

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Tra AGCM e ABF il Collegio Coordinamento sceglie il non liquet.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Ancora su ruolo e natura dell'arbitro bancario finanziario: non è né un giudice né un arbitro ma, in una certa misura, deve comportarsi come se fosse tale. – 3. L'efficacia del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante nelle materie diverse dagli illeciti *anti-trust*. – 4. La conclusione del Collegio: la "pregiudizialità" del procedimento di impugnazione del provvedimento AGCM rispetto al ricorso *follow-on* proposto dal cliente. Rilievi critici.

1. Il caso.

Nella decisione in commento il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario torna sul tema della risarcibilità davanti all'ABF del danno per violazione del dovere di informazioni in itinere in caso di vendita a un consumatore di buoni fruttiferi postali. Il Ricorrente – appunto, consumatore – lamentava, in particolare, di avere acquistato sei buoni ma che, quando aveva presentato per l'incasso i titoli, l'intermediario ne aveva rifiutato il rimborso, eccependo la prescrizione. Insoddisfatto dell'interlocuzione avuta in sede di reclamo, aveva quindi proposto ricorso dinanzi al collegio ABF territorialmente competente chiedendo il rimborso dei titoli in via di adempimento contrattuale – ossia, sul presupposto che la prescrizione non sarebbe decorsa – e, in subordine (secondo l'interpretazione del Collegio territoriale), a titolo di risarcimento danni, per il caso che la prescrizione fosse invece decorsa.

Specificava, al riguardo, di lamentare, oltre alla carenza di informazione originaria circa la scadenza e i termini di prescrizione dei buoni, anche la carenza di informazioni durante la fase esecutiva del rapporto, dal momento che l'intermediario non lo aveva mai informato circa l'imminente spirare del termine di prescrizione, nonostante fosse in possesso dei suoi dati anagrafici.

Il Collegio adito qualificava, pertanto, la domanda come diretta a invocare (anche) una responsabilità dell'intermediario

per violazione del dovere di informativa, in prossimità della scadenza, del termine di prescrizione, e rimetteva la controversia al Collegio di Coordinamento. Rilevava, per un verso, l'esistenza di un orientamento consolidato dei collegi territoriali (a partire dalla decisione del Collegio di Coordinamento n. 4656 del 21 giugno 2022, in linea di continuità con le precedenti pronunce n. 5674/2013 e 72/2014), secondo cui il vizio nell'informativa andava collocato, temporalmente, al momento della fase genetica del rapporto; sicché esulavano dalla cognizione dell'Arbitro Bancario Finanziario (c.d. *competenza ratione temporis*) tutte quelle controversie in cui, come in quella in esame, il titolo o i titoli fossero stati acquistati anteriormente al 1° gennaio 2009¹. Secondo il Collegio remittente, tuttavia, nella stessa, sopraccitata pronuncia lo stesso Collegio di Coordinamento aveva – in una certa misura – lasciato margini di interpretazione per il caso in cui, come nella fattispecie (e diversamente dal caso esaminato da Collegio Coordinamento n. 4656/2022), il ricorrente avesse lamentato anche “*un comportamento scorretto in executivis*”. Aggiungeva, a tal fine, il fatto sopravvenuto – rispetto al *decisum* del Collegio di Coordinamento – costituito dal provvedimento emesso da AGCM nell'adunanza del 18 ottobre 2022 (PS 11287) e, soprattutto, i principi in esso affermati sul piano generale.

In tale provvedimento l'Autorità Garante aveva, innanzitutto (par. 44, pag. 16), ritenuto applicabile alla collocazione dei Buoni Fruttiferi Postali il codice di consumo, anche in relazione a quanto statuito da Cass. Sez. Un. 11 febbraio 2019, n. 3963. Nel merito aveva concluso che la negligenza dell'intermediario – fonte dell'ipotetico obbligo risarcitorio – dovesse essere valutata non solo con riguardo al momento genetico del rapporto (*scil*: per non

¹ Ai sensi delle Disposizioni sull'Arbitro Bancario Finanziario (Sez. I par. 4), nel testo *ratione temporis* applicabile (ricorsi proposti fino al 30 settembre 2022) «*Non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2009*». Per i ricorsi proposti successivamente al 1° ottobre 2022 (giusta Atto di Emanazione delle Disposizioni ABF, V e VI paragrafo), invece, il novellato testo di cui alla Sezione I, Paragrafo 4, delle Disposizioni ABF prevede che «*non possono essere sottoposte all'ABF controversie relative a operazioni o comportamenti anteriori al sesto anno precedente alla data di proposizione del ricorso*».

avere fornito, nella fase di stipula, informazioni adeguate al cliente consumatore), ma anche con riferimento alla sua fase esecutiva; ossia, per non avere informato il cliente consumatore dell'imminente scadenza del termine di prescrizione dei buoni. Conseguentemente, AGCM aveva sanzionato (al par. «Sulla pratica B», pag. 26) l'Intermediario in ragione «del profilo di negligenza (...) nella fase successiva alla sottoscrizione dei BFP, avendo essa ommesso di adottare azioni volte a comunicare preventivamente, ai sottoscrittori di BFP in prossimità della scadenza del termine di prescrizione, lo spirare di tale termine, nonostante fosse consapevole della numerosità di Buoni che ogni anno cadono in prescrizione»².

Il Collegio di Coordinamento, dopo un'attenta analisi della disciplina inerente i rapporti tra provvedimenti delle Autorità Garanti e giudizi (nella specie: procedimenti ADR) risarcitori, ha ritenuto di non affrontare *ex professo* e in autonomia il problema della responsabilità dell'intermediario per violazione dei doveri di informativa *in executivis*, ma ha concluso per la inammissibilità "allo stato" della domanda risarcitoria, nelle more che venga definito il procedimento di impugnazione del provvedimento dell'Autorità, salva la possibilità per il consumatore di riproporre la domanda, in caso di conferma del provvedimento in sede di giurisdizione amministrativa.

