

*Le imprese e l'equivoco ABF**

di GIAN DOMENICO MOSCO E SALVATORE LOPREIATO

SOMMARIO: **1.** I RICORSI DELLE IMPRESE: I DATI DELLA *RELAZIONE ABF 2020*. – **2.** LA CONFERMA DELLO SCARSO RICORSO DELLE IMPRESE ALL'ABF E LE POSSIBILI RAGIONI. – **3.** ALCUNI TEMI DEI RICORSI E GLI ORIENTAMENTI DEI COLLEGI. – **3.1.** LE SEGNALAZIONI PREGIUDIZIEVOLI. – **3.1.1.** LA CENTRALE RISCHI DELLA BANCA D'ITALIA – **3.1.2.** I SISTEMI DI INFORMAZIONI CREDITIZIE (SIC). – **3.1.3.** LA CENTRALE D'ALLARME INTERBANCARIA (CAI) – **4.** LE FRODI INFORMATICHE. – **5.** IL *CHARGEBACK* – **6.** LE MISURE DI SOSTEGNO ALLE IMPRESE PER L'EMERGENZA SANITARIA DA COVID-19. – **6.1.** LA MORATORIA DEI FINANZIAMENTI. – **6.2.** I FINANZIAMENTI GARANTITI DAL FONDO. – **7.** I PROFILI DI INAMMISSIBILITÀ: LA MANCANZA DI PREVENTIVO RECLAMO. – **8.** (*SEGUE*) LA LITISPENDENZA. – **9.** (*SEGUE*) L'INCOMPETENZA PER VALORE E PER MATERIA. – **10.** (*SEGUE*) LE DOMANDE DI CONDANNA O DI INIBITORIA DI COMPORTAMENTI DETERMINATI. – **11.** (*SEGUE*) LA DOMANDA DI "CONSULENZA". – **12.** IL MERITO DELLA CONTROVERSIA E LA CARENZA DI PROVA. – **13.** (*SEGUE*) *LE DOMANDE DI RISARCIMENTO DEL DANNO E DI REFUSIONE DELLE SPESE DI LITE*. – **14.** PRESENTARE UN RICORSO CHE PUÒ ESSERE ACCOLTO (SE FONDATO): SINTESI. – **15.** L'EQUIVOCO DELLE IMPRESE CON RIGUARDO ALL'ABF. – **15.1.** IL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI IMPRENDITORIALI. – **16.** (*SEGUE*). SPUNTI PER UN POSSIBILE CONTRIBUTO DELLO STESSO ABF.

Abstract

On average, 70% of the claims brought by undertakings before the Banking and Financial Arbitrator ('ABF') is unsuccessful. Moving from this observation, we analyse the admissible claims that were successful on their merit, as well as the ABF's decisions on them, to identify their main features. Our analysis seeks to shed light on the most conflicting aspects of the relations between undertakings and banks and, most importantly, to clarify how the ABF reaches a decision and why it dismisses appeals at such high rates. Ultimately, we contribute to the academic literature on the topic by identifying what it takes for an appeal before the ABF to be successful. Our analysis also provides some helpful indications that prospective claimants before the ABF can consider when drafting and submitting their claims.

1. I ricorsi delle imprese: i dati della *Relazione ABF 2020*. Dall'analisi del contenzioso per tipologia di ricorrente contenuta nella *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario 2020*¹ emerge che nel 2020 su un totale di

* Il lavoro, che trova in parte origine nella relazione svolta da Gian Domenico Mosco nel *webinar* sull'Arbitro Bancario Finanziario organizzato da Confindustria il 9 dicembre 2021, si deve nel complesso al contributo di entrambi gli autori, che ne condividono la responsabilità. Nondimeno, i paragrafi 1, 2, 6.2, 7, 13, 14, 15 e 16 sono riferibili in particolare a Gian Domenico Mosco, i paragrafi 3 e relativi sottoparagrafi, 4, 5, 6, 6.1, 8, 9, 10, 11 e 12 a Salvatore Lopreiato.

30.918 ricorsi ricevuti la quasi totalità (29.880, pari al 97%) proviene da clienti consumatori, e solo il 3% (1.038 ricorsi) da non consumatori (v. la tav. 2 dell'Appendice). I non consumatori sono i clienti degli intermediari diversi dalle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. Anzi tutto, dunque, le imprese, ma anche professionisti, associazioni e altri enti, condomini. Dunque, i dati sono soggetti alla tara di un riferimento che non è esclusivo alle imprese.

Anche dall'analisi degli esiti dei ricorsi presentati l'ABF si presenta come una sorta di Giano bifronte a seconda che lo si guardi dalla prospettiva dei consumatori o delle imprese. Per i primi la quota di pronunce sostanzialmente positive (accoglimenti dei ricorsi e cessazioni della materia del contendere) è superiore alla metà dei ricorsi presentati ed è significativamente cresciuta dal 2018 a oggi, anche per effetto dell'incidenza delle controversie sulla cessione del quinto (dal 69% nel 2018, dei quali 47% di accoglimento e 22% c.m.c. al 75% nel 2020, dei quali 60% di accoglimento e 15% c.m.c.). Per i clienti "non consumatori", invece, i ricorsi respinti sono più della metà (58% nel 2018 e nel 2019, percentuale che scende leggermente – al 52% – nel 2020). La percentuale di accoglimento rimane costante al 29% in tutti e tre gli anni, mentre nel 2020 sono aumentate le pronunce di cessazione della materia del contendere (19% rispetto al 13% degli anni precedenti). Del resto, il 94% degli importi riconosciuti ai ricorrenti hanno riguardato i consumatori: su 29 milioni di euro complessivi, ai non consumatori sono andati solo 2 milioni di euro (*Relazione ABF 2020*, p. 27), il doppio più o meno del rapporto tra ricorsi dei non consumatori e dei consumatori, ma comunque un ammontare molto ridotto.

Dunque pare, da un canto, che le imprese non utilizzano l'ABF in misura soddisfacente; dall'altro canto, che quando lo fanno non riescono il più delle volte a farsi dare ragione dall'Arbitro bancario e finanziario.

¹ Disponibile all'indirizzo https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/versione-italiana/Relazione_ABF_2020.pdf

In questo breve intervento ci si limita a condividere alcuni spunti di riflessione suscitati dalla partecipazione dei due autori ai Collegi ABF di Roma e di Palermo nella composizione “non consumatori”². Il Collegio di Roma riceve il maggior numero di ricorsi, nel 2020 il 21% del totale, superando anche Milano (20%); quello di Palermo si colloca, con il 14% del totale dei ricorsi, subito dopo Milano.

2. La conferma dello scarso ricorso delle imprese all’ABF e le possibili ragioni. Non è qui possibile indagare le ragioni per le quali le imprese, e in generale i non consumatori, si rivolgono all’ABF ancora in una misura che sembra, a prima vista, molto limitata.

Va ricordato che il ricorso all’ABF costituisce, in alternativa alla mediazione, condizione di procedibilità delle domande giudiziali relative a contratti bancari e finanziari. Secondo l’ultima *Relazione ABF 2020* (p. 25), nel 2020 le mediazioni sono state circa la metà dei ricorsi all’Arbitro Bancario Finanziario, 15 mila (e circa 18 mila i nuovi procedimenti giudiziari). Non pare che vi siano dati specifici per i non consumatori, che pure dovrebbero essere ancor meno portati, per la complessità delle loro controversie, a ricorrere a soggetti non specializzati e non abilitati a decidere rispetto all’Arbitro bancario, specializzato e che decide sulla controversia, sia pure in termini non vincolanti. Insomma, sembra che si ricorra poco sia all’Arbitro, sia alla giustizia ordinaria. Ma è realmente così?

In Italia vi sono, secondo l’ISTAT (v. il *Censimento permanente delle imprese 2019*), circa 4,4 milioni di imprese (circa un milione con più di tre addetti) e più in generale le partite IVA attive sono 6,2 milioni. Senza alcuna pretesa statistica e a spanne, se ai circa 47 milioni di correntisti (secondo un’indagine di *Learnbonds* riferita al 2019) togliamo le partite iva, restano 40,8 milioni di “consumatori” che nel 2020 hanno presentato, si è detto, circa 30 mila ricorsi, che ne rappresentano, salvo errori, lo 0.0735%. La stessa percentuale applicata

² Nondimeno, tutte le opinioni espresse nell’articolo hanno carattere personale e non coinvolgono in alcun modo l’ABF e la Banca d’Italia.

alle partite iva porterebbe a 4.600 ricorsi. Se applicata solo ai 4,4 milioni di imprese, a 3.200.

