

La Nuova **Procedura Civile**

Direttore Scientifico: Luigi Viola

Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile

ISSN 2281-8693

Pubblicazione del 10.9.2015

La Nuova Procedura Civile, 3, 2015

ADMAIORA

Editrice

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

La Camera di Conciliazione e l'Arbitro Finanziario della Consob. Prime considerazioni*

* "le opinioni espresse sono a titolo personale e non riguardano la Consob, Autorità presso cui lavora il dott. Franza"

Articolo di **Enea FRANZA**
(Consob - Responsabile
Ufficio Camera Conciliazione ed Arbitrato)

1. La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob. Evoluzione della disciplina.

Come è noto la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob è stata istituita dal d.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179, in virtù della delega conferita dall'art. 27, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, contenente "*Disposizione per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*". La Consob, con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008 aveva conseguentemente adottato il regolamento di attuazione del d.lgs. n. 179/2007 concernente la Camera di conciliazione e arbitrato e le relative procedure. Nel frattempo, il Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione emanavano la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale¹. La Direttiva, pur essendo riferita alle controversie "*trasfrontaliere*" in materia di diritti disponibili, concedeva la facoltà agli Stati membri di applicare le disposizioni in essa contenute anche alle procedure di mediazione svolte in ambito nazionale.

Il Parlamento italiano con la legge 18 giugno 2009 n. 69, contenente "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*", ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, prescrivendo, tra l'altro, al legislatore delegato di disciplinare la mediazione nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria (art. 60). Il Governo ha esercitato il potere conferitogli dal Parlamento emanando il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha avuto il merito di dettare per la prima volta una disciplina omogenea in un settore come quello degli ADR in precedenza disciplinato in modo frammentario.

Tenuto conto del mutato quadro di riferimento, la Consob, con delibera n. 18275/2012 ha provveduto ad adottare un nuovo regolamento per allineare la disciplina della Camera e le relative procedure alla nuova normativa sulla conciliazione delle controversie civili e commerciali introdotta dal d.lgs. n. 28/2010, adeguando le allegate tabelle a quelle contenute nella normativa secondaria al citato d.lgs. (D.M. n. 180/2010).

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010 nella parte in cui era previsto l'esperimento della procedura di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale², per eccesso di

¹ Conciliazione, arbitrato e transazione si inseriscono in quella ampia e variegata categoria dei metodi alternativi di soluzione di una controversia che, secondo una classificazione anglosassone, si denominano appunto Alternative Dispute Resolution (ADR). Sotto questa etichetta vengono radunati una serie di fenomeni, a dire il vero, piuttosto eterogenei fra loro, uniti dal criterio negativo dell'estraneità alla potestà giurisdizionale statale.

² La scelta di usufruire di questi strumenti sostitutivi della giurisdizione è normalmente lasciata alla libera determinazione delle parti, salvo le ipotesi in cui è la legge ad imporre il ricorso ad un mezzo alternativo, quale per esempio il tentativo di conciliazione ex artt. 410 ss.

delega. Il Governo, con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, contenente "Misure urgenti per il rilancio dell'economia", comunemente noto come "decreto del fare", convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, ha apportato modifiche al d.lgs. 28/2010. Il Consiglio dei ministri nel dare il via libera al decreto legislativo di attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa (stragiudiziale) delle controversie tra consumatori ed intermediari, con il [decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130](#), ha introdotto una specifica procedura che impone ai soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza l'obbligo di aderire al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori prevedendo anche una specifica sanzione amministrativa pecuniaria in caso di mancata adesione a tali procedure.

In particolare, con l'art. 1 bis al citato decreto legislativo, intitolato "Modifiche al decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179 - istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262" dopo il comma 5 dell'articolo 2 del decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179, sono stati aggiunti i seguenti commi 5-bis e 5-ter. Nello specifico si prevede, al comma 5-bis, che: "I soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza, da individuarsi con il regolamento di cui al comma 5-ter, devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58. In caso di mancata adesione, alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190, comma 1 del citato decreto legislativo n. 58 del 1998 e alle persone fisiche di cui all'articolo 18-bis del predetto decreto legislativo n. 58 del 1998 si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190-ter del medesimo decreto legislativo".

Al successivo comma 5-ter., si dispone che "la Consob determina, con proprio regolamento, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V titolo II-bis del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 5-bis nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Alla copertura delle relative spese di funzionamento si provvede, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, ai sensi dell'articolo 9, comma 2"³.

c.p.c. in materia di lavoro prima della riforma del c.d. Collegato lavoro e poi il tentativo obbligatorio di mediazione in determinate controversie civili e commerciali ad opera dell'art. 5 del decreto n. 28/2010, censurato dalla C.C..

³ Per completezza informativa va segnalato che, in una precedente stesura del testo, era prevista la soppressione dell'art. 32 ter del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, Testo

La norma si innesta chiaramente nel sistema della tutela per i risparmiatori, innovando il sistema delle procedure di conciliazione e di arbitrato in ambito Consob per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori non professionali e le banche o gli altri intermediari finanziari, circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela aventi ad oggetto servizi di investimento o di gestione del risparmio (fondi comuni) collettiva, e prevedendo un ulteriore canale di risoluzione delle controversie aggiuntivo al percorso già disegnato nella legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari (L. n. 262/2005)⁴ sul modello di quanto già previsto per la Banca d'Italia.

2. La Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob. Discontinuità rispetto alla disciplina generale dopo il "decreto del fare".

Come noto, la Camera offre due strumenti: la conciliazione e l'arbitrato. La conciliazione⁵ è finalizzata a trovare un accordo, fra l'investitore e l'intermediario, che risolva bonariamente la controversia; l'arbitrato, al contrario, non ha la finalità di favorire un accordo. Le modifiche apportate alla disciplina della conciliazione con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, come convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 9 e le successive pronunce giurisprudenziali in materia di conciliazione, hanno finito via via per marcare

unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

⁴ Si segnala, inoltre, che sulla base della riforma in discorso, la Consob è competente ad istituire e disciplinare, con provvedimenti interni, l'elenco degli organismi ADR deputati a gestire le controversie nazionali e *trasfrontaliere*, provvedendo non solo a disciplinarne l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, ma anche alla vigilanza sui singoli organismi ADR. Infatti, ai sensi dell'art. 1, che introduce il nuovo articolo 141 al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, al comma 7, si prevede che: "*Le procedure svolte nei settori di competenza ... (omissis) della Commissione nazionale per la società e la borsa e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ivi comprese quelle che prevedono la partecipazione obbligatoria del professionista, sono considerate procedure ADR ai sensi del presente Codice, se rispettano i principi, le procedure e i requisiti delle disposizioni di cui al presente titolo*", conseguentemente, ai sensi del nuovo 141-octies, per lo svolgimento delle funzioni di cui agli articoli 141-nonies e 141-decies, ovvero, per le attività di vigilanza, "*la Commissione nazionale per la società e la borsa (CONSOB), di cui all'articolo 1 della legge 7 giugno 1974, n. 216*", è designata autorità competente "*... con riferimento ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinati ai sensi dell'articolo 32-ter del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e dei regolamenti attuativi, e con oneri a carico delle risorse di cui all'articolo 40, comma 3, della legge 23 dicembre 1994, n.724, e successive modificazioni, nonché dei soggetti che si avvalgono delle procedure medesime;*". *Rivista di Diritto Bancario e Finanziario, La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, di Valerio Sangiovanni,

⁵ In via introduttiva si deve osservare che "conciliazione" e "mediazione" non vanno confuse. La mediazione è l'attività che precede la conciliazione ed è finalizzata a conseguire tale conciliazione. Secondo la definizione legislativa per mediazione si intende "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa" (art. 1, lett. a, d.lgs. n. 28/2010). La conciliazione invece è "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione" (art. 1, lett. c, d.lgs. n. 28/2010).

sempre più le differenze tra la conciliazione gestita dalla Camera della Consob e quella effettuata dai vari organismi di conciliazione, a cui pure era possibile chiedere la risoluzione delle controversie in materia finanziaria.

In merito poteva, invero, argomentarsi dal raffronto fra i testi normativi, l'esistenza di un rapporto da legge speciale (il d.lgs. n. 179/2007) a legge generale (il d.lgs. n. 28/2010)⁶; mentre il d.lgs. n. 179/2007, infatti, riguardava esclusivamente le controversie tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali con gli investitori (vedi art. 2, comma 1), il d.lgs. n. 28/2010, invece, aveva un oggetto più ampio, abbracciando controversie in materia di *"condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli o natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari"* (vedi art. 5, comma 1). Il rapporto tra i due procedimenti è stato espressamente già risolto dal legislatore all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28/2010 ove si chiarisce che, chi intendesse agire in giudizio *"è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate"*.

Ciò premesso, vediamo, in sintesi, di chiarire le peculiarità del sistema conciliativo Consob. In primo luogo, l'istanza volta all'attivazione della procedura di conciliazione dinnanzi alla Camera può essere presentata esclusivamente dall'investitore (art. 11 Regolamento Consob n. 18275/2012), mentre quella prevista dal d.lgs. n. 28/2010, anche dall'intermediario. Inoltre, diversamente a quanto avviene nella procedura ex d.lgs n. 28/2010 dinnanzi alla Camera la fase di nomina del conciliatore non è immediata. La Camera, infatti, valutata l'ammissibilità dell'istanza, invia all'intermediario l'invito ad aderire al tentativo di conciliazione (art. 12, comma 3, Regolamento n. 18275/2012). Qualora l'intermediario non intenda aderire al tentativo di conciliazione, la Camera non procede alla nomina del conciliatore; diversamente, in caso di risposta affermativa da parte dell'intermediario, la Camera provvede alla nomina del conciliatore.