² Nel provvedimento AGCM si legge, anche, testualmente (pagg. 23 ss. «ii. Pratica sub B» – parr. 64 ss.) che l'intermediario avrebbe «totalmente ommesso l'adozione di iniziative finalizzate ad informare i risparmiatori dell'imminente scadenza del periodo di prescrizione per il riscatto dei buoni in loro possesso (...) La mancata assunzione di simili iniziative ha impedito ai titolari di Buoni prossimi alla scadenza del termine di prescrizione, ignari della stessa scadenza e delle conseguenze derivanti dallo spirare di tale termine, di attivarsi tempestivamente per la riscossione dei Buoni, in modo da non perdere le somme investite e gli interessi maturati. Quantomeno per i clienti censiti dal 2009 (OMISSIS) il professionista aveva la possibilità di realizzare comunicazioni individuali dopo la scadenza del Buono o in prossimità della relativa prescrizione. Per i clienti non censiti» l'intermediario si sarebbe potuto «adoperare con iniziative più incisive (...) Occorre al riguardo evidenziare la rilevanza del numero di Buoni caduti in prescrizione (essendo pari a [500.000-1.500.000] dal 2018 al 24 marzo 2022)».

2. Ancora su ruolo e natura dell'arbitro bancario finanziario: non è né un giudice né un arbitro ma, in una certa misura, deve comportarsi come se fosse tale.

Numerose sono le questioni affrontate nella decisione annotata. Per ragioni di spazio, in questo contributo, ci si limiterà al *main theme* della pronuncia, ossia sui rapporti tra procedimento sanzionatorio AGCM, in materia non regolata dal d.lgs. 3/2017, e procedimento dinanzi all'arbitro bancario finanziario, tralasciando le ulteriori questioni affrontate, ognuna delle quali potrebbe costituire oggetto di un autonomo studio. Prima di entrare, però, nel vivo della trattazione, appare utile una premessa di ordine sistematico.

La natura dell'arbitro bancario finanziario è da sempre oggetto di un vivace dibattito dottrinale³ e gli inquadramenti

³ V., senza pretese di completezza, AA.VV., *ABF e supervisione bancaria* (a cura di Capriglione – Pellegrini), Padova, 2011; F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Società*, 2011, 83 ss.; E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contratti*, 2010, 422 ss.; I. A. CAGGIANO, *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 439 ss.; E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium.it*; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'Adr*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 261 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Cicero pro domo sua* (in replica allo scritto di Guizzi), in *Mondo Bancario*, 2011, 2 ss.; G. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro It.*, 2012, V, 213 ss.; ID., *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 161; ID., *L'Arbitro bancario finanziario*, in *Questione giustizia*, 2017, 3, 99 ss. C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1653 ss.; G. COSTANTINO, *Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario al 31 marzo 2010*, in *Foro It.*, 2010, V, 278 ss. ID., *L'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in AA.VV., *Studi in onore di Verde*, Napoli, 2010, 297 ss.; D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, in *Il Processo*, I, 2019, 27 ss.; B. DE CAROLIS, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Roma, 2011; M. DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2011, 492

sistematici proposti possono dirsi tutt'altro che giunti a un punto definitivo. In effetti la sola soluzione che pare potersi con certezza escludere è quella della qualificazione dell'ABF come organo giurisdizionale⁴ (né potrebbe essere diversamente, anche perché

ss.; G. FAUCEGLIA, *L'esperienza dell'ABF: manifestazione di una "pedagogia"*, in *Banca borsa tit. cred.*, VI, 2021, 857 ss.; A. FEDERICO, *Il procedimento di attuazione dei diritti innanzi all'Arbitro bancario finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1054; F. FERRO-LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi: primi orientamenti dell'Abf*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2011, 730 ss.; G. FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012; A.V. GUCCIONE, C.A. RUSSO, *L'arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 475 ss.; G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 665 ss.; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, 1216 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Enc. Dir., Annali*, VIII, 2015; F. MAIMERI, *Commento sub art.128-bis*, in AA.VV., *Commentario al testo unico bancario* (a cura di F. Belli – G. Losappio – M. Porzio – M. Rispoli Farina – V. Santoro), Milano, 2010, 1144 ss.; M. MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Judicium.it*; M. MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'arbitro bancario finanziario*, in *Società*, 2012, 437 ss.; E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario. Una nuova forma di A.D.R.*, Napoli, 2014; M. C. PAGLIETTI, *La riforma delle disposizioni ABF: una riflessione su legittimazione e giustizia procedurale degli Ombudsmen nei mercati regolati*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2022, 160 ss.; C. PUNZI, *L'arbitro in materia bancaria e finanziaria*, in *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2^a ed., II, Padova, 2012, 714; E. QUADRI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2010, 305 ss.; S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2010, 335 ss.; V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisorii dell'arbitro bancario finanziario*, in *Società*, 2012, 953 ss.; P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, II, 1373; V. TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri"*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1021 ss.

⁴ La qualificazione dell'arbitro bancario finanziario come giudice è stata esclusa da Corte Cost., ord. 21 luglio 2011, n. 218: in *Foro It.*, 2011, I, 2906; in *Corr. Giur.*, 2011, 1652, con nota di C. CONSOLO – M. STELLA, *Il ruolo prognostico–deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf.*, cit.; in *Giur. Comm.*, 6/2012, 1191/II, con nota di M. MAIONE, *Sulla natura dell'Arbitro Bancario Finanziario*. V. anche: A. ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, II, 128. In particolare, come è noto, la Consulta ha escluso la legittimazione dei Collegi

si collocherebbe, in aperta violazione dell'art. 102 Cost., quale giudice speciale). Sembra, di contro, più corretto inquadrare l'arbitro bancario finanziario nell'ambito delle ADR in generale, assimilando il procedimento davanti ad esso esperito ad una sorta di tentativo di conciliazione (infatti, ai sensi del d.lgs. 28/2010, per le materie di competenza può essere esperito in alternativa alla mediazione) di tipo valutativo: ossia, non fondato – se non in minima parte – in una prospettiva di *facilitazione*, bensì sull'individuazione di una soluzione di tipo prognostico rispetto all'esito di un eventuale futuro giudizio.

