorché abbia intrattenuto con un intermediario un contatto economico sociale, oppure un rapporto di fatto, o anche un rapporto contrattuale affetto da nullità. In sintesi infatti la tesi della resistente sottintende il postulato per cui solo colui che abbia avuto, o abbia in corso, un valido ed efficace rapporto contrattuale con un intermediario abbia anche accesso alle tutele offerte dal sistema ABF; inoltre la stessa tesi sottintende il postulato per cui la fase precontrattuale è retta da regole diverse rispetto a quelle che reggono la fase contrattuale, tant'è che la relativa responsabilità militerebbe nella categoria della responsabilità extra contrattuale.

Per pervenire a simili esiti si rende tuttavia necessaria una indagine ermeneutica tesa alla chiarificazione delle ragioni che hanno indotto il legislatore - in senso ampio - ad istituire l'ABF.

Al riguardo non è possibile dubitare che il legislatore primario nel prevedere il sistema, poi divenuto ABF, ha inteso fornire uno strumento di tutela rapido e poco costoso alla clientela bancaria intesa in senso socio economico, ovvero in riferimento alla tutela delle relazioni di mercato e non già in riferimento a situazioni giuridicamente formalizzate. Il lessico dell'art. 128 bis TUB è infatti probante in proposito. Vi è anche da osservare come esso si inquadri perfettamente, sia pure sul lato del sistema rimediabile, in un quadro complessivo che vede gli interventi legislativi tesi a tutelare i mercati mobiliari, la correttezza e trasparenza nella operatività e soprattutto a tutelare le parti più deboli e si esprime imponendo imperativamente agli intermediari canoni comportamentali individuati normativamente oltre che mediante rinvio al precetto generale di buona fede.

E' quindi da rilevare come sia le evocate norme, sia il precetto di buona fede ineriscano tanto alla fase, civilisticamente precontrattuale, quanto alla fase di esecuzione del



contratto concluso. Militano nel primo contesto le imposizioni relative alla preposizione di soggetti professionalmente qualificati allo svolgimento di attività sia apicali che gestionali nel settore finanziario, senza distinguere tra coloro che possano gestire la fase dei contatti precontrattuali con la clientela, e coloro che possono gestire la fase della esecuzione del contratto (Titolo V, artt. 106-114 TUB); quelle relative alla trasparenza delle condizioni contrattuali (Titolo VI, artt. 115-120, TUB) le quali parimenti accomunano la fase della informativa precontrattuale (art. 116) alla fase successiva (art. 118); militano nel secondo contesto le numerose e consolidate pronunzie giurisprudenziali ove si è precisato che gli obblighi di comportamento implicati nelle varie disposizioni speciali, tutti in qualche modo finalizzati al rispetto della clausola generale consistente nel dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, si collocano in parte nella fase che precede la stipulazione del contratto ed in altra parte nella fase esecutiva di esso. Così, si è specificato che i doveri di informazione di cui al citato art. 116 TUB attengono evidentemente alla fase prenegoziale, ma è chiaro che doveri d'informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto.

In realtà, la normativa in vigore, essendo tesa alla tutela ed anche alla moralizzazione del mercato, ha come punto di riferimento le condotte di chi sta sul mercato, ed in tale contesto è del tutto irrilevante la scansione tra chi sta sul mercato nel senso che vi offre, in varie guise e forme giuridiche, i propri prodotti o servizi e chi sta sul mercato per trasferire beni o erogare servizi, perché si tratta di fasi contigue e continue della medesima posizione.

Perciò il Collegio ritiene di non poter accogliere l'eccezione pregiudiziale sollevata dalla resistente la quale muove dalla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale - categoria nella quale militerebbe anche, secondo l'opinione maggioritaria, anche la responsabilità precontrattuale - per dedurre che la fase prenegoziale e quella di esecuzione del contratto sarebbero due fasi nettamente distinte e che pertanto il riferimento, contenuto nella citata definizione di cliente, alla conclusione di un vincolo contrattuale esenterebbe dalla competenza dell'ABF tutte le controversie tra intermediari e clientela che attengono alla prima fase, posto che l'iter logico in tal modo seguito è del tutto estraneo al *thema decidendum*.

Passando al merito delle controversie si deve ricordare come tra la documentazione prodotta dalla banca risulta la convenzione sottoscritta con un intermediario creditizio ed i suoi agenti, che prevede, tra l'altro, l'esibizione del citato documento attestante la tipologia del rapporto di lavoro. Al di là del dato formale è da riconoscere la ragionevolezza della richiesta esibizione, posto che in tal modo la banca è posta in condizione di valutare la probabilità di flussi di reddito futuri del mutuatario.

Viceversa non appare improntata a canoni di leale cooperazione la condotta di chi rifiuti l'esibizione del documento ragionevolmente richiesto adducendo che non gli era stato chiesto prima. Ammesso e non concesso che sia così, tuttavia dalla mancata informazione di un onere a carico del richiedente un mutuo non può discendere alcuna preclusione alla richiesta successiva e soprattutto non può discendere il venir meno degli obblighi di lealtà che sono reciproci e che investono quindi anche il consumatore, imponendogli di non rifiutare l'esibizione di un documento ragionevolmente richiesto.

E' da osservare peraltro come la condotta dei clienti, in sé assomigliante ad una mera "impuntatura", potrebbe essere stata indotta dallo stile comunicazionale adottato dall'intermediario.

La banca ha infatti comunicato al cliente che la pratica era stata definita e che era invitato a contattare lo sportello per conoscerne l'esito. E' vero che ad un esame attento la comunicazione in parola permette di intendere che l'esito della pratica era concluso e che



esso poteva essere sia favorevole, nel senso di accoglimento della richiesta, sia in senso sfavorevole nel senso di rigetto della stessa, come in effetti è avvenuto. Tuttavia una decodifica immediata e non del tutto irragionevole del messaggio è che la pratica è stata definita positivamente e che la necessità di contattare lo sportello deriva dalla conseguente necessità di procedere agli adempimenti contrattuali necessari alla surroga del mutuo.

Non è infatti del tutto ragionevole chiedere all'interessato di perdere tempo per recarsi allo sportello solo per apprendere che la sua istanza non è stata accolta e che pertanto non vi sono adempimenti ulteriori da porre in essere. In caso di esito negativo della istruttoria condotta dalla banca, esito che in sé è perfettamente legittimo, è preferibile che esso sia comunicato direttamente al cliente istante, senza necessità di ulteriori perdite di tempo, causando nel contempo un innecessario periodo di incertezza.

Le disposizioni vigenti (art. 6, comma 5° delibera CICR 29 luglio 2008) consentono all'ABF di indicare all'intermediario modalità atte a migliorare le proprie relazioni con la clientela. Il collegio intende fare uso di tale possibilità e quindi indica alla resistente la necessità di adeguare le modalità delle proprie comunicazioni alla clientela nel senso che in caso di esito negativo della istruttoria di prefattibilità della concessione di un mutuo, tale esito negativo sia comunicato chiaramente all'istante senza necessità di ulteriori contatti con gli sportelli per conoscere il responso.

**P. Q. M.**

**Il Collegio, accertata la propria competenza, dichiara di non accogliere il ricorso pur suggerendo all'intermediario le modifiche alle prassi operative utilizzate chiarite in motivazione.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
ANTONIO GAMBARO