

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) GAMBARO	Presidente
(MI) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) ORLANDI	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 (MI) GIRINO

Nella seduta del 29/10/2013 dopo aver esaminato:

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

FATTO

L'odierno litigio è analogo ad altra vertenza instaurata avanti all'Arbitro dalla medesima ricorrente su pressoché identici snodi procedurali.

In data 2 marzo 2012, la società ricorrente stipulava con il confidi resistente una polizza fideiussoria a garanzia di obbligazioni assunte nei confronti di una Provincia, con decorrenza 24 novembre 2011 e scadenza 1 agosto 2018, corrispondendo alla sottoscrizione l'intero premio pari ad Euro 33.900,00.

Il 1° marzo 2013 la ricorrente richiedeva al resistente la restituzione di tale premio in quanto l'ente territoriale, sostenendo il mancato annovero del soggetto pubblico quale beneficiario della garanzia del resistente come da comunicazione di Banca d'Italia allegata al ricorso, non aveva accettato la garanzia del medesimo.

Il successivo 11 aprile la ricorrente tramite legale evidenziava come il premio pagato, alla luce delle descritte irregolarità, assumesse la caratteristica dell'indebito non tuttavia per l'intero importo, ma per la quota di garanzia non fruita, corrispondente a 61 mesi dei 76 previsti dal contratto e pari ad Euro 27.120,00. Di tale somma la ricorrente domandava la pronta restituzione.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Non avendo ricevuto riscontro alcuno alla propria istanza, la ricorrente presentava ricorso il 18 giugno 2013 nel quale chiedeva al Collegio la condanna del resistente al pagamento di Euro 27.120,00 ovvero “*la diversa somma maggiore o minore ritenuta di Giustizia*” oltre interessi e rivalutazione maturati dalla data del dovuto e “*spese, diritti ed onorari della presente procedura e successive occorrente*”.

Nonostante il sollecito inoltrato dalla ST in data 20 settembre 2013, il resistente non ha depositato le controdeduzioni.

DIRITTO

I fatti oggetto di lite possono dirsi pacifici e incontrovertiti, oltre che debitamente confortati dalle risultanze di indagine svolte dalla Segreteria Tecnica negli archivi della Banca d'Italia.

Può dirsi pertanto acclarato tanto il rilascio da parte del confidi resistente, quanto il successivo rifiuto da parte della provincia beneficiaria della fideiussione (o “polizza” fideiussoria). Parimenti, possono ritenersi acclamate altresì le seguenti circostanze: l'iscrizione del resistente nella sezione apposita dell'elenco ex art. 106 TUB, prevista dall'art. 155, comma 4° TUB (articolo quest'ultimo abrogato dall'art. 8 comma, 12° del d. lgs. 141/2010 ma rimasto in vigore all'epoca dei fatti, data la non ancora perfezionata attuazione della normativa primaria, per effetto della disposizione transitoria di cui all'art. 10 comma 8 dello stesso d.lgs.); l'intervenuto integrale pagamento del complessivo premio di polizza pari a Euro 33.900,00.

Tali fatti, per vero, non sono stati né negati, né confermati dall'intermediario resistente, il quale, pur debitamente notiziato del procedimento e delle scadenze dei termini difensivi anche dalla Segreteria tecnica (come da mail in atti del 20.9.2013), ha ritenuto di non prendere parte al procedimento e di non depositare le controdeduzioni.

Nel rammentare all'intermediario che, per un verso, la mancata risposta al reclamo costituisce di per sé una violazione del preciso obbligo posto in tal senso dalla Sez. IX, § 3 delle vigenti disposizioni in materia trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, mentre, per altro verso, la mancata partecipazione al provvedimento integra violazione del dovere di cooperazione sancito dalla Sez. VI, § 1 delle *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* (in breve “Reg. ABF”), va osservato che il comportamento dell'intermediario che deliberatamente ritenga di non prendere parte al procedimento provoca, nel caso di specie, conseguenze sul piano probatorio.