In tal senso, la pronuncia dei collegi può essere intesa come una sorta di parere reso da un organo consultivo particolarmente qualificato, al quale l'intermediario può dare spontanea esecuzione. L'eventuale accertamento – che talvolta assume le forme di una vera e propria condanna, ancorché non esecutiva e inidonea al giudicato – può essere: negozialmente accettato dal ricorrente, ovvero accettato solo quale acconto delle maggiori somme dovute, ovvero anche tacitamente rifiutato o infine semplicemente ignorato. Manca, di contro, qualunque carattere di vincolatività, anche sul piano esclusivamente negoziale, della

a sollevare questioni di legittimità costituzionale), sui rilievi: – che l'ABF troverebbe la sua fonte normativa regolatrice in disposizioni di carattere amministrativo (delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275 ss.mm.ii. e disposizioni Banca d'Italia), laddove gli organi giurisdizionali sono «ancorati, per loro stessa natura, al fondamento costituzionale e alla riserva di legge»; – che i criteri e i requisiti di nomina dei componenti, come pure il loro stato giuridico e le regole deontologiche non sono «paragonabili ai presidi corrispondentemente previsti» per gli organi giurisdizionali; – che l'intervento dell'arbitro bancario finanziario è precluso ogniqualvolta la controversia sia stata già sottoposta all'autorità giudiziaria o ad arbitri; – che, soprattutto, la decisione non è vincolante per alcuna delle parti, dal momento che sia intermediari che clienti «quale che sia l'esito della procedura» hanno sempre «facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi (...) le decisioni dell'ABF, infatti, non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti»; – che, detto in altri termini, la decisione dell'ABF «non assume, in realtà, alcun valore cogente per nessuna delle parti “in causa”, svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela».

decisione⁵. Il che porta ad escludere che possa trattarsi – a dispetto del *nomen* e sebbene non sia mancata, in dottrina, qualche opinione contraria⁶ – di un arbitro, neppure irrituale, dal momento

⁵ Nello stesso senso, G. FINOCCHIARO, *L'Arbitro bancario finanziario*, cit., 280 ss.; F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 83 ss.; D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile*, cit., *ibidem*.

⁶ In tal senso, G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, 1221, il quale ritiene che la decisione dell'Abf sarebbe, in realtà vincolante, laddove la facoltà di adire l'autorità giudiziaria sarebbe accostabile a una sorta di impugnazione innanzi al giudice competente in primo grado ai sensi dell'art. 808-ter, comma secondo, n. 4 c.p.c. («se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo»), al quale è possibile rimettere «l'intera questione già devoluta davanti all'Arbitro. La tesi non è convincente, dal momento che pare fondata su una concezione eccessivamente estesa della nozione di “impugnazione”, che finisce col trascinare nel differente concetto di “facoltà di proporre la domanda in sede giurisdizionale”. A prescindere dai rilievi svolti nel testo, dal fatto che una simile ricostruzione teorica presupporrebbe l'acclarata efficacia contrattuale per le parti della decisione del collegio (il che è tutto da dimostrare) e dalla circostanza che nessuna disposizione normativa o anche solo regolamentare sembra giustificare l'equiparazione della successiva azione giurisdizionale o arbitrale a un'azione di annullamento della pronuncia, si osserva che, a tacer d'altro e *mutatis mutandis*, la facoltà della parte di riproporre, anche in via ordinaria, la domanda rigettata in sede monitoria non configura certamente un'impugnazione del provvedimento di rigetto. V. al riguardo le convincenti osservazioni di D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile*, cit., *ibidem*, in part. nota 4.

Peraltro, giova osservare, la stessa Banca d'Italia ha precisato: «anche se il nome contiene la parola 'arbitro', l'ABF non deve essere confuso con l'arbitrato previsto dal codice di procedura civile. Quest'ultimo, infatti, presuppone un accordo delle parti (precedente o successivo all'insorgenza della controversia) volto a sottoporre la lite al giudizio di uno o più arbitri i quali emettono una decisione vincolante» (BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, Roma, 2011, 7). Infine, rispetto all'arbitrato, il ricorso all'arbitro bancario finanziario è caratterizzato da una «legittimazione diseguale», dal momento che solo il cliente ha facoltà di decidere se attivare la procedura innanzi all'ABF, mentre l'intermediario, da un lato non è legittimato a proporre il ricorso e, per converso, è onerato, pena l'applicazione di sanzioni, di aderire al predetto sistema. Cfr. G. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario, morfologia e funzioni*, cit., 213 ss.; ID, *Giustizia senza giurisdizione*, cit., ID., *L'Arbitro bancario finanziario*, cit., 99 ss.

che la sua decisione non è, appunto, a differenza di quanto previsto dall'art. 808-ter c.p.c., in alcun modo cogente per alcuna delle parti. Ovviamente, l'eventuale *accettazione* dell'esito della decisione potrà ben essere consacrata dalle parti in un atto negoziale; ma in tale ipotesi sarà tale successivo accordo (che assumerà – molto spesso – le forme di una transazione) a costituire la (nuova) fonte regolatrice del rapporto, mentre la decisione del Collegio costituirà un mero presupposto di fatto; alla stregua, appunto, di un parere reso da un organo consultivo terzo e imparziale⁷.

⁷ In senso non dissimile: v. S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*., cit., 332 ss.; M. MAIONE, *Sulla natura dell'Arbitro Bancario Finanziario*., cit., in part. 1201, la quale individua l'affinità tra l'ABF e il *Servicio de Reclamaciones* dell'ordinamento giuridico spagnolo, il quale – appunto – esprime la propria valutazione sul caso esaminato con una sorta di parere, non avente efficacia vincolante tra le parti. V. anche C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf*., cit., *ibidem*, i quali rilevano un'affinità col modello statunitense dell'*Eary Neutral Evaluation*.

Deve, per ragioni analoghe, concludersi che la decisione dell'arbitro bancario finanziario non sia neppure idonea a valere come prova scritta del credito ai fini dell'ottenimento di un decreto ingiuntivo, dal momento che – appunto – quella dell'arbitro, sia sotto il profilo del fatto che del diritto, è e resta una semplice valutazione, ancorché resa da un soggetto terzo e imparziale (nello stesso senso, v. S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, cit., 335; cfr. anche E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario*., cit., 81, nota 118; G. COSTANTINO, *L'istituzione dell'«Arbitro Bancario Finanziario»*, cit., 301).

Nel senso che la pronuncia dell'arbitro bancario finanziario avrebbe valore di “prova privilegiata”, v. Giudice di pace Varallo, 11 luglio 2022, in *Contratti*, 6, 2022, 643 ss., con nota critica di L. CARPINELLI, *In sede di giudizio ordinario l'inadempimento alla decisione dell'ABF diventa una prova documentale?*, che concorda con l'equiparazione della decisione dell'arbitro ad un parere.