Il procedimento regolato dal d.lgs. 28/2010, invece, all'atto della presentazione della domanda, prevede che il responsabile dell'organismo designi

⁶ Vedasi per una trattazione generale della questione: Silvia Zorzetto, « Norme speciali e deroga », *Revus*, 15 | 2011, 69-70.

immediatamente un mediatore e fissi il primo incontro tra le parti (art. 8, comma 1, del d.lgs. 28/2010). Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento della procedura di mediazione. Nella procedura di conciliazione dinnanzi alla Camera, la stessa attesta l'eventuale mancata adesione dell'intermediario al tentativo di conciliazione. Tale attestazione produce i medesimi effetti del verbale di fallita conciliazione previsto dall'articolo 18, comma 6, del Regolamento Consob.

La procedura conciliativa disegnata dal d.lgs. 28/2010 prevede che nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione nel caso di mancato accordo (art. 17, comma 5-ter). In tema di gratuità del primo incontro, il Tar del Lazio, con sentenza n. 1351 del 23 gennaio 2015 aveva annullato i commi 2 e 9 dell'art. 16 del decreto ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010, contenenti i criteri di determinazione dell'indennità. Tuttavia, il Consiglio di Stato, con ordinanza del 22 aprile 2015, nel sospendere parzialmente l'esecutività della sentenza del Tar del Lazio, ha affermato che sono dovute all'organismo di mediazione per il primo incontro, le spese di avvio e le spese vive documentate.

In merito al procedimento innanzi alla Camera, si evidenzia che le istanze presentate alla stessa devono essere corredate della documentazione attestante il pagamento delle spese di avvio del procedimento. Le spese amministrative per l'avvio della procedura di conciliazione sono fissate in 30 euro per ciascuna parte. L'art. 20 comma 2, del Regolamento Consob stabilisce, tuttavia, che le spese di avvio della procedura siano versate dalle parti al momento del deposito dell'istanza da parte del risparmiatore e da parte dell'intermediario solo al momento dell'eventuale adesione al procedimento. Pertanto, le spese di avvio vengono sempre corrisposte dall'istante, mentre l'intermediario le versa solo nell'ipotesi in cui decida di aderire alla proposta di conciliazione.

Il nuovo Regolamento Consob, di attuazione del d.lgs 179/2008, stabilisce che il compenso indicato nella tabella dell'Allegato 2 grava in capo alle parti, che vi sono tenute solidalmente fra loro. Diversamente la procedura ex d.lgs. 28/2010 stabilisce che il compenso dovuto al conciliatore, indicato nella opportuna tabella, è dovuto da ciascuna parte. Pertanto, come riferiremo più avanti, gli importi poi dovuti al conciliatore nominato dalla Consob, sono la metà di quelli ordinariamente previsti dalle tabelle ministeriali.

Il d.lgs. 28/2010, diversamente dal suddetto Regolamento Consob, stabilisce che l'importo del conciliatore in caso di particolare importanza, complessità e difficoltà dell'affare trattato, è aumentato in misura non superiore a 1/5. Tale norma non trova una parallela indicazione nel corpo regolamentare Consob,

che invece prevede solo la maggiorazione del compenso nella misura di un quarto in caso di successo della conciliazione e il rimborso forfettario, ovvero, a richiesta delle spese documentate. Un ulteriore punto di discontinuità è rappresentata dalla questione dell'assistenza legale. Il Regolamento della Camera, in linea con le direttive comunitarie, consente all'istante di esperire la procedura senza l'assistenza di un legale. Diversamente il nuovo testo del d.lgs. 28/2010, come modificato dal "decreto del fare", richiede obbligatoriamente l'assistenza di un legale.

Altro compito riservato alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato della Consob è quello di gestire le procedure di arbitrato.

L'arbitrato è un tipico mezzo alternativo per la risoluzione delle controversie ed è puntualmente regolato dal Codice di Procedura Civile (libro IV, titolo VIII, artt. 806-840); con esso viene conferito, in maniera volontaria, ad un soggetto terzo (il c.d. arbitro) l'autorità in ordine alla soluzione di una lite. E' necessario, tuttavia, che entrambe le parti siano d'accordo a rivolgersi all'arbitro, altrimenti la controversia può essere decisa solo dal giudice. Peraltro, affinché possa darsi corso ad una decisione arbitrale, è necessario, altresì, che vi sia una apposita convenzione di arbitrato⁷. L'istituto prevede un procedimento che si svolge in contraddittorio pieno, quindi alla stregua di un procedimento giurisdizionale standard. L'arbitro, come il giudice, decide sulla controversia, stabilendo chi ha torto e chi ha ragione ed, eventualmente, definendo l'entità dei danni che dovranno essere risarciti (la sua decisione, il "lodo arbitrale", ha lo stesso valore di una sentenza⁸).

Il codice di procedura civile, all'art. 832, si occupa del cosiddetto arbitrato amministrato. Con questa espressione si allude a un fenomeno, assai diffuso nella prassi, e cioè l'attribuzione, da parte di coloro che scelgono di stipulare una convenzione di arbitrato, ad un apposito organismo, di una varietà di funzioni concernenti il giudizio arbitrale, quali la determinazione delle regole del giudizio o la predisposizione dell'elenco degli arbitri da nominare. L'arbitrato amministrato, rispetto a quello demandato alle parti, offre generalmente il vantaggio della rapidità della decisione e permette alle parti di

⁷ Per inciso, e con riferimento alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato della Consob, si evidenzia che l'art. 6 d.lgs. n. 179/2007 consente sì di prevedere che venga inserita nei contratti d'intermediazione finanziaria una clausola compromissoria, ma statuisce altresì che tale clausola è vincolante solo per l'intermediario, salvo il caso della trattativa diretta. Va valutato preliminarmente, dunque, se è possibile rivolgersi alla Camera, verificando che nel contratto vi sia una clausola, detta "compromissoria", che faccia esplicito riferimento alla possibilità che eventuali controversie siano affidate agli arbitri iscritti negli elenchi tenuti dalla Camera. In mancanza della suddetta clausola non è possibile rivolgersi alla Camera, a meno che non intervenga un accordo tra il cliente e l'intermediario che preveda la possibilità di attivare la procedura arbitrale gestita dalla Camera.

⁸ Sull'efficacia di sentenza, osservano alcuni autori, ci si deve riferire nel farlo agli effetti processuali del lodo, i quali consistono nella sua irrevocabilità e non modificabilità da parte degli arbitri che lo hanno pronunciato e nella sua impugnabilità solo attraverso gli strumenti di cui all'art 827, Filo Diritto, L'efficacia del lodo arbitrale 06 maggio 2014 - Andrea Cirelli

scegliere come giudici persone specializzate nella materia oggetto della lite (o, in assenza di un accordo, dall'organismo) fra soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto dalla stesso organismo.

Nel rispetto del Regolamento⁹, l'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione ed Arbitrato della Consob, si svolge secondo le regole del codice di procedura civile, e gli arbitri adottano la loro decisione secondo norme di diritto. Se le parti non decidano diversamente, l'arbitrato si svolge presso gli uffici della Camera che è ospitata presso la Consob; gli arbitri sono scelti dalle parti (o, in assenza di un accordo, dalla Camera) fra soggetti iscritti nell'elenco tenuto dalla stessa Camera.

Gli arbitri pronunciano il lodo nel termine massimo di centoventi giorni dall'accettazione della nomina. L'arbitro decide sulla controversia e pronuncia il suo lodo che ha lo stesso valore della sentenza del giudice (è impugnabile, ma solo per vizi di legittimità, dinanzi alla Corte d'appello e, una volta definitivo, costituisce, al pari della sentenza del giudice, titolo esecutivo).

3. La riforma. Ambito di applicazione.

La proposta di modifica alle procedure di conciliazione presso la Consob, che è sfociata nel decreto legislativo di attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa (stragiudiziale) delle controversie tra consumatori ed intermediari n. 130/2015, prende vita nel "*Tavolo di lavoro congiunto permanente*", istituito tra l'Autorità di vigilanza (Consob) ed le Associazioni dei Consumatori che aderiscono al CNCU (Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti) e che operano nel settore finanziario, per discutere e consolidare contenuti/orientamenti di medio-lungo termine sul tema della protezione dei consumatori-investitori. I lavori del Tavolo avevano già evidenziato la lentezza con la quale il sistema di media-conciliazione procedeva nel settore dell'intermediazione finanziaria.

Si evince, peraltro, dalla Relazione annuale della Consob per l'anno 2014, che la Camera di conciliazione ed arbitrato "*ha ricevuto nell'anno 121 istanze di conciliazione*" (162 nel 2013) e che "*l'adesione degli intermediari al tentativo di conciliazione è stata del 47 per cento*" (53% nel 2013) e delle istanze con adesione, meno del 30% si sono chiuse con un esito positivo per il risparmiatore.

Il sistema, inoltre, presentava una ulteriore lacuna che ne scoraggiava l'utilizzo da parte dei risparmiatori; infatti, anche laddove la conciliazione si fosse conclusa con esito negativo, le parti (investitori ed intermediari) sono tenute a sostenere, oltre alle spese di avvio della conciliazione (definite in misura fissa e pari a 30 €), anche il compenso del conciliatore (parametrato al valore della controversia). Ancora meno esaltante la risposta degli utenti all'altro servizio

⁹ Adottato con delibera Consob n. 18275/2012

offerto dalla Camera. Dall'istituzione della Camera, infatti, risulta essere pervenuta alla stessa una sola istanza di arbitrato che, peraltro, è stata considerata *non procedibile* in quando il contratto non prevedeva una idonea clausola d'arbitrato¹⁰.

La risposta non entusiastica del mercato alla Camera di Conciliazione e Arbitrato della Consob e l'esperienza europea dei sistemi di ADR bancari e finanziari, caratterizzati, nella maggior parte dei paesi concorrenti, soprattutto per un regime decisorio-aggiudicativo (Spagna, Germania e Regno Unito), ha imposto una modifica normativa che rendesse più cogente l'istituto conciliativo, superando l'impostazione della partecipazione volontaria degli intermediari alle procedure di conciliazione (c.d. meccanismo facilitativo – consensuale).