Sembra dunque che all'appello manchi in effetti un numero considerevole di ricorsi (e di tutele giudiziarie).

Certo, con riguardo all'ABF può incidere il limite di valore, peraltro dall'ottobre 2020 raddoppiato da 100 a 200 mila euro, che forse rende l'ABF marginale per le grandi e medie imprese, che sono comunque bene in grado di difendere i propri interessi nei confronti delle banche senza dover ricorrere a giudici o arbitri, salvo casi eccezionali. Ma queste imprese rappresentano nel complesso una porzione molto piccola della nostra realtà imprenditoriale, posto che ancora per l'ISTAT (*Annuario statistico italiano/2019*, riferendosi solo al parametro degli addetti) sono circa 24.000. Le stesse piccole, ma non micro, imprese sono per l'ISTAT solo 190.000 circa, delle quali quasi 140.000 non superano i 20 addetti.

Si può azzardare, allora, che più della notoria scarsità di organizzazione e risorse delle imprese minori – che condividono presumibilmente con la gran parte dei consumatori – a spiegare almeno in parte il dato sia forse la loro connessa e perdurante dipendenza dal sistema bancario, dal quale continuano a dipendere in via pressoché esclusiva per la provvista di capitali. Tanto da evitare in genere di contestarne l'operato anche quando – e forse non è così frequente – prima si rendono conto di aver subito un torto, poi non riescono a ottenere soddisfazione in via amichevole.

Sembra certo, in ogni caso, che vi sia grande spazio per incrementare il ricorso all'Arbitro bancario da parte delle imprese, e in generale dei non consumatori. Ancor più se venisse ridotto in termini significativi l'altro aspetto negativo dell'attuale stato di cose: l'esito sfavorevole della maggior parte dei ricorsi ABF proposti dalle imprese, che è ovviamente un elemento di per sé allarmante.

È su questo aspetto che appare opportuno concentrarsi, avvertendo subito che l'abnorme esito negativo dei ricorsi delle imprese decisi dall'ABF (sette su dieci) dipende, secondo la nostra esperienza, da due fattori: il numero eccessivo

dei casi d'inammissibilità e la carenza di prova con riguardo al merito della controversia.

Un esito ancora più sfavorevole se si limita il dato a quelli conclusi con un reale ristoro per le imprese, vale a dire con il risarcimento dei danni. Risarcimento che è spesso negato.

3. Alcuni temi dei ricorsi e gli orientamenti dei Collegi. Può però essere d'interesse ricordare anzi tutto quelli che sono, secondo l'esperienza degli autori, alcuni dei principali filoni dei ricorsi proposti dalle imprese e i relativi orientamenti ABF, sia per stabilire quali sono i profili del rapporto banche-imprese che al momento generano maggiore conflittualità, sia per "toccare con mano" come l'Arbitro giunge a una decisione e perché spesso questa sia negativa.

Per la *Relazione ABF 2020*, oltre al conto corrente, che continua a rappresentare il filone di contenzioso più frequente (20%), sono in crescita i ricorsi sulle segnalazioni alla Centrale dei rischi (CR: 10%) e ad altri sistemi di informazione creditizia (SIC: 6%), mentre è stabile quello sui bonifici (11%). I ricorsi sono in ogni caso decisamente più diversificati per materia rispetto a quelli dei consumatori.

3.1. Le segnalazioni pregiudizievoli. Senza considerare le questioni relative ai conti corrente, un primo filone giurisprudenziale particolarmente ricco di decisioni ABF riguarda in effetti le cosiddette segnalazioni negative nelle centrali rischi, pubbliche e private, delle quali le imprese chiedono la cancellazione (oltre al risarcimento del danno) in quanto pregiudizievoli sul piano della reputazione e dell'accesso al credito.

3.1.1. La Centrale Rischi della Banca d'Italia. Con riguardo alle centrali dei rischi pubbliche, la maggior parte delle controversie riguarda la Centrale Rischi della Banca d'Italia e le segnalazioni contestate sono per lo più segnalazioni a "sofferenza".

Per quanto concerne il presupposto sostanziale della segnalazione, la giurisprudenza dell'ABF è allineata con quella ordinaria nell'affermare che la segnalazione a sofferenza richiede una valutazione complessiva della situazione finanziaria del cliente per verificare se sia espressione di una stabile e consolidata incapacità di fare fronte ai propri debiti. La sofferenza indica infatti una situazione patrimoniale caratterizzata da una grave difficoltà economica non temporanea, equiparabile, anche se non coincidente, alla condizione di insolvenza: il semplice ritardo nel pagamento del debito o la contestazione del credito da parte del debitore non determina la segnalazione a sofferenza.

Qualora venga contestata la legittimità di una segnalazione a sofferenza per mancanza del presupposto sostanziale, l'ABF esige dall'intermediario l'allegazione di elementi rilevanti sotto il profilo dell'identificazione di una condizione di grave e non transitoria difficoltà economica dell'impresa ricorrente. Viene pertanto esclusa la legittimità di segnalazioni a sofferenza discendenti da un mero ritardo nei pagamenti, come pure di quelle effettuate in pendenza di trattative per la conclusione di un piano di rientro dell'esposizione debitoria, trattative che vengono considerate indicative di una situazione non definitivamente compromessa. Va però ricordato che qualora, dopo la segnalazione a sofferenza, il debito venga saldato a seguito di un accordo transattivo, l'intermediario è comunque tenuto a segnalare nella categoria "sofferenze-crediti passati a perdita" la parte di credito non recuperata in quanto non coperta dall'accordo. Il pagamento del debito non comporta la cancellazione delle segnalazioni a sofferenza pregresse.

Le segnalazioni a sofferenza in CR sono spesso contestate dalle imprese anche sotto il profilo procedurale, concernente il mancato invio di un preavviso di segnalazione. La *Circolare della Banca d'Italia n. 139 dell'11 febbraio 1991 – Centrale dei rischi Istruzioni per gli intermediari creditizi*³ (v. il capitolo I, sezione 1, parag. 4) stabilisce che "gli intermediari devono informare per iscritto il cliente e gli eventuali coobbligati (garanti, soci illimitatamente responsabili) in occasione

³ In data 21 ottobre 2021 è stato pubblicato il 20° Aggiornamento della *Circolare*, che sostituisce il 19° Aggiornamento del 10 febbraio 2020 al quale ci si riferisce nel testo.

della prima segnalazione a sofferenza” (v. sez. I, parag. 4). Si tratta di un obbligo di comunicazione che per i clienti non consumatori non deve necessariamente precedere la segnalazione in CR e che si configura come una condotta dovuta dall’intermediario diligente nell’adempimento degli obblighi di trasparenza negoziale e di esecuzione del rapporto secondo correttezza e buona fede ex art. 1375 c.c. L’omesso invio dell’avviso di segnalazione non incide perciò sulla validità della segnalazione, ma solo sul piano obbligatorio dell’eventuale risarcimento del danno, fermo che la *Circolare* specifica, tra l’altro, che “per garantire l’inoltro delle segnalazioni nei termini previsti, l’intermediario può – se necessario previa integrazione del contratto di finanziamento – preavvertire il debitore/consumatore anche attraverso l’uso di mezzi elettronici o telematici, quali ad esempio email o sms, che consentano il tempestivo e sicuro recapito dell’informazione” (v. ancora sez. I, parag. 4).

3.1.2. I sistemi di informazioni creditizie (SIC). La mancata trasmissione del preavviso può invece in alcuni casi condurre all’illegittimità della segnalazione pregiudizievole (e non solo a conseguenze di tipo risarcitorio) qualora la stessa sia effettuata in una centrale rischi privata o in un sistema di informazioni creditizie (SIC), quali CRIF, Experian, ecc.

Per queste segnalazioni la trasmissione del preavviso di segnalazione è imposta dal Codice Deontologico SIC, il cui art. 4, comma 7, prevede che “[a]l verificarsi di ritardi nei pagamenti, il partecipante, anche unitamente all’invio di solleciti o di altre comunicazioni, avverte l’interessato circa l’imminente registrazione dei dati in uno o più sistemi di informazioni creditizie”. La *ratio* della disposizione, come risulta dal Provvedimento interpretativo del Codice Deontologico SIC del 26 ottobre 2017, è “quella di rendere edotti gli interessati delle conseguenze di un perdurante inadempimento, dando così loro la possibilità di sanarlo prima di procedere all’effettiva iscrizione dei nominativi nei «Sic»”. Secondo l’orientamento dell’ABF, in mancanza della prova da parte dell’intermediario dell’invio al ricorrente di “*un preavviso (quanto meno) in occasione della prima segnalazione di ritardo nel pagamento delle rate*”, la

segnalazione deve considerarsi illegittima e va cancellata (Coll. Roma, 20151/2019).