È stata anche proposta l'assimilazione dell'arbitro bancario finanziario all'arbitratore: v. M. S. DESARIO, *Profili di impatto delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario sugli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2011, 495 *contra* Trib. Roma 1° marzo 2022. Si vedano, al riguardo, le convincenti osservazioni di L. CARPINELLI, *In sede di giudizio ordinario l'inadempimento alla decisione dell'ABF diventa una prova documentale?*, cit., *ibidem*, secondo cui l'ABF «non determina e non integra nessun elemento del contratto che intercorre tra il cliente e la banca con l'*arbitrium boni viri*, ma applica norme

Naturalmente, la funzione di composizione delle liti non è l'unica rinvenibile nell'arbitro bancario finanziario. Esso, come è stato correttamente osservato, assolve anche e soprattutto ad una funzione strumentale rispetto al perseguimento delle finalità pubbliche della vigilanza bancaria⁸; funzione che può essere declinata nella promozione di «*best practices* settoriali, idonee in quanto tali ad influenzare l'attività dell'intermediario anche oltre i limiti della fattispecie concreta che [l'arbitro bancario finanziario - ndr] è chiamato a risolvere»⁹. Come è stato giustamente osservato, infatti, le decisioni ABF sono in grado di influenzare in modo significativo i comportamenti degli intermediari, proprio per loro stretta interazione dell'organo con l'esercizio dei poteri di vigilanza da parte della Banca d'Italia¹⁰.

Ad ogni modo, per quel che interessa ai fini del presente contributo, se si focalizza l'indagine sulla lite in concreto e non sul suo sopra-cennato *ruolo pedagogico* (*scil*: sulle implicazioni della decisione sulle possibili condotte future delle parti¹¹),

di diritto positivo ad una fattispecie oggetto di controversia che, certamente, non si presenta indeterminata nei suoi elementi costitutivi».

⁸ Cfr. G. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario*, cit., 99 ss., in part. par. 5, il quale – tuttavia – sottolinea comunque la natura di strumento di risoluzione dei «conflitti economici in materia bancaria, creditizia e (poi) dei pagamenti al solo cliente». DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile*, cit., *ibidem*.

⁹ G. FAUCEGLIA, *L'esperienza dell'ABF*, cit., in part. 859; conf. E. LA FATA, *Sussidiarietà e risoluzione delle controversie bancarie. Il modello dell'ABF*, Napoli, 2020, 150.

¹⁰ G. FAUCEGLIA, *L'esperienza dell'ABF*, cit., *ibidem*, il quale parla, appunto, di “funzione pedagogica”. V. anche P. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, II, 1373; A. FEDERICO, *Il procedimento di attuazione dei diritti innanzi all'Arbitro bancario finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1054, il quale sottolinea la “circolarità virtuosa” tra la vicenda giudiziaria privata e quella regolamentare pubblica. In senso sostanzialmente conforme, cfr. anche, M. STELLA, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari in Italia e in Europa*, Padova, 2016, 115 ss.; C. CONSOLO - M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo*, cit., 1653 ss.; A. TUCCI, *L'Arbitro Bancario finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 2019, 623 ss.

¹¹ Vale, del resto, la pena osservare che – *mutatis mutandis* – una logica non dissimile a quella “pedagogica” individuata, come visto *supra* nella nota precedente, nella peculiare caratterizzazione dell'arbitro bancario finanziario,

l'arbitro bancario finanziario, pur non essendo – come si è detto – né un giudice né un arbitro, è chiamato in una certa misura a comportarsi “come se fosse tale”, ossia a decidere, secondo diritto, sulla domanda proposta dal cliente. Tale constatazione costituisce la chiave di lettura della decisione in commento (la quale, infatti, richiama concetti e istituti propri del diritto e del diritto processuale civile in particolare) e del presente contributo.

3. *L'efficacia del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante nelle materie diverse dagli illeciti anti-trust.*

Con riguardo alla fattispecie oggetto della decisione in commento, il Collegio di Coordinamento si era già recentemente pronunciato, come detto, declinando l'obbligo informativo dell'intermediario come afferente alla fase genetica del rapporto; conseguentemente aveva ritenuto che, ove il titolo fosse stato acquistato dal cliente in una data antecedente al *dies a quo* della cognizione temporale dell'arbitro bancario finanziario, sarebbe stata a quest'ultimo preclusa la possibilità di sindacare sulle eventuali carenze dell'informativa medesima¹².

Con la pronuncia in commento, il Collegio di Coordinamento, investito nuovamente della questione, ha innanzitutto aperto alla possibilità di configurare – sia pure nei limiti che si diranno – una responsabilità dell'intermediario per carenze di informazioni *in itinere*, ossia: per non avere informato i clienti, in prossimità della scadenza del relativo termine, dell'imminente decorrenza della prescrizione. La motivazione del provvedimento, tuttavia, è interamente incentrata sull'efficacia della decisione AGCM – qualificata come pregiudiziale – senza che il collegio affronti, *ex*

è ravvisabile anche nel ruolo svolto dagli organi giurisdizionali. È innegabile, infatti, che la presenza di orientamenti costanti – si pensi al ruolo svolto dal giudice amministrativo nel modellare i comportamenti della Pubblica Amministrazione, ma anche del giudice ordinario nelle sue materie più tipiche – finisca inevitabilmente, proprio in dipendenza del possibile esito del futuro giudizio, a incidere *a monte* sui comportamenti delle parti. Si pensi al condizionamento delle parti nella predisposizione dei modelli contrattuali, nonché nel ruolo deflattivo che può assumere (e, inevitabilmente, assume) una costante giurisprudenza contraria ai fini della prevenzione di liti future.

¹² V. *supra*, par. 1.

professo e in autonomia, la questione sottesa: se esista o meno un obbligo di informazione *in itinere*, nel senso sopra precisato, e se la violazione di tale obbligo da parte dell'intermediario determini in capo al cliente un diritto al risarcimento del danno.

Il Collegio, in particolare, ha ritenuto da un lato di non potere considerare acquisito l'accertamento contenuto nel provvedimento dell'Autorità Garante, in quanto non definitivo, e dall'altro di non potere riesaminare nel merito la questione, in attesa dell'esito del procedimento di impugnazione avverso il provvedimento sanzionatorio di AGCM. Ma si proceda con ordine.