Di quanto sopra riferito ne è traccia nelle osservazioni mosse dalle Commissioni della Camera dei Deputati che hanno esaminato lo schema di decreto legislativo. Nel parere favorevole delle Commissioni parlamentari 2° e 10° alla bozza governativa del decreto legislativo in parola¹¹, si formulano, infatti, le seguenti osservazioni *"... e) si valuti l'opportunità di modificare la vigente disciplina del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in modo da prevedere che i soggetti abilitati, nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza, debbano aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni; f) si valuti l'opportunità di attribuire alla Consob la facoltà di determinare, con proprio regolamento, i 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, nonché i soggetti tenuti ad aderire alle procedure e, a tal fine, l'opportunità di provvedere alle relative modifiche normative in materia di PMI; (omissis) h) si valuti l'opportunità di prevedere l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione nell'ambito delle società individuate dalla disciplina in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie e dalle relative disposizioni applicative, nonché nei confronti delle persone fisiche previste nella medesima disciplina, in caso di mancata adesione ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie;"*.

¹⁰ Relazione Annuale della Consob, pag. 290 e segg. Come meglio vedremo più avanti, la giustificazione del mancato decollo dell'arbitrato Consob ha le profonde ragioni nella mancanza di apposite previsioni contrattuali tra gli intermediari ed i loro clienti, appositamente sottoscritte all'uopo (vedi all'uopo "Ambito di applicazione dell'arbitrato Consob, Rivista dell'Arbitrato n. 2/2012, V. Sangiovanni)

¹¹ Atto, Martedì 23 giugno 2015, 469. XVII LEGISLATURA BOLLETTINO DELLE GIUNTE E DELLE COMMISSIONI PARLAMENTARI Commissioni Riunite (II e X)

Nello specifico, il testo licenziato dal Consiglio dei Ministri del [decreto legislativo n. 130/2015](#), prevede, all'art. 1-bis, titolato, modifiche al decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179, istituzione di procedure di conciliazione e arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262: *"1. Dopo il comma 5 dell'articolo 2 del decreto legislativo 8 ottobre 2007 n. 179 sono aggiunti i seguenti: 5-bis. I soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza, da individuarsi con il regolamento di cui al comma 5-ter, devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58. In caso di mancata adesione, alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190, comma 1 del citato decreto legislativo n. 58 del 1998 e alle persone fisiche di cui all'articolo 18-bis del predetto decreto legislativo n. 58 del 1998 si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190-ter del medesimo decreto legislativo. 5-ter. La Consob determina, con proprio regolamento, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V titolo II-bis del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 5-bis nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Alla copertura delle relative spese di funzionamento si provvede, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, ai sensi dell'articolo 9, comma 2. 2. All'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le parole "il procedimento di conciliazione previsto" sono sostituite dalle seguenti "i procedimenti previsti" e dopo le parole "n. 179" sono inserite le seguenti "e dai rispettivi regolamenti di attuazione".*

Le questioni che la citata riforma pone sul tavolo non sono poche, a cominciare dalle effettiva estensione della riforma stessa".

In particolare, l'art. 2, del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, norma appunto istitutiva della Camera di Conciliazione ed Arbitrato, prevede tra l'altro che la stessa sia costituita presso la Consob per l'amministrazione dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari in seguito alla violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori. Lo stesso articolo prevede, peraltro, l'istituzione di un elenco di conciliatori ed arbitri, scelti tra persone di comprovata imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità e che venga definito, sentita la Banca d'Italia, il regolamento di organizzazione, le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri ed i requisiti di onorabilità e professionalità, nonché le

altre funzioni attribuite, oltre alle norme per i procedimenti di conciliazione e di arbitrato¹².

Ciò premesso, il citato [decreto legislativo n. 130/2015](#) interviene, come cennato, nel corpo della norma (art. 2), inserendo un ulteriore comma il 5-bis.

La norma dispone che: *"i soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza, (...omissis) devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58."* Si prevede, peraltro, che *"alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190, comma 1 del citato decreto legislativo n. 58 del 1998 e alle persone fisiche di cui all'articolo 18-bis del predetto decreto legislativo n. 58 del 1998 si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190-ter del medesimo decreto legislativo"*.

Tuttavia, l'intervento normativo realizzato con il decreto legislativo n. 130/2015, non si limita a quanto sopra, ed il successivo, comma 5-ter, prevede che la Consob determini, con proprio regolamento, *"i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 5-bis nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati"*¹³. La norma ricalca quella prevista per l'istituzione dell'arbitro bancario finanziario, all'art 128 bis del TUB. Infatti, *"... Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo"*

¹² Art. 2 *"1. E' istituita una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori . 2. La Camera di conciliazione e arbitrato svolge la propria attività, avvalendosi di strutture e risorse individuate dalla Consob. 3. La Camera di conciliazione e arbitrato istituisce un elenco di conciliatori e arbitri, scelti tra persone di comprovata imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità. 4. La Camera di conciliazione e arbitrato può avvalersi di organismi di conciliazione iscritti nel registro previsto dall'articolo 38, comma 2, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni. L'organismo di conciliazione applica il regolamento di procedura e le indennità di cui all'articolo 4. 5. La Consob definisce con regolamento, sentita la Banca d'Italia: a) l'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato; b) le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri, prevedendo anche forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e delle categorie interessate, e perseguendo la presenza paritaria di donne e uomini; c) i requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; d) la periodicità dell'aggiornamento dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; e) le altre funzioni attribuite alla Camera di conciliazione e arbitrato; f) le norme per i procedimenti di conciliazione e di arbitrato; g) le altre norme di attuazione del presente capo"*.

¹³ Per inciso, con lo stesso regolamento dovranno essere indicati i soggetti nei cui confronti la Consob *"esercita la propria attività di vigilanza"*, stante il rinvio del comma 5-bis.

decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela".

Peraltro, la Camera di Conciliazione ed Arbitrato, potrà continuare a svolgere i tradizionali compiti assegnati dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 179/2007, che comprendono *"l'amministrazione dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori"*, e le attività connesse, come l'organizzazione dei servizi di arbitrato e di conciliazione, la tenuta degli elenchi dei conciliatori e degli arbitri nonché il loro aggiornamento, l'istituzione e l'aggiornamento del codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri, la promozione di corsi di formazione e aggiornamento per i conciliatori e gli arbitri iscritti negli elenchi da essa tenuti. La Camera di Conciliazione ed Arbitrato, inoltre, *"... promuove i servizi di arbitrato e conciliazione e ne diffonde, tramite la competente struttura organizzativa della Consob, la conoscenza mediante attività di documentazione, elaborazione dati e studio, anche attraverso la predisposizione di azioni comuni con altre istituzioni ovvero con associazioni economiche e altri organismi pubblici o privati attivi nel settore dei servizi finanziari e delle procedure di conciliazione e arbitrato"*¹⁴.

Da quando sopra evidenziato, resta pertanto evidente che non è previsto in alcun modo l'abbandono del vecchio impianto, con conseguente chiusura dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri e trasformazione in "altra cosa" della Camera di Conciliazione ed Arbitrato, che permane a svolgere il suo ruolo nel sistema, e anzi riteniamo dovrà rafforzare i propri compiti di elaborazione di dati e studio, con altre istituzioni ovvero con associazioni economiche e altri organismi pubblici o privati attivi nel settore dei servizi finanziari e delle procedure di conciliazione e arbitrato.

Ciò premesso, vediamo in primo luogo di individuare i paletti dai quali partire per comprendere l'esatta portata della riforma. Sembra potersi sostenere con sufficiente sicurezza che le controversie "censurabili" presso il nuovo organismo sono le stesse già di competenza della Camera, ovvero, quelle insorte tra investitori ed intermediari, con riferimento ai servizi offerti da quest'ultimi aventi ad oggetto contratti finanziari.

¹⁴ Alla Camera, inoltre, spetta il compito di convocare periodicamente il Comitato consultivo al fine di informarlo sull'attività svolta e di acquisirne osservazioni e proposte. Tale organo previsto per assicurare costanti forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti previste dall'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e delle categorie interessate, nonché per fornire un qualificato supporto di elevata consulenza per le questioni inerenti gli aspetti più qualificanti dell'esercizio della funzione di Conciliazione e Arbitrato non è mai stato nominato.

Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento Camera di Conciliazione ed Arbitrato *"La Camera amministra i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori. Essa non interviene in alcun modo, nel corso della procedura di conciliazione e del giudizio arbitrale, nel merito delle controversie"*¹⁵. L'elenco degli intermediari a cui imputare la violazione degli obblighi, è quello fornito dal citato Regolamento della Camera di Conciliazione ed Arbitrato, all' art. 1, comma 1: *"... si intendono - infatti - per ... "intermediari": i soggetti abilitati di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni e la società Poste Italiane – Divisione Servizi di Banco Posta – autorizzata ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 2001, n. 144"*. Dunque, in primo luogo, sono da intendersi intermediari, le Banche italiane o comunitarie con succursale in Italia¹⁶, le banche extracomunitarie¹⁷, le Società d'investimento mobiliare¹⁸

¹⁵ L'art. 21 del Testo Unico delle Leggi Finanziarie (Decreto Legislativo 24/02/1998, n. 58) prevede che: 1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività. 1-bis. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie: a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato; c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati. Nello svolgimento dei servizi le imprese di investimento, le banche e le società di gestione del risparmio possono, previo consenso scritto, agire in nome proprio e per conto del cliente.

¹⁶ Le banche raccolgono il risparmio e i fondi liquidi con l'obbligo di rimborsarli sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma. Coerentemente con l'ordinamento europeo, oltre all'attività bancaria le banche possono svolgere ogni altra attività finanziaria, tranne quelle riservate a soggetti di altra natura. Le banche possono far parte di gruppi bancari. Un gruppo bancario è composto dalla capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da essa controllate. Capogruppo può essere una banca oppure una società finanziaria o di partecipazione finanziaria mista con sede in Italia (www.bancaditalia.it).