Va nondimeno rammentato che il Collegio di coordinamento, che considera il meccanismo protettivo del preavviso previsto dal Codice Deontologico SIC operante a favore dei soli consumatori persone fisiche (decisione del 24 settembre 2012, n. 3089) e non anche delle persone giuridiche (decisione del 20 maggio 2015, n. 4140), ne giudica legittima l'estensione a professionisti e imprenditori individuali in ragione della loro posizione di debolezza cognitiva assimilabile a quella dei consumatori (decisione del 20 ottobre 2016, n. 9311).

3.1.3. La Centrale d'Allarme Interbancaria (CAI). Anche per quanto riguarda le segnalazioni nella Centrale d'Allarme Interbancaria (CAI) il mancato invio del preavviso di segnalazione da parte dell'intermediario determina l'illegittimità sostanziale della segnalazione, obbligandolo alla sua cancellazione.

Va a riguardo ricordato che, con l'entrata in vigore del d. lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (c.d. PSD²), il preavviso è diventato obbligatorio anche per le segnalazioni di revoca dell'utilizzo di carte di credito (art. 10-ter l. 15 dicembre 1990, n. 386), mentre in precedenza era richiesto dall'art. 9-bis solo con riferimento alle segnalazioni in CAI di assegni impagati per difetto di provvista.

Come riconosciuto dalla recentissima pronuncia del Collegio di Coordinamento n. 8089/2021, con l'introduzione dell'art. 10-ter si è voluto estendere anche ai titolari di carte di pagamento la specifica protezione connessa all'obbligo di preavviso, la cui *ratio* "è, notoriamente, quella di consentire al cliente di attivarsi – nel lasso di tempo che intercorre tra il preavviso e il prodursi di certe conseguenze – adempiendo agli obblighi su di lui gravanti così da evitare di incorrere nelle predette conseguenze". Pertanto, il preavviso di segnalazione di revoca della carta di credito non può limitarsi a preannunciare genericamente la segnalazione ma deve far comprendere al cliente che il termine di preavviso è

una sorta di termine di grazia, nel quale può attivarsi e procedere al pagamento di quanto dovuto all'emittente per evitare la segnalazione pregiudizievole.

Le segnalazioni in CAI di assegni impagati per difetto di provvista vengono oggi contestate, oltre che sotto il profilo della mancanza del preavviso, per violazione della sospensione straordinaria nel periodo 22 febbraio 2020-31 gennaio 2021 dei termini di pagamento dei titoli di credito disposta dalla normativa emergenziale COVID.

A riguardo, l'art. 11 del d.l. n. 20/2023 ha stabilito al primo comma che "i termini di scadenza ricadenti o decorrenti nel periodo dal 9 marzo 2020 al 30 aprile 2020, relativi a vaglia cambiari, cambiali e altri titoli di credito emessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto, ed ogni altro atto avente efficacia esecutiva a quella stessa data sono sospesi per lo stesso periodo", precisando espressamente che "la sospensione di cui al comma 1 opera" anche sul "termine per il pagamento tardivo dell'assegno previsto dall'articolo 8, comma 1, della (...) legge n. 386 del 1990" (comma 2, lett. d). Il termine finale di sospensione del 30 aprile è stato traslato al 31 agosto 2020 dalla legge di conversione n. 40/2020 e il successivo d.l. n. 104/2020, entrato in vigore il 15 agosto 2020, ha confermato tale termine finale, estendendolo a tutti i titoli, a prescindere dalla data di emissione anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 20/2023 ("Fermo restando quanto previsto ai commi 2 e 3, i termini di scadenza relativi a vaglia cambiari, cambiali e altri titoli di credito e ad ogni altro atto avente efficacia esecutiva, sono sospesi fino al 31 agosto 2020. La sospensione opera a favore dei debitori e obbligati anche in via di regresso o di garanzia, salva la facoltà degli stessi di rinunciarvi espressamente").

Il terzo comma della disposizione, inserito dalla legge di conversione 5 giugno 2020, n. 40 precisa che "I protesti o le constatazioni equivalenti levati dal 9 marzo 2020 fino al 31 agosto 2020 non sono trasmessi dai pubblici ufficiali alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura; ove già pubblicati le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura provvedono d'ufficio alla loro cancellazione. Con riferimento allo stesso periodo sono sospese le informative al prefetto di cui all'articolo 8-bis, commi 1 e 2, della legge 15

dicembre 1990, n. 386, e le iscrizioni nell'archivio informatizzato di cui all'articolo 10-*bis* della medesima legge n. 386 del 1990, che, ove già effettuate, sono cancellate”.

4. Le frodi informatiche. Un secondo filone di decisioni riguarda le frodi informatiche, che purtroppo aumentano sempre di più anche fra le imprese in conseguenza dell'impiego degli strumenti di pagamento per l'ordinario svolgimento della propria attività.

Gli usi “non autorizzati” di uno strumento di pagamento sono molteplici e spaziano dal furto materiale dello strumento a quello “virtuale”, che normalmente si realizza attraverso l'esecuzione di bonifici *on line* a beneficiari sconosciuti, ma può consistere anche in vere e proprie operazioni di prelievo effettuate allo sportello ATM senza l'inserimento materiale della carta, ma con digitazione di credenziali, fino alla vera e propria clonazione dello strumento.

L'uso non autorizzato di strumenti di pagamento è disciplinato dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, come modificato dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 che ha recepito la direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 (c.d. PSD2) relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

Si tratta una normativa che – come ormai pacificamente riconosciuto – istituisce “un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale *favor probatorio* a beneficio degli utilizzatori” (così il Coll. Coord, decisione n. 897 del 14 febbraio 2014; v. anche le decisioni nn. 3947/2014 e 3498/2012), tenuti al semplice disconoscimento delle operazioni di pagamento contestate. Il rischio d'impresa connesso all'impiego fraudolento di carte di credito o di strumenti di pagamento viene per converso allocato sul fornitore dei servizi di pagamento, il quale è in grado di parcellizzarlo, distribuendolo sulla moltitudine dei clienti (v. Coll. Roma, n. 1111/2010).

Infatti, qualora l'utente disconosca un'operazione di pagamento, l'art. 10 del d. lgs. 11/2010 fa ricadere in capo all'intermediario l'onere di provare sia che l'utente abbia agito con frode, dolo o colpa grave (comma 2), sia che l'operazione

stessa sia stata “autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti” (comma 1).

Nei ricorsi con i quali i clienti disconoscono il compimento di operazioni non autorizzate, l'allegazione documentale è dunque sostanzialmente rimessa all'intermediario, che svolge difese molto articolate, quasi sempre volte a dimostrare la “colpa grave” del cliente che è rimasto vittima della frode informatica.

In realtà, la valutazione della colpa dell'impresa ricorrente ai sensi del 2° comma dell'art. 10 del d. lgs. 11/2010 può trovare spazio, e assumere rilievo per tenere indenne da responsabilità l'intermediario, soltanto qualora questi assolva all'onere probatorio richiesto dal 1° comma della medesima disposizione, come detto concernente la corretta autenticazione, registrazione e contabilizzazione dell'operazione disconosciuta nonché la mancata verifica di malfunzionamenti. In questa prospettiva è determinante la produzione da parte dell'intermediario dei log informatici delle operazioni contestate dai quali si riesca a evincere sia la predisposizione di una *strong customer authentication* (SCA) realizzata attraverso un sistema multifattoriale, sia la mancanza di anomalie nell'esecuzione delle operazioni. Qualora su questo versante la difesa dell'intermediario sia carente – perché non vengono allegati i *log* o perché vengono allegati in maniera non chiara e senza dare spiegazioni in ordine alle sigle che li contraddistinguono, ovvero ancora perché dalle tracciate informatiche risultano messaggi di anomalia che l'intermediario non chiarisce – emerge la responsabilità dell'intermediario.