Ritiene infatti il Collegio, che l'assenza di contraddittorio per cui ha deliberatamente optato il resistente possa costituire elemento sufficiente a far ritenere provati i fatti addebitati, i quali peraltro trovano precisa conferma nelle evidenze documentali prodotte. Prescindendo dalla nascente giurisprudenza di merito che ritiene la non contestazione dei fatti costitutivi della domanda, quale comportamento del convenuto idoneo a farli considerare accertati, configurabile anche in caso di contumacia del convenuto stesso (così Trib. Vercelli, 31-03-2006, in *Nuova giur. civ.*, 2007), non può invece trascurarsi che l'impianto procedimentale dell'Arbitro Bancario Finanziario non si limita affatto a consegnare alla parte resistente la facoltà di contraddire, bensì imprime a siffatto diritto al contraddittorio altresì natura di specifico obbligo di cooperazione, la cui violazione, ove tale da impedire la risoluzione del ricorso, sconta addirittura la possibilità di assoggettamento della parte non collaborativa alla sanzione estrema della pubblicità del comportamento. Ne consegue, ad avviso del Collegio, che la scelta contumaciale del confidi integra il mancato assolvimento di un onere di cooperazione che, in termini



processuali, si traduce nell'implicito, ma inequivoco, riconoscimento del fatto dedotto dalla ricorrente.

Nel merito, gli ulteriori accertamenti in fatto svolti dalla Segreteria tecnica istillano nel Collegio ogni più inquietante dubbio circa la validità in sé della fideiussione per cui è lite, vuoi alla luce del cit. art. 155, comma 4° TUB, il quale preclude ai confidi iscritti nella succitata sezione lo svolgimento delle attività consentite agli altri intermediari finanziari iscritti nell'elenco ex art. 106 TUB, vuoi alla luce della coerente lettura datane dalla Banca d'Italia con Nota del 7 ottobre 2011, con cui la Vigilanza ha precisamente chiarito che i predetti 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”*. Ne consegue che il rilascio di garanzie di tipo diverso da quella collettiva, come tali ricadenti nel novero delle prestazioni vietate ai confidi ex art. 155 comma 4° TUB, integra una fattispecie di operatività non autorizzata astrattamente riconducibile al reato di abusivismo di cui all'art. 132 TUB.

Ora, per quanto qui rileva, pur essendo noto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la non automatica correlazione, in assenza di una previsione espressa, fra la condotta penalmente rilevante consistente nella stipulazione di un contratto soggettivamente vietato (all'uno o a entrambi i contraenti) e la nullità civilistica del negozio ex art. 1418 cod. civ., il Collegio nutre il fondato convincimento che nella specie debba ragionevolmente propendersi 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). Tuttavia, siffatta lettura sembra porsi in diretto contrasto con la diversa prospettazione formulata dalla parte ricorrente.

Come superiormente chiarito nell'esposizione in fatto, la ricorrente, nel domandare la restituzione di solo una parte (27.120 Euro) del corrispettivo (33.900 Euro) versato al resistente a fronte del rilascio della fideiussione e riportando tale minor richiesta in proporzione *ratione temporis* al ridotto periodo in cui la garanzia ha esplicato la sua efficacia, ha dimostrato di ritenere il negozio per ciò solo valido. Dal canto suo, il resistente, per quanto poc'anzi chiarito, non ha contestato, dunque ha ammesso, le circostanze dedotte le quali del resto constano dalle inequivoche evidenze documentali (nella specie dal testo della fideiussione, dal successivo respingimento della stessa a seguito del chiarimento scritto della Banca d'Italia e dalla poc'anzi citata limitazione della pretesa della ricorrente), In un siffatto scenario, il rilevamento d'ufficio della nullità del negozio, nell'urtare contro la diversa configurazione assunta in concreto dal procedimento, rischierebbe di condurre ad una pronuncia di ultrapetizione. Rischio questo scongiurabile soltanto attraverso la riattivazione del contraddittorio (operabile in un giudizio ordinario attraverso la rimessione in istruttoria): strumento tuttavia non ammesso dalle norme procedurali che regolano l'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario.