Sotto il primo profilo la decisione è, sicuramente, condivisibile. La disciplina di riferimento considerata dal Collegio di Coordinamento è quella più specificamente dettata per i c.d. *illeciti anti-trust*, ed è contenuta nel Reg. CE 1/2003, del 16 dicembre 2002, nelle Direttive 2019/1/UE dell'11 dicembre 2018 e 2014/104/UE del 26 novembre 2014, nonché, in Italia, nel d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3¹³. Tale ultimo provvedimento

¹³ V., per una compiuta analisi, A. A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement: contro il vincolo del giudice civile alle decisioni delle Autorità indipendenti*, in *Il giusto processo civile*, 3/2022, 665 ss.; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Milano, 2019; F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012; S. LUCATTINI, *Modelli di garanzia per i mercati*, Torino, 2013, 17; M. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 523; G. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della direttiva 2014/104/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 414; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 476; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. 19 gennaio 2017, n.3. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 991; R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, 784.

Sul tema, v. anche A. DE SANTIS, *Processo civile, Antitrust Litigation e Consumer Protection*, in *Riv. dir. process.*, 2015, 1495; S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 2015, 1153; M. DE CRISTOFARO, *Il Private Enforcement Antitrust ed il ruolo centrale della*

normativo, emanato in attuazione della Direttiva 2014/104/UE, disciplina, sempre con riferimento agli *illeciti anti-trust*, il rapporto tra procedimento svolto dinanzi all’Autorità e azione risarcitoria a valle del cliente (*follow-on*), distinguendo (art.7) le ipotesi di provvedimento adottato dall’Autorità nazionale da quelle di provvedimento adottato da Autorità straniera. Mentre nel secondo caso la decisione costituisce semplicemente «prova nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove»¹⁴, nel caso di decisione adottata dall’Autorità italiana, l’art. 7 precisa che a seguito di accertamento divenuto definitivo da parte dell’Autorità Garante nazionale, «Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata». Aggiunge, ancora, che tale efficacia «riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno»¹⁵.

disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale, in *Int'l Lis*, 2015, 123; P. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 196; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della C.e.d.u. e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/UE sul private enforcement (d.lgs. n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'a.g.c.m.*, in *Federalismi.it*, n. 8/2018, 21; A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 2020, 1442.

¹⁴ Cfr. art. 9 Dir. 2014/104/UE: «2. Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti».

¹⁵ Cfr. art. 9 Dir. 2014/104/UE: «1. Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza».

La dottrina, al riguardo, ha evidenziato che, nei fatti, l'efficacia dell'accertamento del Garante non si limita a presentare caratteri accostabili alla cosa giudicata sostanziale (che non sarebbe, di per sé, poco), ma – addirittura – va al di là dei limiti dell'art. 2909 c.c., atteggiandosi come una sorta di “*ipervincolo*”, unico nel suo genere nel nostro ordinamento, accostabile alle “prove legali”¹⁶.

Il procedimento sanzionatorio, poi, non ha – almeno nella prima fase, amministrativa – una inequivocabile natura giurisdizionale, ravvisabile, invece, nella successiva fase dell'impugnazione davanti al giudice amministrativo. Si è, in conclusione, in presenza di un provvedimento non giurisdizionale, idoneo a provocare effetti di stabilità, analoghi al giudicato, estensibili anche a soggetti terzi non intervenuti nel procedimento sanzionatorio.

Per la produzione di tale effetto, tuttavia, l'art. 7 sopra citato richiede che il provvedimento sanzionatorio sia diventato definitivo; ossia, come si ricava dal combinato disposto con l'art. 1, che la decisione non possa o non possa più: «essere impugnata con mezzi ordinari». Detto in altri termini: che sia inutilmente decorso il termine di impugnazione, ovvero che l'impugnazione sia stata proposta e rigettata.

Se tale è il quadro normativo dettato specificatamente per i c.d. “*illeciti anti-trust*”, il primo problema che il Collegio ha dovuto affrontare è quello dell'applicabilità delle regole sopra-citate ai procedimenti sanzionatori emessi dal Garante *ex art. 37-bis* codice di consumo: *in primis*, la possibilità di considerare, nel giudizio *follow-on*, coperta da autorità di cosa giudicata (o, *a fortiori*, da *ipervincolo*) la decisione adottata da AGCM all'esito di un procedimento tra parti diverse.

¹⁶ A. A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement.*, cit., 679-685, il quale – tra l'altro – ravvisa una certa simmetria con il disposto di cui all'art. 651 c.p.p., con riguardo al vincolo, in caso di sentenza penale di condanna pronunciata a seguito di dibattimento e divenuta definitiva, per il giudice civile dell'azione risarcitoria alla valutazione circa l'illiceità penale del fatto e al fatto che l'imputato lo ha commesso. V., anche, NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative.*, cit., 489. Sulla portata dell'art. 651 c.p.p., v., per tutti, A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale.*, cit., 1442.

Sul punto, il Collegio di Coordinamento invoca l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui la normativa *de qua* sarebbe in un certo qual modo estensibile in generale, ai provvedimenti dell'AGCM nelle materie di sua competenza «tenuto conto delle ragioni ispiratrici che prendono le mosse dalla funzione stessa assoluta nel sistema dalla pubblica tutela erogata attraverso gli strumenti di public enforcement»¹⁷.

Più precisamente, a dire il vero, nella pronuncia del 2021 citata dal Collegio di Coordinamento la Suprema Corte non si era pronunciata sull'applicabilità diretta del d.lgs. 3/2017 ai provvedimenti emessi da AGCM *ex art. 37-bis* codice di consumo (né, del resto, avrebbe potuto, dal momento che la controversia, decisa in prima istanza – come si legge in motivazione – con sentenza dell'8 marzo 2017 era stata con tutta evidenza proposta anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 3/2017). La dottrina, tuttavia, ha correttamente escluso la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 7 citato, proprio per il suo carattere speciale, a fattispecie diverse dai divieti di intese anti-trust e di abuso di posizione dominante¹⁸. Peraltro, specie se si estendesse la disciplina prevista dal d.lgs. 3/2017 a fattispecie estraenee agli illeciti *anti-trust*, verrebbe implicitamente derogato un limite connaturato al giudicato civile, che è la necessaria identità delle parti (salvo il caso di eredi o aventi causa) tra le due decisioni. Nel procedimento sanzionatorio PS 11287, previsto dall'art. 37-*bis* del codice di consumo, infatti, erano state parti l'intermediario e alcune associazioni di consumatori, «in qualità di Associazioni di consumatori segnalanti e/o intervenienti»; non anche il

¹⁷ Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, in *Rivista di diritto industriale*, 2021, 6, II, 455; *Giur. Comm.*, 3, 2022, 608 ss., con nota di G. DE LUCA, *L'efficacia probatoria del provvedimento di public enforcement sulla vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore*; e in *D. & G.*, 167, 2021, 7 ss. con nota di G. SATTA, *Sulle tormentate clausole del mutuo indicizzato al franco svizzero*.