Quando l'intermediario riesce a superare lo *step* della corretta autenticazione dell'operazione disconosciuta, la questione si sposta inevitabilmente sul piano della valutazione della “colpa grave” del cliente, valutazione nella quale assume rilievo determinante l'identificazione della tipologia di frode informatica da questi subita. Anzi tutto, le frodi possono essere realizzate in essere secondo schemi tipici e ampiamente noti e collaudati come il *phishing*, che consiste nell'indurre il titolare dello strumento a comunicare e (o)

a inserire su dispositivi o piattaforme informatiche le proprie credenziali personalizzate, solitamente adducendo falsamente l'esistenza di tentativi di accesso abusivo o più genericamente l'opportunità di verificare o implementare caratteristiche di sicurezza (l'induzione, che solitamente prende le forme di una mail civetta, viene denominata *smshing* quando si realizza tramite l'invio di sms e *vishing* quando si realizza tramite l'effettuazione di chiamate vocali). In relazione a queste frodi la giurisprudenza ABF afferma che la diffusione del fenomeno è tale che l'impiego di una media diligenza è sufficiente a scongiurare il pericolo e a impedire la truffa; sicché, qualora questa giunga a compimento, accade per lo più a causa di una grave negligenza del cliente. Frodi più sofisticate sono invece quelle – come il *man in the browser* o il *man in the middle*, il *sim swapping*, lo *scoofing* – che alterano messaggi, comunicazioni e lo stesso sito web dell'intermediario senza essere obiettivamente riconoscibili come truffe con l'ordinaria diligenza da parte di un cliente mediamente avveduto. In questi casi la giurisprudenza ABF, in linea di principio, esclude la sussistenza di un comportamento gravemente colpevole del cliente (salvo la sussistenza di ulteriori elementi quali, a titolo esemplificativo, l'inerzia del titolare nel caso in cui abbia rilevato anomalie del computer) trattandosi di operazioni particolarmente insidiose.

Ai fini della valutazione della "colpa grave" diventa quindi fondamentale l'allegazione documentale dell'impresa che, rimasta vittima di una frode informatica, deve descrivere nel modo più dettagliato possibile la truffa e produrre tutti gli elementi indiziari (per esempio sms ricevuti) che consentano di ricondurre la fattispecie concreta, ancorché in via inevitabilmente presuntiva, alla seconda tipologia di frodi.

Questa allegazione è fondamentale anche qualora l'impresa abbia subito una frode elementare come il *phishing*, poiché i Collegi concordano sul fatto che in tali casi è possibile comunque possibile ravvisare una colpa dell'intermediario, di regola in concorso con quella del cliente, qualora ricorrano alcune circostanze, quali, a titolo esemplificativo:

- il mancato blocco di operazioni individuate come sospette dallo stesso intermediario;
- la sussistenza di uno degli indici di rischio di frode ex art. 8 del D.M. 112/2007;
- la tempestiva segnalazione del cliente e il mancato blocco dell'operazione da parte dell'intermediario;
- l'utilizzo di un indirizzo IP estero;
- la mancata attivazione del servizio di sms-alert.

5. Il *chargeback*. In relazione alle imprese operanti nel settore turistico alberghiero sono frequenti le controversie relative al c.d. *chargeback*, una procedura consistente nel riaddebito da parte dell'emittente di uno strumento di pagamento o di un suo intermediario di una somma inizialmente accreditata a un esercente convenzionato in ragione della contestazione dell'operazione da parte del titolare dello strumento di pagamento addebitato, in genere una carta di credito.

Le controversie tra imprese e intermediari sono normalmente volte a verificare se il *chargeback* effettuato dall'intermediario nei confronti del ricorrente sia avvenuto nel rispetto delle norme legali e negoziali di riferimento. In questi casi la disciplina normativa di riferimento è sempre contenuta nel decreto legislativo 17 gennaio 2010, n. 11.

Spesso gli intermediari cercano di giustificare la legittimità del *chargeback* richiamando i regolamenti dei circuiti internazionali di pagamento, che sono però accordi negoziali estranei al rapporto tra l'intermediario e il ricorrente. Pertanto, per la giurisprudenza ABF, quand'anche in base a questi accordi l'intermediario resistente sia stato obbligato a effettuare il rimborso all'emittente della carta in ragione delle obbligazioni assunte, ciò non significa che possa automaticamente ribaltarne l'effetto negativo sul ricorrente in mancanza di una specifica obbligazione che vincoli quest'ultimo a subire gli effetti finali della catena di *chargeback* (cfr la decisione del Collegio ABF di Roma n. 7333/18 e n. 2196/2019 e la decisione del Collegio ABF di Bologna n. 21633/1; v. anche Collegio di

Coordinamento, decisione n. 5103/2013). La condotta dell'intermediario va dunque valutata esclusivamente sulla base della disciplina negoziale che regola il suo rapporto con l'esercente che utilizza la carta di credito come strumento di pagamento, in particolare per quanto concerne il profilo "dell'allocazione del rischio" in caso di contestazione di un'operazione di pagamento realizzata con la carta.

6. Le misure di sostegno alle imprese per l'emergenza sanitaria da COVID-19. Vi è poi un ultimo filone giurisprudenziale dovuto all'emergenza sanitaria generata dall'epidemia di Covid-19, e segnatamente due misure legislative di sostegno alle imprese: *i)* la possibilità per le micro, piccole e medie imprese (PMI) di richiedere una moratoria su linee di credito in conto corrente, finanziamenti per anticipi su crediti, prestiti non rateali, rate di prestiti e canoni in scadenza, originariamente concessa dall'art. 56, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 fino al 30 settembre 2020 e poi prorogata fino al 31 dicembre 2021 (art. 16 del d.l. 25 maggio 2021, n. 73); *ii)* la possibilità per le imprese danneggiate dalla pandemia di richiedere agli intermediari finanziamenti garantiti dal Fondo per le PMI (Fondo centrale di garanzia) ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. m, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

Sono numerose le imprese che si rivolgono all'ABF lamentando la mancata concessione da parte degli intermediari dell'una o dell'altra misura di sostegno.

6.1. La moratoria dei finanziamenti. Con specifico riferimento alla moratoria dei finanziamenti *ex art. 56 del d.l. n. 18/2020*, le controversie tra banche e imprese riguardano essenzialmente il requisito di accesso alla misura previsto dal comma 4 dell'art. 56, che la riserva alle sole imprese "le cui esposizioni debitorie non siano, alla data di pubblicazione del presente decreto, classificate come esposizioni creditizie deteriorate ai sensi della disciplina applicabile agli intermediari creditizi".

Spesso le imprese chiedono di accertare il loro “diritto” alla concessione della moratoria fraintendendo il requisito di accesso, che fanno coincidere con il solo classamento a “sofferenza”. Invece, ai sensi della Circolare della Banca d’Italia n. 272/08, l’esposizione creditizia deteriorata può rientrare in sottocategorie ulteriori rispetto a quella delle sofferenze, quali le inadempienze probabili e le esposizioni scadute e/o sconfinanti. Pertanto, la presenza di rate scadute da più di 90 giorni ovvero uno sconfinamento superiore ai 90 giorni è un evento di per sé sufficiente a qualificare l’esposizione dell’impresa come deteriorata, ed è irrilevante che il deterioramento sia modesto o afferisca a un rapporto diverso da quello per il quale viene chiesta la sospensione. Si tratta infatti di una condizione ostativa del beneficio imposta direttamente dalla normativa che lo prevede, e in relazione al quale non sussiste alcuna possibilità di deroga da parte dell’intermediario.

Talvolta gli intermediari, pur negando l’accesso alla moratoria ex art. 56, si dichiarano disponibili a concludere accordi negoziali di sospensione delle rate con le imprese interessate, subordinandoli tuttavia a specifiche condizioni che queste ultime contestano considerandole vessatorie. L’ABF non ha però alcun margine di intervento poiché – al di fuori della previsione dell’art. 56 – la “sospensione del rimborso delle rate costituisce rinegoziazione dell’accordo contrattuale” (v. la pronuncia del Collegio di Palermo n. 6503/2019; cfr. anche Collegio Bologna, decisione n. 7272/2019) e rientra nella discrezionalità dell’intermediario anche sotto il profilo dell’introduzione di nuove condizioni.