¹⁷ Le banche extracomunitarie possono aprire un ufficio di rappresentanza in Italia dandone comunicazione preventiva alla Filiale della Banca d'Italia nella cui provincia intendono insediare l'ufficio. Alla comunicazione è allegata copia dello statuto della banca e un'attestazione delle Autorità competenti del Paese d'origine che dimostri che la banca segnalante ha adempiuto alle eventuali formalità previste dalla disciplina del Paese d'origine. La Banca d'Italia può esercitare sull'ufficio di rappresentanza controlli ispettivi volti a verificare che l'ufficio stesso non svolga di fatto attività bancarie (Ist. Vigilanza, sez. VII, cap.II, par. 6).

(ovvero, le Sim), le imprese di investimento comunitarie con succursale in Italia, le imprese di investimento extracomunitarie, le Società di gestione del risparmio (ovvero, le Sgr), le società di gestione armonizzate con succursale in Italia, le Sicav¹⁹, nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario di cui al d.lgs. 385/93²⁰. Ciò premesso non sembra che *"I soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza, da individuarsi con il regolamento di cui al comma 5-ter"* di cui al citato decreto legislativo possano differire da quelli già definiti.

Tuttavia, precisato, in via preliminare quelli che sono i soggetti tenuti degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori, e quindi le *"liti"* che ricadono adesso nella competenza della Camera, poi in quello dell'istituendo Arbitro Finanziario, vediamo ora di specificare i servizi ed i prodotti offerti dagli stessi intermediari che rientrano nella previsione normativa.

¹⁸ Le SIM (Società di intermediazione mobiliare) sono imprese di investimento autorizzate a svolgere servizi o attività di investimento ai sensi del Testo Unico della Finanza (TUF). Per servizi e attività di investimento si intendono le seguenti attività, aventi ad oggetto strumenti finanziari: negoziazione per conto proprio, esecuzione di ordini per conto dei clienti, sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente, collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente gestione di portafogli, ricezione e trasmissione di ordini, consulenza in materia di investimenti, gestione di sistemi multilaterali di negoziazione. Le SIM sono sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia e della Consob ed iscritte in un albo tenuto dalla Consob. I gruppi di SIM di cui all'art. 11 del TUF sono iscritti in un albo tenuto dalla Banca d'Italia e soggetti a vigilanza su base consolidata (www.bancaditalia.it).

¹⁹ Le SGR (Società di gestione del risparmio) sono società per azioni alle quali è riservata la possibilità di prestare congiuntamente il servizio di gestione collettiva e individuale di patrimoni. Le SGR sono autorizzate a: gestire fondi comuni di propria istituzione e patrimoni di SICAV o SICAF, prestare il servizio di gestione di portafogli, prestare il servizio di consulenza in materia di investimenti, prestare il servizio di ricezione e trasmissione di ordini, qualora autorizzate a prestare il servizio di gestione di Fondi di investimento alternativi (FIA). I FIA sono fondi comuni che investono in strumenti finanziari e attività immobiliari caratterizzati da un minor grado di liquidità rispetto agli altri fondi comuni di investimento (Organismi di Investimento Collettivo in Valori Mobiliari – OICVM). Le SICAV (Società di investimento a capitale variabile) e le SICAF (Società di investimento a capitale fisso) sono organismi di investimento collettivo del risparmio costituiti in forma societaria, introdotti nel nostro ordinamento rispettivamente dal decreto legislativo 84/1992 e dal decreto legislativo 44/2014 e attualmente disciplinati dal Testo Unico della Finanza (TUF). Gli investitori nel patrimonio di una SICAV possono in qualunque momento ottenere il rimborso del loro investimento; gli investitori nel patrimonio di una SICAF sono vincolati a mantenere il loro investimento per tutta la durata della società. Le SGR, le SICAV e le SICAF sono sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia e della Consob e iscritte in appositi albi tenuti dalla Banca d'Italia: l'Albo delle SGR (Sezioni Gestori di OICVM e Gestori di FIA), l'Albo delle SICAV (Sezioni OICVM e FIA) e l'Albo delle SICAF (www.bancaditalia.it).

²⁰ Gli intermediari finanziari iscritti nell'Elenco Speciale di cui ex art. 107 del T.U.B. d.lgs. 385/93, sono Intermediari, già presenti nell'elenco generale di cui all'art. 106, che vengono iscritti in un elenco denominato "Elenco Speciale" tenuto sempre da Banca d'Italia e, in possesso di requisiti, determinati da criteri oggettivi, riferibili all'attività svolta, alla dimensione e al rapporto tra indebitamento e patrimonio. Sono soggetti vigilati da Banca d'Italia (www.bancaditalia.it).

Il riferimento è alla prestazione dei servizi di investimento o del servizio di gestione collettiva del risparmio di cui all'art. 1, comma 2, del TUF. L'attuale disciplina dei servizi e delle attività di investimento ha subito ampi interventi di modifica a seguito del recepimento della MiFID. La ragione per la quale nella disciplina MiFID viene utilizzato anche il termine "attività" (oltre che "servizi") di investimento va ricercata nel fatto che non tutte le attività contemplate dalla disciplina configurano veri e propri "servizi" resi dall'intermediario a favore di un cliente o di una controparte, come avviene nel caso della gestione di un sistema multilaterale di negoziazione. La normativa non offre una definizione di carattere generale del servizio di investimento, ma contiene un elenco delle attività riconducibili a tale categoria.

In particolare, ai sensi dell'art. 1, comma 5 del TUF, per servizi e attività di investimento si intendono le seguenti attività quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) esecuzione di ordini per conto dei clienti; c) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; c-bis) collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; d) gestione di portafogli; e) ricezione e trasmissione di ordini; f) consulenza in materia di investimenti; g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione. Infine, l'art. 1, comma 1, lett. n) del TUF, definisce la gestione collettiva del risparmio come l'attività che si realizza attraverso: 1) la promozione, istituzione e organizzazione di fondi comuni d'investimento e l'amministrazione dei rapporti con i partecipanti; 2) la gestione del patrimonio di organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR), di propria o altrui istituzione, mediante l'investimento avente ad oggetto strumenti finanziari, crediti, o altri beni mobili o immobili.

A tali attività si aggiungono i servizi accessori ai servizi e alle attività di investimento (come definite nel TUF²¹), quali, quelli di affitto di cassette di

21 TUF ex art. 1, comma 6 " Per "servizi accessori" si intendono: a) la custodia e amministrazione di strumenti finanziari e relativi servizi connessi; b) la locazione di cassette di sicurezza; c) la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento; d) la consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché la consulenza e i servizi concernenti le concentrazioni e l'acquisto di imprese; e) i servizi connessi all'emissione o al collocamento di strumenti finanziari, ivi compresa l'organizzazione e la costituzione di consorzi di garanzia e collocamento; f) la ricerca in materia di investimenti, l'analisi finanziaria o altre forme di raccomandazione generale riguardanti operazioni relative a strumenti finanziari ; g) l'intermediazione in cambi, quando collegata alla prestazione di servizi d'investimento; g-bis) le attività e i servizi individuati con regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob, e connessi alla prestazione di servizi di investimento o accessori aventi ad oggetto strumenti derivati. 6-bis. Per "partecipazioni" si intendono le azioni, le quote e gli altri strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi o comunque quelli previsti dall'articolo 2351, ultimo comma, del codice civile. 6-ter. Se non diversamente disposto, le norme del presente decreto legislativo che fanno riferimento al consiglio di amministrazione, all'organo amministrativo ed agli amministratori si applicano anche al consiglio di gestione e ai suoi componenti. 6-quater. Se non

sicurezza e amministrazione di strumenti finanziari per conto dei clienti, inclusi la custodia e i servizi connessi come la gestione di contante o di garanzie collaterali; la concessione di crediti o prestiti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a uno o più strumenti finanziari, nella quale interviene l'impresa che concede il credito o il prestito; la consulenza alle imprese in materia di struttura del capitale, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché consulenza e servizi concernenti le concentrazioni e l'acquisto di imprese; il servizio di cambio (solo laddove connesso alla fornitura di servizi di investimento); i servizi connessi con l'assunzione a fermo. Costituiscono servizi accessori anche la ricerca in materia di investimenti e analisi finanziaria o altre forme di raccomandazione generale riguardanti le operazioni relative a strumenti finanziari, nonché i servizi e le attività di investimento o i servizi accessori collegati a strumenti finanziari derivati, qualora legati alla prestazione di servizi di investimento o accessori.

I servizi e le attività d'investimento, sono qualificati, ai sensi dell'art. 1, comma 5, del TUF., con riferimento al "bene" cui il servizio e/o l'attività è fornita. Oggetto del servizio e dell'attività sono i valori mobiliari e gli strumenti del mercato finanziario²² nonché, riprendendo l'ampia elencazione fornita dal citato comma 2, art. 1, TUF. un ampio numero di prodotti che il legislatore elenca puntualmente²³, ovvero, dà al Ministro dell'Economia e delle Finanze

diversamente disposto, le norme del presente decreto legislativo che fanno riferimento al collegio sindacale, ai sindaci e all'organo che svolge la funzione di controllo si applicano anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione e ai loro componenti.

22 1-bis. Per "valori mobiliari" si intendono categorie di valori che possono essere negoziati nel mercato dei capitali, quali ad esempio: a) le azioni di società e altri titoli equivalenti ad azioni di società, di partnership o di altri soggetti e certificati di deposito azionario; b) obbligazioni e altri titoli di debito, compresi i certificati di deposito relativi a tali titoli; c) qualsiasi altro titolo normalmente negoziato che permette di acquisire o di vendere i valori mobiliari indicati alle precedenti lettere; d) qualsiasi altro titolo che comporta un regolamento in contanti determinato con riferimento ai valori mobiliari indicati alle precedenti lettere, a valute, a tassi di interesse, a rendimenti, a merci, a indici o a misure. 1-ter. Per "strumenti del mercato monetario" si intendono categorie di strumenti normalmente negoziati nel mercato monetario, quali, ad esempio, i buoni del tesoro, i certificati di deposito e le carte commerciali.