¹⁸ Si rinvia alle convincenti osservazioni di G. DE LUCA, *L'efficacia probatoria del provvedimento di public enforcement*, cit., *ibidem*. In dottrina l'applicazione analogica è stata esclusa, per i medesimi motivi, da P. COMOGLIO, *Commento all'art. 33 l. 287/90*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di Ubertazzi, Milano, 2019, 3688

ricorrente della specifica azione risarcitoria esercitata dinanzi all'arbitro, che non era stato tecnicamente parte del procedimento sanzionatorio. Se una simile estensione potrebbe, in linea teorica, essere presa in considerazione a fronte di una espressa disposizione di legge – come è il caso dell'art. 7 del d.lgs. 3/2017, per gli illeciti *anti-trust* – tutt'altra cosa è pensare di applicarla analogicamente a fattispecie diverse.

In conclusione, quello che il Giudice di legittimità aveva, in effetti, enunciato, era l'applicazione (estensiva) degli orientamenti giurisprudenziali formati in materia di decisioni dell'AGCM, anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 3/2017¹⁹, affermando che il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, nelle materie *ex art. 37-bis* codice di consumo, è dotato di «una elevata attitudine probatoria tanto con riferimento all'accertamento della condotta quanto con riferimento alla

¹⁹ Per una esaustiva analisi dell'evoluzione giurisprudenziale nelle azioni c.d. *follow-on* – ossia, a valle di un provvedimento sanzionatorio del Garante e distinte, quindi, dalle azioni *stand alone*, intraprese in mancanza di un provvedimento sanzionatorio - antecedentemente all'emanazione del d.lgs. 3/2017, v. P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Il giusto processo civile*, 1/2016, 195 ss., il quale distingue diversi momenti: in una prima fase (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305), la giurisprudenza aveva valutato i provvedimenti sanzionatori in materia di concorrenza sotto il profilo della probabilità logica. In un secondo momento (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640) li aveva, invece, qualificati come «prova privilegiata»; infine aveva esplicitamente richiamato la categoria delle «presunzioni» («elementi presuntivi di convincimento circa l'esistenza del danno e del nesso causale fra l'illecito e il danno»: Cass. 9 maggio 2012, n. 7039), concetto poi ulteriormente sviluppato e ricondotto nel novero delle «prove atipiche», idonee (ancora una volta) a fondare una presunzione *iuris tantum*. In tale ultima evoluzione, secondo l'autore, erano già ravvisabili i caratteri di una presunzione assoluta, assimilabile al giudicato.

La qualificazione in parola era stata poi confermata da Cass. 5 luglio 2019, n. 18176; Cass. 22 maggio 2019, n. 13846; Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1219, con nota di F. DI PEIO, *La produzione della polizza e del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM assolve l'onere probatorio a carico del consumatore*; in *Foro It.*, 2014, I, 1729, con nota di R. PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore* (la Corte aveva, peraltro, condivisibilmente rigettato la ricostruzione della prova in parola quale «prova privilegiata», categoria non esistente nel diritto processuale civile).

idoneità a procurare un danno ai consumatori»²⁰ ed è idoneo a fondare una «presunzione legale, pur suscettibile di prova contraria, non sancita espressamente dalla legge ma desunta dal sistema», in ordine alla valutazione di non chiarezza e comprensibilità della clausole del testo contrattuale emessa dal Garante. Non aveva, invece, in alcun modo affermato un possibile valore di giudicato del provvedimento AGCM. Anzi, a ben vedere, lo aveva implicitamente escluso dal momento che aveva contemplato la possibilità che, nel giudizio *follow-on*, l'intermediario fornisse prova contraria, dimostrando che le clausole non determinassero «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»²¹.

Mutatis mutandis, nella fattispecie in esame, qualora il provvedimento AGCM diventasse definitivo, il giudice dell'azione risarcitoria *follow-on* (e, per le ragioni esposte *supra*, anche l'arbitro bancario finanziario che, pur non essendo un giudice è chiamato a comportarsi come tale) dovrebbe considerare presuntivamente, e salvo prova contraria, accertata la violazione individuata dal Garante, nel suo quadro fattuale relativo alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale; non, però, sul nesso di causalità e sull'esistenza del danno. Correlativamente, però, il giudice dell'azione *follow-on* non potrebbe né dovrebbe attribuire al provvedimento AGCM la peculiare efficacia di *ipervincolo di giudicato* (*scil*: considerare, ad ogni effetto, definitivamente accertata la violazione), riservata dalla legge esclusivamente alle fattispecie disciplinate dal d.lgs. 3/2017 e non estensibile a fattispecie diverse dagli illeciti *anti-trust*.

²⁰ L'affermazione è ripresa da Cass. 11904/2014, la cui motivazione la Corte trascrive in parte.

²¹ Così, par 2.6.8 della motivazione: «Il provvedimento dell'AGCOM esige una specifica confutazione circa il difetto ivi accertato di chiarezza e comprensibilità, con riferimento a tutte le ragioni addotte dal Garante; quanto all'abusività e vessatorietà delle clausole, sarebbe spettato alla Corte di appello procedere all'ulteriore valutazione se esse determinassero a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, valutazione omessa per effetto del giudizio di chiarezza espresso nella sentenza impugnata».

4. *La conclusione del Collegio: la “pregiudizialità” del procedimento di impugnazione del provvedimento AGCM rispetto al ricorso follow-on proposto dal cliente. Rilievi critici.*

Superato, così, il problema del giudicato del procedimento AGCM e dei suoi limiti soggettivi, il Collegio affronta la questione del rapporto – definito di *pregiudizialità* – tra il giudizio di impugnazione avverso il provvedimento del Garante e l’azione risarcitoria oggetto della controversia. La conclusione al quale giunge è che, in pendenza del primo, sarebbe precluso all’ABF di pronunciarsi in merito alla condotta omissiva, dal momento che questi «sarebbe pur sempre chiamato a decidere in merito alla medesima condotta omissiva, pur se, evidentemente, con efficacia giuridica non assimilabile a quella di una pronuncia resa all’esito di un giudizio dinanzi all’autorità giudiziaria» e che l’arbitro dovrebbe porre a fondamento della decisione l’accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo impugnato.