6.2. I finanziamenti garantiti dal Fondo. Per quanto riguarda i finanziamenti garantiti dal Fondo, la questione principale che è stata sottoposta all’attenzione dell’Arbitro è se l’intermediario possa rifiutare la concessione del finanziamento a imprese che non rientrano tra i soggetti per i quali è lo stesso d.l. n. 23/2020 a escludere l’intervento in garanzia del Fondo a condizioni più favorevoli rispetto a quelle ordinarie; ossia, le imprese che “presentano esposizioni classificate come «sofferenze» ai sensi della disciplina bancaria”, ovvero con riguardo alle quali sussistano esposizioni classificate come

“inadempienze probabili” o “scadute o sconfinanti deteriorate” ai sensi della Circolare della Banca d’Italia del 30 luglio 2008, n. 272 prima del 31 gennaio 2020 (a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 40/2020 possono beneficiare dell’intervento anche le imprese con esposizioni deteriorate anteriori al 31 gennaio 2020 qualora siano accordate loro misure di concessione).

Alcune banche hanno infatti rifiutato la concessione del finanziamento anche a imprese che non rientravano nelle categorie escluse *ex lege* e che erano state ammesse alla garanzia del Fondo, affermando che la concessione di credito ai sensi dell’art. 13, comma 1, lett. m, del d.l. n. 23/2020, ancorché garantita, è comunque subordinata alla valutazione discrezionale del merito creditizio del richiedente.

Le disposizioni delle lettere g), g-bis), g-ter) e m) dell’art. 13 non introducono un diritto dei soggetti indicati dalle norme a essere finanziati o, per converso, un obbligo a contrarre in capo agli enti finanziatori, nonostante l’integrale copertura del valore del finanziamento da parte della garanzia pubblica. L’intermediario, infatti, non solo si esporrebbe comunque a rischi operativi connessi al finanziamento, per esempio quelli riconducibili alla gestione delle situazioni “*non performing*”, anche in ragione delle numerose previsioni delle Condizioni di ammissibilità al Fondo che prevedono la sopravvenuta inefficacia o la revoca della garanzia pubblica già concessa, pur solo per mancanze di carattere formale (v. per esempio la Parte IV, lett. F); ma si assumerebbe in ogni caso una responsabilità di natura giuridica, civile e penale, correlata all’erogazione di crediti in favore di soggetti non adeguatamente valutati.

Probabilmente le misure di sostegno varate con il d.l. n. 23/2020 avevano un altro, più ambizioso obiettivo, ma le disposizioni del decreto liquidità non riconoscono un “diritto” a ottenere il finanziamento da parte degli intermediari del credito in quanto volte esclusivamente ad agevolare l’accesso alla garanzia pubblica, favorendo così solo indirettamente e in via eventuale la possibilità di ottenere i finanziamenti grazie alla mitigazione del rischio di credito assicurata

dall'intervento dello Stato (v. per esempio le decisioni del Collegio di Roma n. 16038/2021 e del Collegio di Palermo n. 6254/2021).

7. I profili di inammissibilità: la mancanza di preventivo reclamo.

Questo breve *excursus* su alcuni casi d'intervento dell'ABF dà conto delle oggettive difficoltà che incontrano le imprese nel proporre ricorsi che l'ABF possa considerare favorevolmente.

Si diceva che spesso i ricorsi sono dichiarati inammissibili o improcedibili. Può valere la pena, allora, indicarne le ipotesi più frequenti.

Fermo restando che l'Arbitro può decidere di controversie relative a operazioni (i) sorte dopo il 1° gennaio 2009 e (ii) dal 1° ottobre 2022 solo sorte nei sei anni precedenti la presentazione del ricorso, e comunque riguardanti diritti non prescritti, il primo profilo di inammissibilità è costituito dal c.d. principio di corrispondenza tra reclamo e ricorso. Le nuove *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari* della Banca d'Italia vigenti dal 2020 (in seguito, Disposizioni ABF) stabiliscono espressamente che "Il ricorso all'ABF è preceduto da un reclamo preventivo all'intermediario" (sez. VI, § 1), vale a dire da "ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento anche omissivo" (v. la definizione di reclamo contenuta alla sez. I, § 3). In particolare, la possibilità di presentare ricorso all'ABF è riservata al "cliente rimasto insoddisfatto" dalla risposta al reclamo fornita dall'intermediario "o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di 60 giorni dalla sua ricezione da parte dell'intermediario, o nei più brevi termini eventualmente previsti da specifiche disposizioni di legge o dalle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia in attuazione del Titolo VI del TUB. (...). Il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo".

La fase del reclamo si atteggia come una vera e propria condizione di procedibilità per il valido esperimento della procedura ABF: con almeno tre conseguenze.

In primo luogo, l'eventuale mancata attivazione della fase di reclamo, "integrando l'inesistenza di un presupposto dell'azione, può bene essere rilevata d'ufficio": l'Arbitro dichiara il ricorso improcedibile senza entrare nel merito della controversia (in questi termini la decisione del Collegio di Coordinamento n. 5304/2013). Secondo un consolidato orientamento dei Collegi territoriali, in base all'ordinario meccanismo di ripartizione dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. spetta alla parte ricorrente allegare il reclamo a suo tempo presentato all'intermediario al fine di dimostrare il rispetto di questa condizione di procedibilità (in questi termini, da ultimo, Collegio Palermo, decisione n. 22556 del 14 dicembre 2020).

Non è tuttavia infrequente che l'impresa ricorrente qualifichi come reclamo nel modulo di ricorso messo a disposizione dal portale ABF una precedente comunicazione inviata nell'ambito del rapporto controverso, ma dalla quale non è possibile evincere alcuna contestazione – quanto meno non una contestazione intellegibile – in merito all'operato dell'intermediario, ma soltanto una mera richiesta di informazioni o di giungere a un accordo transattivo per definire l'esposizione debitoria.

In secondo luogo, non si può presentare il ricorso prima che l'intermediario abbia modo di esaminare il reclamo, dovendo far trascorrere un periodo normalmente di 60 giorni.

In terzo luogo, è necessaria una almeno tendenziale identità tra le richieste formulate con il reclamo e quelle avanzate nel ricorso (*petitum*), che riguarda anche la tendenziale identità tra gli elementi di fatto e di diritto posti alla base di tali richieste (*causa petendi*), considerato che la finalità di prevenire l'insorgere di una controversia giudiziaria "verrebbe frustrata se il comportamento contestato all'intermediario in sede di reclamo differisse, anche solo in parte, da quello stigmatizzato nel ricorso" (così, tra le tante, le decisioni del Collegio di Bologna n. 19055/2019 e n. 2955/2018; e quelle del Collegio di Roma n. 990/2016 e 3446/2017).

Ne deriva che non è ammessa né la modifica in sede di ricorso delle richieste formulate nel reclamo, né la loro modifica nel corso del procedimento in

sede di repliche alle controdeduzioni dell'intermediario. Per i Collegi non è infatti ammissibile una *mutatio libelli* nel procedimento ABF, essendo possibile solo la precisazione delle domande già formulate in sede di ricorso (cfr. Collegio Milano, n. 7086/2017; Collegio Milano, n. 13733/2017; Collegio Bari, n. 17853/2018; Collegio Bari, n. 17726/2020).

L'unica eccezione a questa regola di sostanziale immodificabilità della domanda dalla fase di reclamo fino alla conclusione del procedimento ABF riguarda il risarcimento del danno, considerato che le Disposizioni ABF prevedono che "il cliente può chiedere nel ricorso il risarcimento del danno anche quando tale richiesta non sia stata formulata nel reclamo, qualora il danno lamentato sia conseguenza immediata e diretta della medesima condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo".

8. (Segue) La litispendenza. Un ulteriore limite alla competenza dell'ABF è costituito dalla pendenza della controversia dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, posto che la sez. I, § 4, delle Disposizioni ABF preclude la proposizione di "ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria", precisando che "rientrano tra le controversie sottoposte all'autorità giudiziaria i procedimenti di esecuzione forzata e di ingiunzione".

L'orientamento del Collegio di Coordinamento è nel senso che sussiste litispendenza quando i due procedimenti (giudiziario e arbitrale) presentano identità di soggetti nonché di *petitum* e *causa petendi* o comunque hanno "aree di giudizio comuni", sicché la decisione assunta nell'ambito del procedimento arbitrale potrebbe incidere sul procedimento ingiuntivo/esecutivo in corso (v. Collegio Coord., decisione n. 5265/2014). Ne consegue che, per esempio:

- non è consentito contestare di fronte all'ABF un credito che l'intermediario ha già azionato in via monitoria nei confronti dell'impresa;
- non è consentito – più in generale – contestare comportamenti dell'intermediario oggetto di accertamento, anche incidentale, in un procedimento giudiziario ordinario;

- l'ABF non è competente a conoscere e sindacare le modalità di esecuzione del pignoramento presso terzi da parte dell'intermediario che rivesta la qualifica di terzo pignorato, trattandosi di questioni che vanno necessariamente devolute alla cognizione del giudice dell'esecuzione. Con la recente decisione n. 8088 del 24 marzo 2021, il Collegio di coordinamento ha definitivamente chiarito che questa preclusione opera anche con riferimento al procedimento speciale di pignoramento esattoriale previsto dall'art. 72-*bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 (anche nella sua fase c.d. stragiudiziale).