23 Art. 1, comma 2, TUF, "... c) quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio; d) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti; e) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto; f) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap» e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante e che sono negoziati su un mercato regolamentato e/o in un sistema multilaterale di negoziazione; g) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap»,

l'onere di individuare con apposito regolamento da emanare ex art. 18, comma 5 TUF.

A norma dell'art. 1, comma 1, lett. u), del d.lgs. n. 58/1998, sono prodotti finanziari gli *"strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria"*. Il rapporto fra le nozioni di prodotto e di strumento finanziario è, dunque, di genere a specie: gli strumenti finanziari costituiscono una categoria nominata nell'ambito del più ampio genere dei prodotti finanziari. La necessità di individuare, con maggior rigore, le ipotesi che costituiscono investimento *"di natura finanziaria"* - soprattutto in presenza di fattispecie atipiche, di un elevato livello di ingegnerizzazione dei prodotti e di una crescente integrazione tra i mercati - ha indotto la Consob a distinguere tra *"investimento finanziario"* e *"investimento di consumo"*, evidenziando come *"nel primo caso il risparmiatore ... conferisce il proprio denaro con un'aspettativa di profitto, vale a dire di accrescimento delle disponibilità investite"* laddove *"nel secondo caso, la spesa è essenzialmente finalizzata al godimento del bene, "cioè alla trasformazione delle proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare immediatamente i bisogni"*. Si è così fatto leva, nei casi dubbi, sulla prevalenza dell'aspetto finanziario rispetto a quello di consumo ai fini della riconducibilità dell'investimento offerto nella nozione di *"prodotto finanziario"*.

Infine, la Camera è competente a conoscere sulle "liti" sui prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione, così come indicati dal decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303 (c.d. "Decreto Pinza"), che introduce una nuova lettera w-bis) all'art. 1, comma 1, del TUF, ove viene chiarito che per "prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione" devono intendersi *"le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III [polizze unit e index linked], e V [capitalizzazioni] di cui all'art. 2, comma 1 del decreto legislativo 1° settembre 2005, n. 209, con esclusione delle forme pensionistiche individuali di cui all'art.*

contratti a termine («forward») e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna fisica del sottostante, diversi da quelli indicati alla lettera f), che non hanno scopi commerciali, e aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini; h) strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito; i) contratti finanziari differenziali; j) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», contratti a termine sui tassi d'interesse e altri contratti derivati connessi a variabili climatiche, tariffe di trasporto, quote di emissione, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali, il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto, nonché altri contratti derivati connessi a beni, diritti, obblighi, indici e misure, diversi da quelli indicati alle lettere precedenti, aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono negoziati su un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini".

13, comma 1, lett. b), del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252". Le "nuove" regole sono entrate in vigore il 1° luglio 2007²⁴.

In proposito, si ritiene opportuno precisare che le attribuzioni di vigilanza della Consob nel comparto in esame attengono esclusivamente all'attività distributiva posta in essere dalle imprese di assicurazione (c.d. "vendita diretta") e dagli intermediari abilitati individuati dal TUF, non estendendosi anche ai canali distributivi c.d. "tradizionali" rappresentati dalle reti di agenti e broker assicurativi. Peraltro, se tale specifica finalità manca, possono essere decise dal sistema di conciliazione e arbitrato della Consob soltanto le controversie relative alla componente del prodotto che ha la finalità di investimento, nonché i singoli contratti che compongono un "prodotto composto"²⁵ con finalità esclusiva o prevalente di investimento.

Chiariti i punti che precedono, il problema è adesso che l'attuale contesto regolamentare è caratterizzato da regole di condotta differentemente articolate a seconda delle tipologie dei servizi prestati (ad alto valore aggiunto, quali la consulenza e la gestione individuale, ovvero di tipo "esecutivo", nelle altre ipotesi) e dei clienti ai quali l'attività è rivolta (clienti al dettaglio, clienti professionali, controparti qualificate).

I momenti maggiormente qualificanti della condotta degli intermediari - ossia quelli su cui si misura, in primo luogo e innanzitutto, il rispetto da parte dei

²⁴ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del Codice delle Assicurazioni, "nei rami vita la classificazione per ramo è la seguente: I. le assicurazioni sulla durata della vita umana; II. le assicurazioni di nuzialità e di natalità; III. le assicurazioni, di cui ai rami I e II, le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento; IV. l'assicurazione malattia e l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza che siano garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili, per il rischio di invalidità grave dovuta a malattia o a infortunio o a longevità; V. le operazioni di capitalizzazione; VI. le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa". In proposito, l'art. 1, comma 1, lett. tt), del d.lgs. n. 209/2005 (Codice delle Assicurazioni) definisce come ramo di assicurazione la classificazione secondo un insieme omogeneo di rischi ed operazioni che descrive l'attività che l'impresa può esercitare al rilascio dell'assicurazione". La classificazione per ramo risulta necessaria allo scopo di determinare le attività che formano oggetto dell'autorizzazione obbligatoria. Le index linked sono prodotti strutturati composti da più titoli: in genere, un'obbligazione zero coupon (titolo che non richiede lo stacco delle cedole; il rendimento è dato quindi dalla differenza tra il prezzo di rimborso e il prezzo di emissione) in grado di garantire un rendimento certo, predeterminato, e un'opzione su un indice di borsa che determinerà il rendimento variabile, in relazione all'incremento dell'indice di riferimento.

²⁵ In data 22 dicembre 2014 la Consob (protocollo n. 0097996) ha emanato taluni importanti chiarimenti in materia di distribuzione di prodotti finanziari complessi alla clientela retail. Va evidenziato come la Comunicazione sia il frutto di un'intensa attività avviata in campo europeo e, in alcune sue impostazioni, non certo così recente come potrebbe sembrare. Infatti, la Comunicazione segue due importanti Opinion emanate dall'ESMA durante il primo trimestre del 2014.. Sul versante nazionale, inoltre, non bisogna dimenticare come la stessa Consob abbia emanato, già nel 2009, una comunicazione ad hoc con la quale vennero fornite a suo tempo alcune linee guida in materia di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi.

soggetti abilitati dei principi generali in materia di correttezza (e trasparenza) di cui all'art. 21 del TUF - sono rappresentati dal corretto adempimento degli obblighi di valutazione della coerenza dell'operazione (relativa ad uno strumento finanziario) rispetto al "profilo di rischio" del cliente, nonché di esecuzione dell'operazione medesima alle migliori condizioni (*best execution*). Più nello specifico, con riferimento al primo dei due menzionati obblighi, la normativa nazionale (segnatamente il Titolo II, Parte II del Libro III del nuovo Regolamento Intermediari), in linea con le fonti comunitarie, articola la c.d. *know your customer rule* e la conseguente valutazione delle operazioni disposte in ragione del tipo di servizio di investimento coinvolto e delle caratteristiche dello stesso, richiedendo una valutazione di "adeguatezza" per i servizi a più alto "valore aggiunto" (quali la consulenza e la gestione di portafogli), ovvero l'effettuazione di un test di "appropriatezza" in caso di prestazione delle altre attività riservate (negoiazione, esecuzione di ordini, collocamento e ricezione e trasmissione di ordini) ove non si operi in modalità c.d. *execution only* (nell'ambito dei servizi di esecuzione ordini per conto dei clienti e di ricezione e trasmissione di ordini). Per i clienti con i quali l'intermediario sia tenuto a valutare la sola "appropriatezza" dell'operazione dovranno essere tenute in debito conto le peculiari caratteristiche del prodotto raffrontandole al grado di conoscenza finanziaria e di esperienza del cliente che richiede l'investimento.

La valutazione di appropriatezza caratterizza, come detto, i servizi di negoziazione per conto proprio, esecuzione degli ordini per conto dei clienti, collocamento e ricezione e trasmissione di ordini. Ove l'intermediario sia tenuto alla valutazione di adeguatezza delle operazioni, in aggiunta alle informazioni afferenti alle caratteristiche della clientela in termini di esperienza e conoscenza (da valutarsi per il caso dell'appropriatezza) l'intermediario dovrà altresì acquisire e gestire mediante presidi organizzativi *ad hoc* le informazioni relative agli obiettivi di investimento ed alla situazione finanziaria dei clienti. La valutazione di adeguatezza caratterizza, come detto, i servizi di gestione di portafogli e di consulenza. In definitiva, la corretta e tempestiva rilevazione della compatibilità delle operazioni di investimento con il profilo di ciascun cliente si basa su precisi parametri soggettivi: esperienza, conoscenza, situazione finanziaria ed obiettivi di investimento del cliente, in caso di valutazione dell'adeguatezza; conoscenza ed esperienza del cliente, in caso di verifica della appropriatezza.

Sul punto è opportuno evidenziare, i clienti vengono ripartiti in tre categorie: "controparti qualificate", "clienti professionali" e "clienti al dettaglio". Sono considerate controparti qualificate istituzioni finanziarie (tra cui, banche, imprese di investimento, imprese di assicurazioni, fondi pensione), istituzioni governative ed imprese di grandi dimensioni nei cui confronti la MiFID prevede la disapplicazione di gran parte le regole di condotta, ferma restando

l'applicazione della disciplina dei conflitti di interesse. La categoria delle controparti qualificate è prevista esclusivamente con riferimento alla prestazione di alcuni servizi di investimento: servizi di negoziazione; esecuzione di ordini; ricezione e trasmissione di ordini. Con riferimento, poi ai "clienti professionali" (*professional clients*), si evidenzia che la normativa considera tali i clienti che possiedono l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assumono. La MiFID distingue tra soggetti automaticamente classificabili (di diritto) tra i professionali e soggetti che possono ottenere tale classificazione su richiesta. Inoltre, è contemplata una categoria di clienti professionali pubblici che deve essere definita con regolamento del Ministero dell'economia. Diversamente da quanto previsto per le "controparti qualificate", la classificazione di cliente professionale può valere per qualsiasi servizio di investimento. Riguardo ai clienti professionali "di diritto" (istituzioni finanziarie e imprese di grandi dimensioni), l'intermediario può dare per scontato che questi siano in possesso della richiamata competenza, conoscenza ed esperienza in materia di investimenti finanziari. Riguardo ai clienti professionali "su richiesta", invece, non è consentito all'intermediario presumere che tali clienti possiedano adeguate conoscenze ed esperienze in materia di investimenti finanziari. In tali casi, la disapplicazione di regole di condotta è consentita quando, dopo aver effettuato una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, l'intermediario possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi previsti, che il cliente sia in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume.