Né può assumere alcun rilievo la formula *«somma maggiore o minore ritenuta di giustizia»* che accompagna le conclusioni con cui la ricorrente ha richiesto il pagamento dell'importo, la quale non può essere considerata, di per sé, come una clausola meramente di stile solo quando vi sia una ragionevole incertezza sull'ammontare del danno effettivamente da liquidarsi (cfr. in tal senso Cass. civ., 16 marzo 2010, n. 6350), mentre, ove l'ammontare dell'importo preteso risulti certo, come accade nella specie, dove la minor somma rispetto a quanto teoricamente spettante si accompagna al preciso riconoscimento del credito



dell'intermediario (*“pertanto il credito effettivamente maturato dalla [nome intermediario: n.d.r.] per la garanzia prestata in proporzione risulta essere pari a soli [somma complessiva pagata meno quella proporzionalmente riferita al periodo di validità del titolo negoziale: n.d.r.]”*), l'omessa indicazione del maggiore importo astrattamente spettante evidenzia la natura meramente di stile della formula utilizzata.

Ne consegue che il Collegio deve, nelle circostanze, attenersi alle domande e difese delle parti dalle quali emerge con estrema chiarezza la sopraindicata asserzione tanto della validità in sé dell'accordo quanto della sua sopravvenuta inefficacia per mancata accettazione del beneficiario.

Tanto chiarito, la domanda restitutoria della ricorrente deve trovare accoglimento in ragione del fatto, certo e indubitabile, che la fideiussione, nella pur (in astratto discutibile) ridotta qualificazione della parte ricorrente, si è (si sarebbe) rivelata efficace solo per 15 dei 76 mesi per i quali era stata contratta, ossia dalla data del suo rilascio sino a quello della restituzione da parte della provincia beneficiaria. Con che, nei limiti in cui la ricorrente l'ha formulata (euro 27.120), la domanda deve interamente accogliersi con riconoscimento degli interessi dalla data della domanda.

Non può invece accogliersi la domanda tesa al ristoro delle spese legali sostenute. Sul punto il Collegio di Coordinamento ha già avuto modo di chiarire (Decisione N. 3498 del 26 ottobre 2012) che le “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari” (in breve “Reg. ABF”) non contemplano alcuna espressa previsione al riguardo, e ciò in coerenza alla natura alternativa del procedimento instaurabile – e di norma instaurato – senza il ministero di un difensore. Ciò non toglie, tuttavia, che, là dove sia dimostrato che la parte ricorrente si sia avvalsa, nell'intero snodo procedimentale che va dal reclamo al ricorso, dell'ausilio di un difensore sopportandone il relativo costo, quest'ultimo possa e debba prendersi in considerazione, in caso di accoglimento del ricorso che si concluda con l'accertamento di un diritto risarcitorio, non già quale autonoma voce di rimborso non prevista dal Reg. ABF, bensì quale componente del più ampio pregiudizio patito dalla parte ricorrente. In tale valutazione, il Collegio giudicante deve naturalmente attenersi a criteri di estrema prudenza, che includono l'accertamento dell'effettivo sostenimento dell'onere defensionale, della sua funzionalità alla gestione del procedimento, della ragionevolezza e coerenza dell'importo richiesto rispetto al valore e alla complessità della controversia, risultando pertanto l'importo di tale componente di pregiudizio stimabile anch'esso in via equitativa. Nel caso specifico, pur constando agli atti evidenze di intervento di un legale, non risulta invece documentata alcuna richiesta di onorario da parte del legale medesimo sicché questo Collegio non può essere posto in condizioni di svolgere la valutazione anzidetta circa la possibilità di liquidare in favore della ricorrente tale ulteriore voce di danno.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla ricorrente la somma di €27.120,00 oltre agli interessi dalla domanda al saldo.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e alla ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da

EMANUELE CESARE LUCCHINI GUASTAI