9. (Segue) L'incompetenza per valore e per materia. La competenza dell'ABF, che riguarda in generale l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà indipendentemente dal valore del rapporto, è circoscritta, come si è accennato, da un criterio di valore se la richiesta del ricorrente ha per oggetto anche una somma di denaro.

Va tenuto presente che l'attuale limite di 200.000 euro opera anche in relazione a quelle domande che, pur riguardando formalmente solo l'accertamento di diritti o obblighi, "siano strumentalmente ed esclusivamente finalizzate all'esercizio di azioni volte alla condanna dell'intermediario per importi superiori" alla soglia in questione (Collegio di Coordinamento, decisione n. 3169/2014).

Inoltre, il ricorso può essere proposto sotto il profilo soggettivo soltanto nei confronti di banche, intermediari *ex art.* 106 TUB, confidi, istituti di pagamento, Poste Italiane, e deve riguardare, sotto quello oggettivo: (i) operazioni e servizi finanziari, non servizi o attività di investimento di competenza dell'ACF, l'arbitro per le controversie finanziarie che opera presso la Consob; (ii) con riguardo a Poste Italiane, solo i servizi Bancoposta.

10. (Segue) Le domande di condanna o di inibitoria di comportamenti determinati. All'ABF possono del resto essere sottoposte soltanto questioni che, ancorché implicanti la corresponsione di una somma di denaro, riguardano "l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà" (sez. I, par. 4 delle Disposizioni ABF).

Ne inferisce l'inammissibilità anche delle domande con le quali viene chiesto al Collegio di ingiungere all'intermediario di tenere un determinato comportamento (per esempio, di concedere un finanziamento o di concludere un accordo), come pure di quelle volte a inibirgli un comportamento futuro (il recesso da un rapporto, o l'effettuazione di una segnalazione pregiudizievole), trattandosi di domande che sottendono una pronuncia costitutiva, di condanna dell'intermediario a un *facere* infungibile, che esula dai poteri dell'Arbitro (tra le altre, Collegio Roma decisione n. 24151/2018; Collegio Bari decisione n. 16721/2017).

Resta ovviamente per il Collegio la possibilità di verificare la legittimità delle relative condotte dell'intermediario ai soli fini dell'accertamento di una sua eventuale responsabilità e dell'eventuale risarcimento del danno.

11. (Segue) La domanda di “consulenza”. Vi è poi un ulteriore presupposto di ammissibilità del ricorso relativo alle sue modalità di redazione, costituito dal carattere “non consulenziale” della domanda.

È orientamento oramai consolidato dell'ABF quello secondo il quale “ogni domanda giudiziale postula un'affermazione univoca (...), una pretesa insoddisfatta, e non la manifestazione di un dubbio, ovvero l'ostensione di un interesse verso l'ipotetica attuazione di una pura possibilità giuridica”, con la conseguenza che “non è consentito adire l'Arbitro semplicemente per ricevere conforto nel dubbio, senza un preventivo asserto rispetto al quale il Collegio possa svolgere la verifica di fondatezza su base documentale al quale è chiamato dalla normativa applicabile” (così Collegio Napoli, 22 febbraio 2011, n. 352; per un caso analogo v. Collegio di Palermo, decisione n. 20883/2020).

Il divieto funge peraltro da filtro anche con riferimento a ricorsi che si caratterizzano per un'estrema vaghezza e indeterminazione delle richieste formulate – prive di quel minimo grado di specificità idoneo a porre in evidenza profili d'illegittimità della condotta dell'intermediario – o da una loro intrinseca contraddittorietà, superabile soltanto attraverso un'opera di selezione

incompatibile con il principio della domanda e con la posizione di terzietà di qualunque giudicante.

Tuttavia, in molti casi resta possibile un intervento dell'Arbitro che si limiti, ancora una volta, alla sola verifica di correttezza sia delle norme applicate dall'intermediario, sia del comportamento che questo ha tenuto nell'ambito del rapporto contestato (v. Collegio Palermo, decisioni n. 16679 del 28 settembre 2020 e n. 5534 del 3 marzo 2021).

12. Il merito della controversia e la carenza di prova. Quanto ai profili relativi al merito della controversia, non è raro che il ricorso venga respinto non per ragioni sostanziali, ma per un'evitabile carenza delle prove che, vale la pena ricordarlo, possono essere esclusivamente documentali.

Le Disposizioni ABF non contengono, neppure nell'ultimo aggiornamento, una disciplina organica sulla prova (e, di conseguenza, sulla ripartizione dell'onere probatorio e sui poteri dell'arbitro giudicante in ordine agli elementi probatori acquisiti nel corso del procedimento).

Il Collegio di Coordinamento ha stabilito che per decidere "sulla fondatezza della domanda non può che farsi applicazione, «in linea di massima» (stante l'assenza di specifici richiami alle norme generali e avuto riguardo alla natura «valutativa» del responso), delle regole fondamentali del processo civile: il principio dispositivo (artt. 99 e 115 c.p.c.); il principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c. e 167 c.p.c.) e il principio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.)" (così Coll. Coord., decisione n. 7716 del 29 giugno 2017). Dunque, resta in particolare fermo che le decisioni vanno fondate sulle prove rese dalle parti o su fatti non contestati" (art. 115, co. 1, c.p.c.) e che "chi vuole far valere un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" (art. 2697, co. 1, c.c.).

L'applicazione dei principi processualistici della disponibilità e dell'onere della prova al procedimento ABF fa sì che "il rischio della mancanza o insufficienza della prova di un fatto controverso non può che essere addossato alla parte che, avendolo affermato, aveva l'interesse a dimostrarlo" (v. Coll. Coord., decisione n. 7716/2019). Restando pur fermo che, trattandosi in genere

di questioni contrattuali, spetta all'intermediario provare il proprio adempimento o un altro fatto estintivo della pretesa del ricorrente.

Un importante temperamento alla regola è peraltro costituito dal c.d. principio di vicinanza della prova, che in deroga all'art. 2697 c.c. trasla l'onere probatorio di un fatto rimasto incerto nel giudizio sull'intermediario se si trova nelle migliori condizioni per provarlo (v. Collegio di Coordinamento, decisione n. 7716/2019)⁴.

Più in generale, in coerenza con la natura protettiva del dovere di supporto documentale sussiste un obbligo di cooperazione in capo all'intermediario nella produzione della documentazione rilevante per la decisione nel merito⁵, il cui mancato assolvimento in sede di reclamo consente all'Arbitro di trarre "argomenti di prova" favorevoli alla tesi del ricorrente, in applicazione dell'art. 116, comma 2, c.p.c. e in collegamento con le risultanze istruttorie già acquisite.⁶

L'argomento di prova offre però soltanto elementi di valutazione di altre prove e, quindi, non può costituire l'unico fondamento per considerare provato un fatto⁷, con la conseguenza che l'atteggiamento non collaborativo (o ostruzionistico) tenuto dalla banca convenuta in sede di riscontro al reclamo non può essere in concreto equiparato all'ammissione del fatto controverso⁸.

Diversa è però l'ipotesi che l'intermediario resistente perseveri nel suo atteggiamento reticente e non depositi le controdeduzioni nei termini, dando luogo a un procedimento nella sostanza "contumaciale", perché in tal caso si

⁴ V. G. CONTE, **L'arbitro bancario finanziario**, Milano, 2021, p. 146 ss.; A. A. DOLMETTA-U. MAVAGNA, **Vicinanza della prova e contratti d'impresa**, in apertacontrada.it, 2015, p. 9.

⁵ Ai sensi delle **Disposizioni ABF**, sez. VI, par. 5, "viene resa pubblica, altresì, la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario. Tra i casi di mancata cooperazione rientrano, ad esempio, l'omissione o il ritardo nell'invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia, o il mancato versamento dei contributi richiesti".