Quindi, con riferimento ai professionali "su richiesta", la normativa pone a carico degli intermediari l'onere di una valutazione effettiva del possesso, da parte del cliente richiedente, di competenza, esperienza e conoscenze che lo rendano in grado di adottare le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume. La classificazione quale cliente "professionale" su richiesta può, peraltro, essere effettuata anche per singoli servizi o tipologie di operazioni (un cliente può quindi, ad esempio, essere classificato tra i "professionali" per l'operatività in azioni e obbligazioni e tra i "retail" per l'operatività in derivati). Sotto il profilo dell'applicazione delle regole di condotta, i clienti professionali si pongono in una posizione intermedia. In particolare, nel condurre la valutazione della coerenza dell'operazione rispetto al profilo di rischio del cliente professionale ("di diritto" o "su richiesta") l'intermediario assumerà che questi abbia acquisito una "conoscenza" ed "esperienza" tali da consentirgli di comprendere i rischi correlati all'investimento (sarà, quindi, disapplicata la disciplina dell'appropriatezza).

Nel condurre la più ampia valutazione della coerenza dell'operazione (in termini di adeguatezza della stessa) rispetto al profilo di rischio del cliente professionale "di diritto", l'intermediario assumerà che questi abbia acquisito una "conoscenza" ed "esperienza" tali da consentirgli di comprendere i rischi correlati all'investimento e che la "situazione finanziaria" del medesimo cliente sia tale da rendere tollerabile qualsiasi rischio connesso all'investimento, compatibilmente con gli obiettivi di investimento del cliente stesso (sarà quindi parzialmente disapplicata la disciplina dell'adeguatezza per i soli clienti professionali di diritto). Con riferimento a tali clienti, resta comunque ferma l'applicazione delle norme in tema di "conflitti di interesse", "best execution" ed "incentivi". I clienti al dettaglio (retail), è una categoria individuata in modo residuale rispetto alle precedenti. Ad essi si applicano pienamente tutte le regole di condotta, nella prestazione dei servizi di investimento, previste dalla normativa.

4. Il contratto tra intermediari autorizzati e investitori

I contratti stipulati tra intermediari autorizzati e investitori relativi alla prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori devono essere redatti per iscritto e una copia deve essere consegnata ai clienti. In ogni caso, quando la forma prescritta non viene osservata, il contratto è considerato nullo in ogni suo effetto²⁶. In genere, in materia contrattuale, ma questo vale anche per molti altri ambiti, il termine giuridico "nullo" indica un vizio non sanabile, ossia una manchevolezza che porta a considerare il contratto come se non fosse mai esistito e pertanto la situazione deve essere riportata a quella antecedente la stipula del contratto nullo.

In entrambi i casi descritti, al fine di salvaguardare gli investitori, tipicamente soggetti deboli del rapporto, la nullità del contratto o delle pattuizioni può essere fatta valere solo dal cliente e non anche dall'intermediario; in altre

²⁶ TUF ec Art. 23 (Contratti) 1." I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5 lettera f, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.... " L'art. 37 comma 1 Reg. intermediari stabilisce che «gli intermediari forniscono ai clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente». Alla necessità di forma scritta fa dunque eccezione il servizio di consulenza. La forma scritta assicura anzitutto la trasmissione d'informazioni. Essa ha, dunque, una finalità informativa. Questa funzione informativa si esplica non solo nei confronti delle parti, ma anche dei terzi che - per le più diverse ragioni - possono avere interesse a prendere conoscenza del contenuto del contratto. Sotto questo profilo la forma scritta potrebbe avere anche una finalità di promozione della concorrenza: essendo il contratto scritto, gli intermediari hanno la possibilità di conoscere e di confrontare le condizioni praticate dagli altri intermediari. In tal senso Valerio Sangiovanni, La mediazione obbligatoria in materia di contratti bancari, Milano, I Contratti 2/2008.

parole, solo il cliente può rivolgersi all'autorità giudiziaria e richiedere che il contratto o la pattuizione sia dichiarata nulla. Altra norma a tutela dei clienti è quella che prevede che, nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta spetti ai soggetti abilitati: sono i soggetti abilitati che devono dimostrare la correttezza del proprio comportamento.

Il contratto con l'investitore deve: specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche; stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni; prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta; indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati e warrant; indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio. Queste ultime disposizioni non si applicano però alla prestazione dei servizi di collocamento, ivi compresi quelli di offerta fuori sede e di promozione e collocamento a distanza, per i quali vigono regole più stringenti, e alla prestazione dei servizi accessori, fatta eccezione per quelli di concessione di finanziamenti agli investitori e di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari.

5. Chiarezza, correttezza, trasparenza

In tema di contratti finanziari l'intermediario è quindi tenuto, nel rispetto degli obblighi discendenti dall'art. 21 TUF, a proporre strumenti rispondenti sempre e primariamente alle esigenze del cliente²⁷. La violazione dei doveri d'informazione e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziari può dar luogo a responsabilità contrattuale (e quindi alla risoluzione del contratto), ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento. In tal caso è sufficiente che l'investitore alleggi la prova da parte dell'intermediario dell'inadempimento delle obbligazioni poste a suo carico dall'art. 21 d.lgs. n. 58 del 1998 (integrato dalla normativa secondaria) e che provi che il pregiudizio lamentato consegua a siffatto inadempimento; l'intermediario ha invece l'onere di provare d'aver rispettato i dettami di legge e di avere agito con la specifica diligenza richiesta²⁸.

²⁷ Tribunale Milano, 23 marzo 2012, n. 3513

²⁸ Cassazione civile sez. I, 29 ottobre 2010, n. 22147 in Giust. civ. Mass. 2010, 10, 1386

Facciamo il punto su tali regole. Esse servono a fare in modo che le informazioni che l'intermediario deve fornire al risparmiatore, di cui ha bisogno per effettuare in piena consapevolezza le proprie scelte di investimento, siano chiare e complete ed i comportamenti siano corretti. La disposizione richiamata fa puntuale riferimento alla "chiarezza", "correttezza" e "trasparenza", al fine di determinare quale debba essere il buon comportamento degli intermediari. Queste clausole hanno la funzione d'integrare i doveri specifici che incombono sugli intermediari, i quali sono tenuti a rispettare non solo tutto quanto loro dettagliatamente prescritto da legge e regolamento, ma – in funzione integrativa – tutto quanto correttezza e trasparenza impongono. Infatti, gli intermediari svolgono un'attività professionale e, dunque, la diligenza che è loro richiesta deve essere parametrata alla natura dell'attività svolta.

Il comportamento dell'intermediario non può che essere professionale se vuole essere diligente, in quanto diligenza significa anzitutto rispetto di tutte le disposizioni che regolano a livello primario e secondario la condotta degli operatori del settore. La "correttezza" è un termine che si rinviene nell'art. 1175 c.c.: "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza". Trasparenza significa chiarezza ed indica il complesso di comportamenti e di presidi organizzativi che consente un appropriato trasferimento d'informazioni dall'intermediario al contraente. In particolare, "trasparenza" (soprattutto se considerata insieme a correttezza) assume il significato anche di "completezza" dell'informativa, dal momento che trattenere informazioni può risultare fuorviante per il contraente ed impedirgli di prestare un consenso consapevole.

Più specificamente, in una materia tecnica quale quella finanziaria, l'intermediario trasparente è quello che pone il contraente nelle condizioni di capire gli elementi essenziali del rapporto contrattuale, spiegando la terminologia tecnica, in una terminologia ragionevolmente facile da comprendere con riferimento alla profilatura del cliente²⁹. Per completezza si rileva che la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo soltanto ad una responsabilità precontrattuale (e non alla nullità del contratto di intermediazione), con il conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Invece, può dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente, condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria. In nessun caso, in

²⁹ Sez. I, 29 dicembre 2011, n. 29864

difetto di una specifica previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.

Pertanto, in relazione al tema del contenuto dei contratti con gli investitori, può condividersi l'orientamento secondo cui è da ritenere che la violazione delle norme di comportamento degli intermediari, di cui agli art. 21, ss. TUF. e 27, ss. Reg. Consob n. 16190/2007, non comporti, salvo espressa disposizione contraria (come nei casi di degli art. 23, 1° e 2° comma, e 24, comma 2, TUF.), la nullità degli ordini di acquisto conferiti dal cliente all'intermediario, bensì solo l'applicabilità degli altri rimedi civilistici. La tutela reale del cliente non è infatti esclusa, ma ad essa si dovrà pervenire attraverso altri istituti, come ad esempio quello dell'annullabilità del contratto per dolo. Pertanto, gli obblighi informativi - cui gli intermediari sono soggetti ex art. 21 del TUF ed ex art. 27 e ss. del Reg. Consob n. 16190/2007 - costituiscono specificazioni ed integrazioni dell'obbligo di diligenza e del dovere generale di buona fede in sede di formazione ed esecuzione del contratto³⁰. La violazione di tali obblighi potrebbe allora dare luogo all'applicazione di rimedi civilistici diversi dalla nullità, ovvero a sanzioni amministrative a carico degli intermediari, come previsto espressamente dal Testo Unico della Finanza³¹.