Il passo è, forse, quello che presenta i maggiori elementi di opinabilità. Dal momento che il provvedimento AGCM non ha valore di giudicato (non potendosi direttamente applicare l’art. 7 del d.lgs. 3/2017, stante la differente materia rispetto alle condotte *anti-trust* e, oltretutto, la differente identità delle parti), e – secondo il Collegio – neppure il valore giurisprudenziale di prova privilegiata o di presunzione (dal momento che il relativo accertamento non era definitivo ma era ancora *sub iudice*), la logica conseguenza sarebbe stata quella di affermare il potere dovere dell’arbitro di procedere autonomamente all’accertamento della violazione, senza tenere conto del provvedimento dell’Autorità Garante (proprio perché non ancora definitivo), ovvero considerandolo come semplice “prova tra le prove” o, gradatamente, come elemento indiziario, dal valore di argomento di prova: con apprezzamento, in ogni caso, scevro da ogni efficacia privilegiata, ancorché vestita negli abiti di una *presunzione interpretativamente legale*²².

²² Il postulato, immanente alla pronuncia, della necessaria conformità degli orientamenti ABF all’eventuale provvedimento del giudice amministrativo di

Vale la pena osservare che il Collegio, se avesse seguito l'impostazione qui suggerita, avrebbe potuto confermare la ricostruzione di AGCM, ma anche pervenire a una decisione totalmente dissonante rispetto al provvedimento dell'Autorità, escludendo la responsabilità dell'intermediario o la risarcibilità del danno conseguente: se il provvedimento sanzionatorio non definitivo non è idoneo a generale alcun vincolo nell'azione *follow-on*, allora l'arbitro – come a maggior ragione il giudice – è libero di decidere senza alcun vincolo. La decisione di attendere

rigetto dell'impugnazione dell'intermediario, si innesta nel complesso dialogo tra orientamenti dell'arbitro bancario finanziario e della giurisprudenza. In passato, il Collegio di Coordinamento aveva affermato essere «pregiudizialmente inibito», all'Arbitro, il potere di non recepire un *dictum* delle Sezioni Unite, dal momento che una decisione difforme avrebbe collocato l'organo «fuori» dal «sistema» (giudiziario): ABF, Coll. Coord., 5 aprile 2018, n. 744, in *Banca borsa tit. cred.*, 6/2018, 791 ss., con nota critica di F. AULETTA, ... *e il sole e le altre stelle: è la giurisdizione quella del «sistema» dell'ABF?*. Il principio – per la verità espresso quasi *incidenter tantum* e senza particolare enfasi – non ha costituito, peraltro, un criterio univocamente seguito dai collegi, i quali, molto spesso, hanno assunto posizioni di dichiarato dissenso rispetto a orientamenti espressi dalla Cassazione. Emblematico, al riguardo, il contrasto, in materia di calcolo degli interessi in materia di BFP c.d. serie P/Q con sovratimbratura “*solo parzialmente coprente*”, tra le pronunce della Cassazione (per la verità, non a sezioni unite, trattandosi di decisioni della sezione prima civile) nn. 4748, 4751, 4763 e 4784 del 10 gennaio 2022 e le decisioni successive, in consapevole ed espresso dissenso, dei Collegi ABF: *ex multis*, v. ABF, Coll. Napoli, 3 marzo 2023, n. 2084; Coll. Roma, 30 gennaio 2023, n. 893; Coll. Milano, 11 gennaio 2023, n. 174, in senso più favorevole ai clienti. Si rinvia all'analisi di M. BUFFONI, *Buoni fruttiferi e tutela del risparmiatore: approccio amministrativo e di legittimità a confronto*, in *Contratti*, I, 2023, 68 ss., la quale propone un parallelismo tra il caso dei BFP e la vicenda oggetto del presente commento.

Sulla possibilità per l'arbitro bancario finanziario di decidere in senso difforme rispetto agli orientamenti della giurisprudenza, «fosse anche quella delle Sezioni Unite della Cassazione», senza neppure l'obbligo di motivare espressamente il proprio dissenso, v. le convincenti osservazioni di D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile.*, cit., in part. par. 7, e di F. AULETTA, ... *il sole e l'altre stelle*, cit., 797, il quale giustamente osserva che la «“giurisprudenza della Corte” (art. 360-bis c.p.c.) non è (in quanto tale) parametro (ulteriore e) diretto sul quale misurare tipicità e legittimità degli atti dell'ABF, così come di nessun agente di diritto amministrativo [...]».

l'esito del giudizio di impugnazione avverso il provvedimento AGCM, pur se sorretta da una certa *ragion pratica* (prevenire il rischio che l'arbitro bancario finanziario potesse giungere a una soluzione interpretativa difforme rispetto a quella poi adottata dall'organo giurisdizionale) non appare, a ben vedere, condivisibile.

Ad analoghe perplessità si presta l'affermazione successiva, secondo cui sussisterebbe, dunque, «una situazione analoga a quella contemplata dall'art. 295, cod. proc. civ., limitatamente al profilo della natura decisiva o, comunque, rilevante della definizione della controversia, rispetto alla quale appare corretto ritenere – alla luce della struttura e della funzione del procedimento dinanzi all'ABF (cfr. Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, Sez. I.4) – che il ricorso sia inammissibile». La questione è connessa alla precedente, dal momento che immanente ad essa è la configurazione del giudizio di impugnazione avverso il provvedimento AGCM (anzi, al procedimento sanzionatorio nella sua interezza) come pregiudiziale rispetto all'azione risarcitoria, *follow-on* proposta dal cliente, o – addirittura – rispetto all'azione *stand-alone* (tale è, probabilmente, da configurare la controversia in oggetto, dal momento che il ricorrente non aveva invocato l'autorità del provvedimento del Garante).

A lasciare perplessi non è tanto il rinvio *ex se* ai concetti di pregiudizialità e di sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*: per come si è detto, l'arbitro bancario finanziario, pur non essendo né un giudice né un arbitro, nel momento in cui si trova a decidere una controversia, deve, in qualche misura, comportarsi come tale (pur nella consapevolezza che la sua decisione, non avendo efficacia né giurisdizionale né contrattuale, non avrà efficacia vincolante per le parti). Ciò che desta perplessità è, piuttosto, l'applicabilità di tali concetti al caso concretamente in esame.

Il richiamo alla Sezione I.4. delle Disposizioni ABF pare essere riferito, in particolare, ai capoversi IV e V, secondo cui «Non possono essere inoltre proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria (...)» e «Non possono altresì 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 (...)). Se questa lettura è corretta, però, il Collegio avrebbe, forse, dovuto sviluppare *funditus* altri due passaggi consequenziali del ragionamento, che vengono, invece, solo implicitamente risolti e che, sicuramente, avrà modo di affrontare e ulteriormente approfondire, qualora venisse nuovamente investito della questione o di altra analoga.