⁶ Parte della giurisprudenza civile, anche di legittimità, afferma peraltro che si può considerare il comportamento processuale o extraprocessuale come "unica e sufficiente fonte di prova" per la formazione del convincimento del giudice, e non soltanto "elemento secondario di valutazione delle risultanze probatorie altrimenti acquisite" (così Cass., 26 giugno 2007, n. 14748; e già Cass., 26 marzo 1997, n. 2700; più recentemente, Cass., 29 gennaio 2013, n. 2071).

⁷ V. Collegio di Roma, 30 maggio 2014, n. 3535.

⁸ Non a caso, il Collegio Roma 30 maggio 2014, n. 3535 ha sottolineato come la non collaborazione venga analogicamente ricondotta alla mancata ottemperanza a un ordine del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. anche dalla giurisprudenza civile.

considera pacificamente applicabile il principio di non contestazione delineato dall'art. 115 c.p.c., che invece nel processo civile può operare solo nel caso di costituzione di ambedue le parti⁹. D'altro canto, la cooperazione richiesta davanti all'Arbitro non si atteggia come un mero obbligo formale e procedurale, ma si ricollega agli obblighi sia di correttezza e buona fede in ambito contrattuale, sia di trasparenza bancaria, la cui mancata ottemperanza responsabilizza ancor più l'assenza dell'intermediario.

In sostanza, nel caso in cui l'intermediario non abbia formulato argomentazioni sui fatti occorsi e non abbia correttamente assolto l'onere probatorio su di lui incombente, per il principio di vicinanza alla prova non può che considerarsi accertata, assumendo la documentazione in atti, l'avvenuta messa in atto dell'operazione controversa nei termini prospettati dalla parte ricorrente, con l'effetto di dover considerare acclarata la denunciata violazione degli obblighi di condotta incombenti sul resistente, salvo che gli elementi probatori necessari per dirimere la controversia rientrino nella disponibilità del correntista e questi non li abbia allegati¹⁰.

13. (Segue) Le domande di risarcimento del danno e di refusione delle spese di lite. In applicazione delle regole sulla prova nel procedimento ABF è frequente la soccombenza delle imprese ricorrenti rispetto alle domande di risarcimento del danno e di refusione delle spese di lite avanzate nei confronti degli intermediari, rendendo di scarsa utilità anche le (non frequenti) decisioni che accertano un illegittimo comportamento dell'intermediario.

Il risarcimento, che può essere chiesto anche solo nel ricorso, se il danno è "conseguenza immediata e diretta" della condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo, richiede la prova del danno da parte del ricorrente, come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza dei Collegi: "spetta al cliente il

⁹ Il punto è ben colto da Collegio di Roma, 19 luglio 2016, n. 6535. In una prospettiva comparata, v. Collegio di Roma, 20 dicembre 2013, n. 6746.

¹⁰ In quest'ultima ipotesi si tratterebbe, infatti, non tanto di applicazione del principio di prossimità della prova, quanto piuttosto dell'irrogazione di una sanzione punitiva: v. Coll. Coord., 29 giugno 2017, n. 7716.

risarcimento del danno patrimoniale, la cui sussistenza ed entità egli sia in grado di dimostrare, nonché del danno non patrimoniale, la cui sussistenza non è *in re ipsa*, ma deve essere provata anche facendo ricorso a presunzioni semplici e a nozioni di comune esperienza; in tal caso si potrà ricorrere alla liquidazione equitativa ma rimane onere della parte ricorrente indicare al Collegio idonei elementi di valutazione” (così, nel caso di segnalazioni pregiudizievoli, Collegio di Coordinamento, decisione n. 1642/2019, richiamata dalla recente decisione n. 8089/2021).

Nei ricorsi, la domanda di risarcimento del danno viene invece spesso formulata in maniera apodittica e, soprattutto, senza fornire alcuna prova o elemento indiziario rilevante in grado di dimostrare, anche per presunzioni, esistenza ed entità del pregiudizio lamentato, né in termini di danno emergente (perdite economiche quali costi, addebiti ingiustificati, ecc.), né in quelli di lucro cessante (mancati guadagni). In questi casi non risulta perciò assolto l’onere della prova né sull’*an*, né sul *quantum* del pregiudizio lamentato e ciò non consente nemmeno di procedere a una valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c.

In definitiva, il risarcimento del danno è sempre commisurato all’effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto, non potendo degradare a ristoro per un danno *in re ipsa* (Collegio Coordinamento, decisione n. 1642/19).

Di grande rigore è inoltre la posizione dell’ABF con riferimento al rimborso delle spese legali relative al procedimento¹¹, non di rado domandato dalle imprese ricorrenti.

Il regolamento ABF non si occupa dell’argomento, secondo il Collegio di Coordinamento (decisioni n. 3498/2012 e n. 4618/2016, alle quali appartengono i passaggi di seguito citati testualmente) in coerenza con la natura di ADR del procedimento, che può essere instaurato senza l’ausilio di un difensore, il che esclude anche la possibilità di fare riferimento all’art. 91 c.p.c. sulla condanna alle spese del soccombente. La domanda può pertanto essere accolta solo

¹¹ Di “limiti piuttosto severi” parla V. SANGIOVANNI, *Presenza dell’avvocato e refusione degli onorari nella mediazione bancaria (ABF) e finanziaria (ACF)*, in *I Contratti*, 2/2018, p. 231 ss.

applicando “criteri di estrema prudenza”, che includono “l’accertamento dell’effettivo sostenimento dell’onere defensionale, della sua funzionalità alla gestione del procedimento, della ragionevolezza e coerenza dell’importo richiesto rispetto al valore e alla complessità della controversia”. Per l’Arbitro le spese di assistenza professionale non hanno comunque “carattere di accessorietà rispetto alla domanda principale” e ci si deve essere avvalsi di un difensore “nell’intero snodo procedimentale che va dal reclamo al ricorso”, così che devono essere “autonomamente e specificamente richieste” non solo nel ricorso, ma già nel reclamo, nonostante siano considerate una componente del pregiudizio patito dal ricorrente. Occorre inoltre produrre la parcella del legale a sostegno della relativa domanda (v. per es. Coll. Roma, decisione n. 22355/2020), in modo da dimostrare l’effettività del costo. Il rimborso non è però dovuto nel caso di cessazione della materia del contendere sulla domanda principale, salva “l’ipotesi in cui l’intervento del professionista sia stato reso necessario dal comportamento particolarmente e ingiustificatamente ostile e ostruzionistico tenuto dall’intermediario resistente”.

14. Presentare un ricorso che può essere accolto (se fondato):

sintesi. Riassumendo, l’impresa si deve preoccupare:

- (i) per evitare che il ricorso sia considerato improcedibile o inammissibile in tutto o in parte:*
 - a) che la controversia riguardi operazioni o comportamenti successivi al 1° gennaio 2009 o, dal prossimo ottobre, sorte nei sei anni precedenti il ricorso;
 - b) di aver presentato per iscritto il reclamo, di unirne copia al ricorso, di aver atteso il tempo previsto (di solito 60 giorni) dopo il reclamo;
 - c) che reclamo e ricorso coincidano;
 - d) che la domanda riguardi una banca o un altro intermediario – e quello giusto se nella controversia ne è coinvolto più d’uno –

- legittimato passivo e un'operazione o servizio bancario e finanziario;
- e) di non modificare la domanda durante il procedimento, salva la possibilità di risarcimento dei danni che siano conseguenza immediata e diretta dei comportamenti contestati all'intermediario;
 - f) se chiede, anche in via indiretta e strumentale, una somma di denaro, che questa non superi i 200.000 euro;
 - g) di non presentare il ricorso se è pendente una controversia dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, anche di esecuzione del pignoramento (pure esattoriale) presso l'intermediario a opera di un creditore, con identità di soggetti, di *petitum* e di *causa petendi* o con significative aree di sovrapposizione con il ricorso;
 - h) di evitare richieste all'ABF di tipo consulenziale chiedendogli di essere lui a ricostruire i fatti che sarebbero alla base della domanda, o costitutive con condanna dell'intermediario a un *facere* infungibile;
- (ii) *per vedere accolto nel merito il ricorso:*
- i) di rispettare sempre l'onere della prova, indicando i fatti rilevanti e le condotte inadempienti dell'intermediario;
 - j) con riguardo all'eventuale domanda di risarcimento, di provare i danni che dichiara di aver subito senza limitarsi a indicazioni generiche o apodittiche e senza confidare in una loro valutazione in via equitativa che non può sopperire alle carenze documentali e che richiede comunque la prova della sussistenza di un danno risarcibile;
 - k) in relazione alle spese legali, di chiederne autonomamente la refusione fin dal reclamo e poi di allegare al ricorso la parcella del difensore.