L'importo della controversia sollevabile davanti la Camera, a differenza delle questioni sollevate all'Ombudsman e all'ABF, non ha un limite di valore ed è per sua natura generalmente molto elevato. Ai sensi dell'art. 19 del Regolamento, il valore della controversia è determinato ai sensi degli articoli 10 e seguenti del codice di procedura civile³² e rileva ai fini del calcolo delle indennità da porre a carico delle parti.

Sulla questione nulla dice per istituendo Arbitro la norma in esame. Tuttavia, dai lavori preparatori del "*Tavolo di lavoro congiunto permanente*", si era stabilita una soglia a 130.000 euro oltre la quale veniva meno la competenza dell'istituendo Arbitro.

Le controversie di importo maggiore pertanto non risulterebbero degne di tutela, e potranno essere risolte in via conciliativa da parte degli altri organismi di conciliazione operanti. Per inciso, si evidenzia che l'esperienza

³⁰ Da "Il dovere di diligenza, correttezza e trasparenza imposto all'intermediario finanziario nei contratti di intermediazione finanziaria", di Maurizio Tidona, Avvocato, in *Magistra, Banca e Finanza*, www.magistra.it, ISSN: 2039-7410, 2012

³¹ In tal senso il Tribunale Bari sez. IV, 10 marzo 2010, n. 814. In merito, si segnala, tuttavia, che la valutazione fatta dalla Camera sulla violazione da parte delle segnalate regole, vale solo ai fini dell'ammissibilità dell'istanza conciliativa.

³² Art. 10 c.p.c. Il valore della causa, ai fini della competenza, si determina dalla domanda a norma delle disposizioni seguenti. A tale effetto le domande proposte nello stesso processo contro la medesima persona si sommano tra loro, e gli interessi scaduti, le spese e i danni [1223, 1282, 2043 c.c.] anteriori alla proposizione si sommano col capitale.

dell'Organismo della Banca d'Italia, ha evidenziato che i risparmiatori tendono a ridurre la richiesta risarcitoria al fini di ottenere comunque una pronuncia dell'Organismo³³.

Per le controversie rimaste a carico dell'istituendo Arbitro, si rileva che il danno potrà essere liquidato in misura pari alla differenza tra il valore dei titoli al momento dell'acquisto e quello degli stessi al momento della domanda risarcitoria, solo se non risulti che, dopo l'acquisto, ma già prima della proposizione di detta domanda, il cliente, avendo avuto la possibilità con l'uso dell'ordinaria diligenza di rendersi autonomamente conto della rischiosità dei titoli acquistati, né sussistendo impedimenti giuridici o di fatto al disinvestimento, li abbia, tuttavia, conservati nel proprio patrimonio: nel qual caso, il risarcimento deve essere commisurato alla diminuzione del valore dei titoli tra il momento dell'acquisto e quello in cui l'investitore si è reso conto, o avrebbe potuto rendersi conto, del loro livello di rischiosità.

6. Le modifiche. I poteri del nuovo Arbitro Consob.

Ritornando al dispositivo di cui all'art. 1-bis al citato decreto legislativo, comma 5-bis, che prevede: *"I soggetti nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza, da individuarsi con il regolamento di cui al comma 5-ter, devono aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58"*, è chiara la volontà del legislatore d'imporre l'adesione dell'intermediario all'istituendo Arbitro Finanziario, fino a prevederne la sanzione in caso di mancata adesione. Prosegue infatti la norma citata *"in caso di mancata adesione, alle società e agli enti si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190, comma 1 del citato decreto legislativo n. 58 del 1998 e alle persone fisiche di cui all'articolo 18-bis del predetto decreto legislativo n. 58 del 1998 si applicano le sanzioni di cui all'articolo 190-ter del medesimo decreto legislativo"*.

Nello specifico l'art. 190-ter richiamato prevede testualmente: *"1. Si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquemila fino a cinque milioni di euro: a) in caso di esercizio dell'attività di consulente finanziario o di promotore finanziario in assenza dell'iscrizione negli albi prevista, rispettivamente, agli articoli 18-bis e 31; b) ai membri dell'organismo dei consulenti finanziari in caso di inosservanza delle disposizioni previste dall'articolo 18-bis e di quelle emanate in base ad esso; c) ai membri dell'organismo dei promotori finanziari in caso di inosservanza delle disposizioni previste dall'articolo 31 e di quelle emanate in base ad esso; d) alle persone fisiche, in caso di inosservanza dell'articolo 32-quater, commi 1 e*

³³ Alla Camera Consob è stata presentata una istanza di conciliazione di 16 milioni di euro di valore.

3, ovvero in caso di esercizio dell'attività di gestore di portale in assenza dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 50-quinquies. 2. Si applica l'articolo 188, commi 2 e 2-bis”.

Al successivo comma 5-ter., si dispone che “la Consob determina, con proprio regolamento, nel rispetto dei principi, delle procedure e dei requisiti di cui alla parte V titolo II-bis del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma 5-bis nonché i criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Alla copertura delle relative spese di funzionamento si provvede, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, ai sensi dell'articolo 9, comma 2” .

La legge, pertanto, rimanda alla Consob il potere dovere di stabilire i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle liti. Si tratta, dunque, nelle intenzioni del legislatore di costituire un vero organo decidente che, diversamente da quando accade per la Camera di Conciliazione ed Arbitrato, non si limita, ad amministrare le procedure, rimettendo l'accordo alle parti, pur guidate dai buoni uffici del conciliatore, ma sulla falsa riga di quanto accade per l'arbitrato, entra nel merito della controversia fornendo una propria valutazione del fatto e come tale esprime una decisione che, per l'autorevolezza ed imparzialità e ampia rappresentatività dei soggetti interessati nel corpo dell'organo decidente, abbia in astratto tutte le caratteristiche per essere una decisione “*pro veritate*”. Ci preme premettere, tuttavia, così come accade per le pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario attivato presso la Banca d'Italia, le pronunce dell'istituendo Arbitro Consob non dovrebbero vincolare giuridicamente né il cliente né l'intermediario, lasciando ferma per entrambi la possibilità di rimettere la controversia all'esame del giudice civile.

Il meccanismo così delineato, infatti, ha certamente il vantaggio di assicurare benefici sia in termini di tutela diretta dei c.d. contraenti deboli (investitori al dettaglio) tenuto conto del basso costo per gli stessi, nell'eventualità di uno specifico contenzioso, sia consente, attraverso la pubblicazione delle decisioni adottate dall'organismo, una volta rese pubbliche, agli intermediari di meglio definire più efficienti condotte per la gestione dei rapporti con i propri clienti (grazie alla diffusione delle *best practices*).

L'esperienza maturata in questi anni dall'Arbitro Bancario Finanziario, aiuta nel individuare le peculiarità del sistema adottato. In primo luogo va evidenziato, quanto ai compiti propri dell'istituendo Arbitro Finanziario, che essi comunque si inquadrano, nello svolgimento di un'attività di tipo amministrativo, essendo esclusa una attività giurisdizionale. Così come acutamente già evidenziato per l'ABF della Banca d'Italia da autorevoli commentatori , sembra potersi ritenere

che anche con riferimento al nuovo sistema arbitrale disegnato per la Camera Consob, la decisione di accoglimento della richiesta del cliente vada intesa e qualificata come un atto con cui l'Arbitro, agendo nell'ambito del rapporto di natura pubblicistica che lega la Consob ai soggetti su cui questa svolge la sua funzione di vigilanza, emana un ordine nei confronti dell'intermediario verso il quale il ricorso è stato proposto.

Un tale atto, determina, in virtù dei poteri autoritativi che fanno capo all'istituto, l'imposizione all'intermediario di un comportamento e, questo atto, assume sicura portata vincolante verso lo stesso. Gli atti conseguenti non hanno natura privatistica, anche se la qual cosa non esclude, evidentemente, che la decisione resa dall'AF possa costituire la fonte di un assetto di interessi che, anche se non recepito dalle parti in una transazione, magari tacitamente conclusa, assuma comunque stabilità come conseguenza della rinuncia che ne sia seguita, da parte del soccombente a far valere in giudizio le proprie ragioni. Ma, ripetiamo, si tratta solo di una accettazione della decisione dell'autorità amministrativa, non vincolante per il soccombente, in quanto l'ordine o comando inerente all'accoglimento del ricorso non è produttivo di effetti capaci di incidere sul rapporto cui la controversia si riferisce, neppure se seguito dall'adempimento dell'intermediario, come la lunga esperienza relativa all'Arbitro Bancario Finanziario si è incaricata di dimostrare.

La norma non dispone nulla sulla sorte della attuale Camera di Conciliazione ed Arbitrato. Tuttavia la presenza di due organismi in seno alla stessa autorità con compiti, finalità e modalità operative distinte non sembra essere compatibile con la volontà del legislatore che ha inteso, a parere dello scrivente, modificare l'attuale impianto rafforzando i poteri in termini di *moral suasion* che sono perseguibili attraverso l'Arbitro Finanziario e che invece sono privi di effettività nel caso delle procedure conciliative.

7. L' esperienza dell' Arbitro Bancario Finanziario. Brevi considerazioni.

L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF in breve), è stato previsto dall'articolo 128-bis del Testo unico bancario (TUB), introdotto dalla legge sul risparmio (legge n. 262/2005). Secondo questa norma, le banche e gli altri intermediari finanziari sono obbligati ad aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. La Banca d'Italia, inoltre, quando riceve un reclamo dalla clientela, indica al reclamante la possibilità di adire i sistemi di risoluzione stragiudiziale della controversia³⁴.