La prima questione riguarda la possibilità di configurare una sia pure impropria *pregiudizialità* tra procedimento in ABF e giudizio di impugnazione di un provvedimento AGCM, che non riguardi le fattispecie propriamente riconducibili all'art. 7 d.lgs. 3/2017, ma provvedimenti emanati *ex art. 37-bis* codice di consumo.

Per le ragioni sopra esposte, la soluzione sembrerebbe dover essere negativa: il provvedimento AGCM, fuori dai casi previsti dall'art. 7 d.lgs. 3/2017, non ha un'efficacia paragonabile al giudicato, ma incide nelle controversie risarcitorie *follow-on* solamente sul piano della prova. Ferma restando, pertanto, per le parti la possibile convenienza di attendere l'esito del procedimento impugnatorio per beneficiare del più favorevole regime probatorio, non pare possa sussistere una qualsivoglia pregiudizialità, che inibisca al giudice o all'arbitro bancario finanziario la possibilità di conoscere dell'azione risarcitoria, nelle more che il provvedimento AGCM diventi definitivo²³.

²³ Tale evenienza, vale la pena osservare, era stata peraltro espressamente esclusa da Cass. 23655/2021 che si era espressa nei seguenti termini (anche richiamando *per relationem* la precedente Cass. 11904/2014): «l'azione davanti al giudice civile non è subordinata ad una previa pronuncia dell'Autorità, in virtù dell'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria, ed il provvedimento assunto dal Garante non è vincolante per il giudice ordinario neppure nel caso in cui abbia superato con successo il vaglio del giudice amministrativo; ciò non solo perché il privato consumatore è normalmente estraneo al giudizio amministrativo, ma anche perché il giudicato amministrativo si forma soltanto sulla legittimità dell'atto assunto dall'Autorità garante; il controllo del giudice amministrativo anche quando si sostanzia in una verifica dei fatti volta ad accertare che il processo valutativo seguito

La seconda questione riguarda più specificamente l'interpretazione della previsione di improponibilità della domanda in ABF, per il caso che la controversia sia già *sub iudice*, ai sensi delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, Sez. I.4, capoversi quarto e quinto sopra citati. Va, infatti, ripetuto che, nella fattispecie oggetto della decisione, il ricorrente non era parte del procedimento di impugnazione del provvedimento AGCM; anzi, come detto, non aveva neppure invocato la relativa decisione, peraltro resa in data successiva alla proposizione del ricorso.

Tanto premesso, la soluzione adottata dal Collegio di Coordinamento postula una soluzione affermativa ad un quesito particolarmente rilevante: se debba essere dichiarato inammissibile (o, più propriamente, improponibile) il ricorso in ABF anche qualora, come nella fattispecie in esame, non vi sia identità di parti tra il procedimento davanti all'arbitro e il procedimento affermato come pregiudiziale (nella specie: l'impugnazione della decisione AGCM). La soluzione adottata potrebbe avere un effetto particolarmente incisivo sull'arbitro bancario finanziario, che finirebbe – forse in modo non del tutto giustificabile – per autolimitarsi in modo eccessivo, rifiutando di decidere non solo, come sarebbe corretto, quando la stessa controversia fosse già *sub iudice*, ma anche quando ad essere oggetto di giudizio fosse una controversia non identica ma che, peraltro solo impropriamente e per via di approssimazione, potrebbe definirsi “*pregiudiziale*”, in quanto pendente tra parti diverse.

La soluzione ermeneutica adottata dal Collegio, dunque, si presta alle medesime perplessità che avrebbero dovuto portare ad escludere, anche in caso di provvedimento definitivo, la possibilità di configurare un “giudicato”, nel senso indicato dall'art. 7 del d.lgs. 3/2017: l'impossibilità di estendere analogicamente tale disposizione e la differente identità tra le

dall'Autorità e la ricostruzione da essa operata siano immuni da travisamenti e vizi logici, ed a valutare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate ed applicate».

parti come, a valle, impediscono che il provvedimento sanzionatorio possa produrre effetti diretti di giudicato, a monte avrebbe dovuto far escludere la configurabilità di una pregiudizialità (ricondata, pur con apprezzabile cautela, all'art. 295 c.p.c.) tra le due "cause". Tanto più che, come detto, la stessa Cass. 23655/2021 aveva espressamente contemplato la possibilità che, nel giudizio *follow-on* (fuori dai casi del d.lgs. 3/2017), l'intermediario sovvertisse l'accertamento del Garante, dimostrando che le clausole non determinino «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»²⁴.

La soluzione prescelta dal Collegio di Coordinamento, peraltro, si presta a un ulteriore, finale, interrogativo: *quid iuris* se, all'esito del procedimento di impugnazione, la sanzione di AGCM venisse annullata dal giudice amministrativo. In questo caso, è bene osservare, l'art. 7 del d.lgs. 3/2017 non sembra consentire la formazione di un *giudicato* circa la liceità della condotta tenuta dall'intermediario²⁵. Ne consegue che, sebbene il Collegio sembri limitare la possibilità per il cliente di riproporre la domanda in ABF al solo caso di conferma in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo, la stessa possibilità dovrebbe essergli analogamente riconosciuta anche in caso di accoglimento del ricorso dell'intermediario.

La conclusione di quanto si è detto è che, anche a seguire l'impostazione del Collegio di Coordinamento, la pendenza del procedimento di impugnazione contro il provvedimento AGCM finirebbe con l'agire, più che come una *condizione*, come un semplice *termine*, dal momento che, quale che fosse il suo esito, il cliente, il cui ricorso fosse stato dichiarato improponibile allo stato, potrebbe nuovamente adire l'arbitro per rimettere tutto in discussione e chiedere il risarcimento del danno.

²⁴ Cfr. *supra*, nota 21.

²⁵ Nello stesso senso, A. A. ROMANO, *L'attuazione delle regole di concorrenza fra private e public enforcement*, cit., 695, il quale esclude categoricamente che il provvedimento con il quale l'Autorità escluda l'illecito non generi alcun vincolo «nei successivi giudizi risarcitori promossi da concorrenti o consumatori che si assumono comunque danneggiati, poiché questi non erano parti del procedimento amministrativo».