15. L'equivoco delle imprese con riguardo all'ABF. Pare dunque che per molte imprese si sia generato un equivoco con riguardo all'ABF che aggrava il già scarso ricorso allo strumento: pensare che la scelta di chiederne l'intervento risulti, se così può dirsi, auto-sufficiente, che il solo fatto di ricorrervi basti per vedere riconosciute le loro ragioni, senza troppo preoccuparsi né dell'ammissibilità del ricorso, né di provare le condotte contestate e tanto meno il danno subito.

Certamente va incentivato il ricorso all'ABF, impegnandosi a far conoscere lo strumento e tranquillizzando le imprese sulla piena convenienza per tutti, anche per le banche, della sua utilizzazione, considerando che tutto il nostro tessuto economico è danneggiato, come si sa, da *performances* giudiziarie nettamente inferiori a quelle dei grandi paesi europei, che non aiutano l'Italia ad attrarre gli investimenti, soprattutto esteri. E che a tali fini i sistemi di ADR, e così l'ABF, sono essenziali per decongestionare la giustizia ordinaria. Nondimeno, occorre anche che lo strumento si riveli, quando utilizzato, utile almeno quanto lo è per i consumatori, in relazione ai quali non a caso si è ormai sufficientemente diffuso, nonostante il calo di quest'anno dovuto alla forte contrazione dei ricorsi sulla cessione del quinto dopo il boom del 2020.

Si è provato a indicare i principali punti di attenzione in tema di ammissibilità e di accoglimento nel merito dei ricorsi. Le imprese devono impegnarsi a farli propri *prima e nel mentre* presentano il ricorso.

15.1. Il ruolo delle associazioni imprenditoriali. Anche le associazioni imprenditoriali possono fare la loro parte nell'aiutare le imprese a presentare ricorsi che non siano respinti per ragioni procedurali o di prova. Principalmente, a noi pare, in almeno quattro modi: (i) anzitutto, motivando le imprese a utilizzare nel modo migliore il portale ABF, che dà molte e utili informazioni, nella parte in cui riporta la relazione annuale anche sugli orientamenti dell'Arbitro sulle principali questioni sottoposte al suo esame, (ii) fornendo alle imprese ulteriori avvertenze relative ai punti che si è provato a indicare, anche predisponendo un "questionario" di controllo (1. l'operazione contestata è successiva al 1° gennaio

2009? 2. è stato presentato il reclamo contenente una precisa contestazione ed è allegato al ricorso? 3. sono passati 60 giorni dal reclamo? 4. e seg.: e così via), (iii) arricchendo lo stesso modulo standard di ricorso e le relative istruzioni presenti sul sito ABF con altri dati e suggerimenti, per esempio con riguardo alle prove, (iv) infine, impegnandosi ad assistere le imprese sia sul piano generale della formazione, sia – per quanto possibile – quando una di loro si trova concretamente nella necessità di ricorrere all’ABF: che, come si è visto, non è cosa così semplice.

16. (Segue). Spunti per un possibile contributo dello stesso ABF.

Forse anche l’Arbitro può fare qualcosa, pur con le dovute cautele e in attesa dell’aiuto che potrà dare l’applicazione dell’intelligenza artificiale al procedimento, ora allo studio della Banca d’Italia¹².

Specie adesso che a più di dieci anni dall’istituzione la sua autorità e competenza sono indiscusse, va spinto l’acceleratore sulla semplificazione procedurale in tutte le fasi della sua attività, allontanando nella massima misura possibile il rito arbitrale da un piccolo processo ordinario.

Va eliminata nel regolamento e negli orientamenti dei Collegi ogni procedimentalizzazione superflua, ogni ostacolo, non indispensabile alla tutela del diritto di tutti alla difesa, a quella “ricerca della verità” richiamata dal Collegio di coordinamento (decisione n. 7716/2019). A quella “giustizia giusta”, come si diceva negli anni settanta dello scorso secolo, che tanto più va perseguita da uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie con le finalità e le caratteristiche dell’ABF.

Allo stesso tempo si può pensare di rendere le decisioni dell’Arbitro, anche in materia di non consumatori, il più possibile semplici e sintetiche, soprattutto per quelle relative a questioni ricorrenti o comunque di rilievo limitato, riservando

¹² V. la *Relazione ABF 2020*, p. 8. Si tratta anche di evitare i rischi che l’uso dell’A.I., pure nel campo della giustizia, porta con sé: v. G.D. Mosco, *RoboBoard. L’intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in AGE 1/2019, p. 247, p. 249 e ss.

le motivazioni più ampie e dettagliate alle decisioni che affrontano (significative) questioni nuove per l'Arbitro e a quelle del Collegio di coordinamento.

In particolare, trattandosi di decisioni non giurisdizionali (e nemmeno vincolanti) – quindi non soggette alla tutela dell'art. 111, co. 6, Cost. – potrebbe essere applicato appieno il richiamo a “una succinta esposizione dei fatti rilevanti e delle ragioni giuridiche della decisione” che si trova nell'art. 118, co. 1, disp. att. c.p.c., che anzi potrebbe essere amplificato nella sua portata, pur nei limiti della necessaria salvaguardia della possibilità di comprendere cosa e in che modo si è deciso¹³.

Il *fatto* potrebbe essere ricostruito sinteticamente: riassunte le domande, eccezioni e deduzioni delle parti senza seguire lo schema (reclamo e) ricorso, controdeduzioni, repliche, controrepliche, se non indispensabile ai fini della decisione; omesso quanto poi è destinato a emergere in *diritto*. In quest'ultimo si dovrebbe seguire sempre il c.d. principio della ragione più liquida, limitandosi alla questione che risulta idonea a determinare la decisione, almeno se appare con sicurezza dirimente. Principio che sembra pienamente applicabile per quanto riguarda le questioni di merito, consentendo di concentrarsi su quella considerata idonea a fondare la decisione; con riguardo a quest'ultima, qualora si sia in presenza di un orientamento consolidato e condiviso dell'Arbitro, ci si dovrebbe inoltre limitare ai riferimenti normativi e di interpretazione essenziali, rinviando per i dettagli a uno o più precedenti. Con riguardo alle questioni pregiudiziali¹⁴, l'art. 276, co. 2, c.p.c. potrebbe essere inteso nel senso che il Collegio, se non intende in tutto o in parte dichiarare il ricorso improcedibile o inammissibile, può limitarsi ad affermare in apertura della motivazione di aver verificato la sussistenza dei presupposti per decidere ai sensi delle fonti normative e del regolamento ABF.

¹³ In argomento v. per tutti B. CAPPONI, *La motivazione della sentenza civile. Dopo la Cass, sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642*, reperibile in *Questione Giustizia*, 24.03.2015; ID., *Sulla “ragionevole brevità” degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1075 ss.

¹⁴ V. sul punto, in termini rigidi, Cass, 26 novembre 2019, n. 30745; in una prospettiva assai più aperta, Cass., 20 maggio 2020, n. 9309 e Cass. 10 febbraio 2020, n. 3049.

Lungo la strada di una motivazione sintetica¹⁵ si potrebbe giungere a veri e propri modelli redazionali¹⁶ da mettere a disposizione degli arbitri in modo da semplificare e uniformare le decisioni, contribuendo a rendere ancora più trasparente il loro modo di operare e a ridurre ulteriormente i tempi di risposta.

¹⁵ È noto che lo stesso Primo Presidente della Cassazione, con decreto 14 settembre 2016, n. 136 (rinvenibile su www.lexitalia.it) ha indicato per i provvedimenti della Corte privi di valenza nomofilattica la necessità di adottare forme “snelle” di redazione motivazionale nei limiti della complessità della gestione, motivazioni nelle quali l'esposizione dei fatti di causa sia “estremamente concisa e funzionale solo a rendere comprensibili le ragioni della decisione” e venga anzi del tutto omessa “quando i fatti di causa emergono dalle ragioni della decisione”. Per ulteriori riferimenti v. G. CANZIO, *Il linguaggio giudiziario e la comunicazione istituzionale*, in *Giustizia insieme*, 19.05.2021, par. 3, rinvenibile su www.giustiziainsieme.it.

¹⁶ V. ancora il decreto n. 136/2016.