³⁴ Per un approfondimento SALVANESCHI, RADICATI DI BROZOLO, CARLEVARIS, AVVALENA, CINTIOLI, IACOVIELLO, IELO, NEGRI, OLIVIERI, VILLA, L'Arbitro bancario Finanziario, in Arbitrato, Milano, 2012, p. 342; DE CAROLIS, L'Arbitro Bancario Finanziario come strumento di tutela della trasparenza, in Quaderni di Ricerca Giuridica Banca d'Italia, n. 70, 2011 e QUADRI, L'arbitrato bancario e finanziario nel quadro sei sistemi di risoluzione stragiudiziale

Il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) - che opera presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze - con una delibera del 29 luglio 2008, ha stabilito i criteri per lo svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e ha affidato alla Banca d'Italia il compito di curarne l'organizzazione e il funzionamento. La Banca d'Italia ha adottato il 18 giugno 2009 le disposizioni di attuazione della delibera del CICR, che sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, del 24 giugno 2009³⁵. L'Arbitro Bancario Finanziario è composto da un Organo decidente e da una Segreteria tecnica. L'Organo decidente è articolato sul territorio nazionale in tre Collegi: uno a Milano, uno a Roma e uno a Napoli³⁶.

In ciascun Collegio l'Organo decidente è composto da cinque membri: il Presidente e due membri sono scelti dalla Banca d'Italia, un membro è designato dalle associazioni degli intermediari, un membro è designato dalle associazioni che rappresentano i clienti (imprese e consumatori). Il Presidente

delle controversie, in Nuova Giur. Civ. comm., 2010 ,p. 318. Le regole di trasparenza si applicano, come previsto dal Testo Unico Bancario (TUB), a tutte le operazioni e ai servizi di natura bancaria e finanziaria, incluso il credito ai consumatori e i servizi Bancoposta, offerti dalle banche (italiane e comunitarie) e dagli intermediari finanziari, anche al di fuori degli sportelli ("fuori sede") o mediante "tecniche di comunicazione a distanza" (ad esempio Internet). Per assicurare il rispetto della normativa la legge attribuisce alla Banca d'Italia il potere di eseguire controlli e imporre sanzioni agli intermediari sottoposti alla sua vigilanza. Per esempio i più diffusi prodotti e servizi ai quali si applica la disciplina sono: depositi, mutui, aperture di credito, anticipazioni bancarie, crediti di firma, sconti di portafoglio, *leasing* finanziario, *factoring*, altri finanziamenti, garanzie ricevute, conti correnti di corrispondenza, incassi e pagamenti, emissione di moneta elettronica (carte bancomat o carte di credito), versamento e prelievo di contante presso sportelli automatici, acquisto e vendita di valuta estera, intermediazione in cambi, custodia e amministrazione di strumenti finanziari, locazione di cassette di sicurezza. La disciplina si applica anche ai buoni fruttiferi e ai certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario. La disciplina, come meglio vedremo di seguito, non si applica ai servizi e alle attività di investimento e al collocamento di prodotti finanziari aventi finalità di investimento, quali ad esempio, obbligazioni e altri titoli di debito, certificati di deposito, contratti derivati, pronti contro termine (non sono considerati prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari, per questi quindi le regole di trasparenza valgono). Per i servizi, gli strumenti e i prodotti finanziari che hanno finalità di investimento sono infatti contenute nel TUF e la relativa disciplina d'attuazione è emanata dalla Consob. Tutti i soggetti che offrono tali servizi, comprese le banche, devono rispettare queste regole.

³⁵ In data 15 febbraio 2010, la Banca d'Italia ha aggiornato le disposizioni citate (sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, emanate in data 18 giugno 2009 in attuazione della delibera CICR del 29 luglio 2008, con le quali è stato istituito l'Arbitro Bancario Finanziario - ABF e prevista l'adesione obbligatoria a quest'ultimo da parte degli intermediari), prevedendo che l'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario si affianca e non si sostituisce a quella dell'Ombudsman che, per esplicita previsione delle vigenti Disposizioni di Vigilanza, a partire dall'entrata in vigore del nuovo ABF, cessa la propria attività relativamente alle materie di competenza dell'ABF e prosegue a gestire le sole controversie inerenti i servizi di investimento.

³⁶ Il Collegio con sede a Milano è competente per la decisione sui ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto; il collegio con sede a Roma per Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria e per i ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno stato estero; il collegio di Napoli è invece competente per Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia.

resta in carica per cinque anni e gli altri membri per tre anni; il mandato è rinnovabile una sola volta. Possono essere sottoposte ad esso le controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari. Sono escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento ed alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del TUF ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

All'ABF possono essere sottoposte tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono. Se la richiesta del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro. Sono, altresì, escluse dalla cognizione dell'organo decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario; sono parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad esempio, quelle riguardanti eventuali vizi del bene concesso in *leasing* o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di *factoring*).

Non possono, altresì, essere sottoposte all'ABF le controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2007.

Non possono essere, inoltre, proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, salvo i ricorsi proposti entro il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28; anche in questi casi, resta fermo l'ambito della cognizione dell'ABF definito dalle disposizioni. L'ABF non può conoscere controversie per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione. Non possono, inoltre, essere proposti ricorsi inerenti a controversie rimesse a decisione arbitrale, ovvero, per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge (ad esempio, decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28) promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito.

Il ricorso all'ABF è, tuttavia, possibile in caso di fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa; in questo caso – fermo restando quanto previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 – il ricorso può essere proposto anche qualora sia decorso il termine di 12 mesi di cui alla sezione VI, paragrafo 1. Nel caso di azione collettiva risarcitoria di cui all'articolo 140-bis del Codice del Consumo, la controversia si intende sottoposta all'autorità giudiziaria dal momento in cui il consumatore o utente aderisce all'azione collettiva.

Ma veniamo al dunque, che effetto hanno le decisioni dell'ABF ?

L'Arbitro Bancario Finanziario è un sistema nuovo, la cui istituzione, come visto, è prevista direttamente dalla legge (art. 128-bis TUB). Gli intermediari sono obbligati ad aderirvi ma le sue decisioni non sono vincolanti per le parti, che hanno sempre la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria³⁷. La notizia dell'inadempimento dell'intermediario, o della sua mancata cooperazione al funzionamento della procedura, come in caso di omissioni ritardi nell'invio della documentazione, è pubblicata sul sito internet dell'ABF, e – a cura e spese dell'intermediario – in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale.

Si noti che il giudizio davanti all'ABF non ha i caratteri di una cognizione processuale assimilabile a quella del giudice ordinario o dell'arbitro; in linea di principio, infatti, la decisione emessa dal Collegio difetta dei requisiti di accessorialità, definitività e vincolatività, limitandosi la sanzione per l'intermediario ad avere carattere reputazionale³⁸.

In merito, tuttavia, va evidenziato che *“gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza”*, pertanto, il mancato adempimento dell'intermediario alla decisione assunta dall'ABF espone l'intermediario, non solo all'irrogazione delle sanzioni di cui sopra, ma anche alle sanzioni che Banca d'Italia può infliggere nell'esercizio delle proprie attività di vigilanza sulla conformità dei comportamenti degli intermediari alle prescrizioni del TUB³⁹ e, in particolare, alle regole di trasparenza (vedi *“Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”* emanate da Banca d'Italia il 29.07.2009).

La pronuncia dell'ABF è totalmente priva di esecutività, e non può essere omologata dal giudice e acquistare valore di titolo esecutivo. È stato da più parti sottolineato che l'ABF non ha natura conciliativa, in quanto, a differenza della conciliazione, non mira al raggiungimento di un accordo transattivo sulla

³⁷ Così SCARPA, I procedimenti tutelari e possessori, Le novità della riforma, Milano 2005, 1, p. 143; evidenza, invero, E. CAPOBIANCO in *“Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario”*, www.judicium.it, che il procedimento istituito dall'art. 128 bis T.U.B., a differenza della conciliazione prevista per le controversie concernenti i servizi e le attività di investimento dal d.lgs. n. 179 del 2007, non è, appunto, un procedimento conciliativo, e tanto meno ha i caratteri della mediazione (tant'è che le disposizioni attuative stabiliscono che il procedimento davanti all'ABF sia interrotto qualora il ricorrente, in relazione alla medesima controversia, comunichi di aver promosso o di aver aderito a un tentativo di conciliazione o di mediazione), costituendo, piuttosto, un procedimento a carattere decisorio.

³⁸ Peraltro, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che alla pubblicazione della misura sanzionatoria adottata deve riconoscersi natura di sanzione accessoria con finalità punitive, in ragione del carattere afflittivo di cui essa è dotata, per le ripercussioni negative che ne conseguono in termini di immagine e percezione sociale del soggetto sanzionato (Cass. Civ. S.U., 30 settembre 2009, n. 20929).

³⁹ Cfr. GOISIS, Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 79 ss.

base di un'eventuale proposta del conciliatore, ma è un organismo imparziale, chiamato ad assumere una decisione, comunque inidonea a sostituirsi a quella dell'autorità giudiziaria, cui le parti sono comunque libere di ricorrere. Appare corretta, quindi, l'interpretazione oramai acquisita dalla migliore dottrina, per la quale la decisione dell'ABF non produce alcun effetto giuridico tra le parti e l'intermediario non è obbligato in senso tecnico ad adempiere alla decisione, la quale sarebbe quindi una sorta di parere *pro-veritate* mediante il quale l'organo esprimerebbe una valutazione sulla controversia in atto tra l'intermediario e il cliente e sulla fondatezza delle pretese avanzate da quest'ultimo nei confronti del primo. L'ABF avrebbe insomma una funzione, una finalità, prettamente preventiva, e solo indirettamente deflattiva, del contenzioso.

Comunque, un rischio alto per l'intermediario, se si tiene conto che la decisione dell'ABF fa scuola per i casi simili non solo con riferimento all'intermediario colpito, ma anche per gli altri. Ne segue, alla luce di quanto esposto, che sarebbe consigliabile per gli intermediari porre maggiore attenzione nella gestione dei reclami e dei connessi rapporti con la clientela, sostenendo lo sviluppo della mediazione o, in alternativa, dell'arbitrato tradizionalmente inteso e che, conseguentemente, vada posta una particolare attenzione alla modulistica contrattuale che preveda, in caso del sorgere controversie, le procedure conciliative e puntuali clausole d'arbitrato.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA

Editrice
