

APPUNTI PER LA RELAZIONE IN MATERIA BANCARIA CONVEGNO IVREA 18.10.2016

OGGETTO:

**A)-INTERESSI ULTRALEGALI B)-CMS C)-AZIONI DI ACCERTAMENTO E DI
CONDANNA D)- SALDO ZERO E)-PRESCRIZIONE**

A) INTERESSI ULTRALEGALI

La norma base è quella prevista dall'art. 117 TUB secondo cui:

“I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:

a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto. 8. La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.”

Al contratto privato della clausola nulla si applicano gli interessi in misura legale e dunque:

— in quella determinata ex art. 1284 c.c. nel saggio «generale» degli interessi legali, in virtù della sostituzione automatica della clausola difforme da norma imperativa (art. 1419 c.c.), fino all'entrata in vigore della l. n. 154 del 1992 (e quindi fino al 8 luglio 1992), per l'irretroattività del criterio del tasso BOT sostitutivo previsto dall'art. 117 comma 7, sancita in via generale dall'art. 161 comma 6 t.u.b. d.lg. n. 385 del 1993;

— nel tasso BOT dei 12 mesi antecedenti in base al criterio sostitutivo previsto dall'art. 117 comma 7 lett. a), t.u.b., dopo l'entrata in vigore di tale legge.

Il criterio integrativo previsto dall'art. 117, comma 7 t.u.b., collegando il tasso minimo o massimo dei BOT emessi nei dodici mesi precedenti, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, va inteso nel senso dell'applicazione del «tasso minimo» ai saldi debitori del conto (saldi dare), che sono quelli che scaturiscono operazioni attive ed il tasso massimo ai saldi creditori (avere) che sono quelli che scaturiscono dalle operazioni passive.

Le operazioni passive vanno determinate alla stregua delle comuni regole di tecnica bancaria e di diritto bancario, secondo cui le operazioni attive sono quelle di impiego fondi, ossia quelle che si concretizzano in operazioni di finanziamento alla clientela, come le aperture di credito in conto corrente, mentre le operazioni passive sono, invece, quelle di raccolta o provvista di fondi, che si concretizzano in operazioni di deposito in conto corrente con saldi a credito del correntista.

Vi è un opposto orientamento, secondo cui, in questo modo «si configurerebbe per tale via un ingiustificato arricchimento del correntista ed un rapporto illogico ed antieconomico» (App. Milano 4 febbraio 2009; Trib. Salerno 8 settembre 2010, n. 1988, indejure.giuffre.it)

Va però replicato che:

I) anche la Banca d'Italia nelle sue statistiche, come anche nelle istruzioni di vigilanza impartite alle banche, ricomprende fra le operazioni attive — come anche per i tassi attivi — quelle che sono effettuate a debito del cliente e che apportano alla banca una componente attiva di reddito, mentre ricomprende fra le operazioni passive quelle a credito del cliente e a debito della banca.

II) la correttezza dell'interpretazione prospettata delle locuzioni «operazioni passive» ed «operazioni attive» confermata anche:

a. dalla l. n. 154 del 1992, che, al suo art. 7, chiarisce cosa debba intendersi per operazione passiva, ricollegandone l'esistenza ad attività di versamento di denaro presso un ente creditizio;

b. dallo stesso d.lg. n. 385 del 1993, che, in tema di credito al consumo, all'art. 124 comma 5 dispone che nei casi di assenza o nullità delle clausole contrattuali, il TAEG sia sostituito dal tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto ;

III) non è irragionevole che il legislatore adotti una prospettiva sanzionatoria per un illecito da parte di chi esige gli interessi, analogamente a quanto, in modo ancora più rigoroso viene stabilito per gli interessi usurari dall'art. 1815 c.c.

Secondo una tesi (sentenza Tribunale Milano dott. Crignola del 30.10.2013) dall'esame della norma sarebbe rilevabile che per l'ipotesi del comma 3, l'art. 117 TUB ("Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo") non prevede alcun tasso sostitutivo e che, per effetto dell'abrogazione del comma 5 della norma in esame, il comma 7 dispone la sostituzione con il tasso nominale dei BOT solo in ipotesi di inosservanza del comma 4 e, cioè, in caso di mancata indicazione del tasso in un contratto esistente e nell'ipotesi contemplata dal comma 6 (rinvio agli usi per la determinazione di tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizioni praticati).

7.3. Il momento di determinazione del tasso BOT

L'interpretazione strettamente letterale dell'art. 117 del T.U.B. porterebbe ad applicare a tutto il rapporto il tasso BOT dei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto; ma ciò è ragionevole per i contratti bancari che contengono un'unica operazione di finanziamento; per i contratti di durata, ove le operazioni si susseguono nel tempo, vi è la necessità di agganciare la misura degli interessi al costo del denaro con riferimento al momento in cui le operazioni vengono effettuate. Per tali contratti, risultando il saggio di interesse soggetto a continue modifiche in funzione dei mutamenti del mercato, si ritiene che il valore minimo e massimo dei BOT debba essere riferito ai dodici mesi precedenti ogni chiusura dei conti (trimestrale o annuale).

Il conteggio secondo tale criterio deve farsi fino alla prima comunicazione della banca di variazione del saggio di interessi idonea a soddisfare il requisito di determinatezza del tasso, e in mancanza fino alla conclusione di nuovo contratto idoneo (di c.c. o apertura di credito di c/c)

B)-CMS

La commissione di massimo scoperto, che da tempo immemore compare sotto vario nome nei contratti di apertura di credito

Va ricordato che la CMS non trova, neppure nei manuali di diritto bancario, una chiara definizione ed una individuazione certa sotto il profilo causale. Non si può dunque definire la commissione di massimo scoperto (mancando sino ad oggi una disciplina normativa o regolamentare sul punto), ma si deve prendere atto dell'esistenza di molteplici commissioni di massimo scoperto, con caratteristiche e con funzioni diverse. Questo fattore, e cioè la sua estrema elasticità, da un lato ha favorito un uso massiccio della commissione da parte delle banche (talvolta al fine di incrementare i propri guadagni nella concessione del credito, altre volte per riequilibrare una posizione contrattuale ritenuta non soddisfacente), ma ha anche prodotto una totale incertezza da parte degli utenti del credito ed è stato la causa del proliferare delle azioni di nullità.

La Commissione di Massimo Scoperto sembra sia stata introdotta nel primo dopoguerra con la funzione di compensare l'intermediario bancario per l'onere di dover sempre essere pronto a fronteggiare l'utilizzo di un fido concordato: inizialmente, dunque, per la parte utilizzata del fido il corrispettivo per la banca era costituito dagli interessi, mentre per la parte non utilizzata la messa a disposizione era remunerata dalla predetta commissione.

Con il passare del tempo la clausola ha cambiato pelle e da indennità per il servizio di messa a disposizione è diventata un onere aggiuntivo di tipo percentuale applicato sul massimo scoperto (cioè sulla massima esposizione debitoria) del trimestre, quasi sempre indipendentemente dalla sua durata.

Con il passare del tempo la clausola ha cambiato pelle e da indennità per il servizio di messa a disposizione è diventata un onere aggiuntivo di tipo percentuale applicato sul massimo scoperto (cioè sulla massima esposizione debitoria) del trimestre, quasi sempre indipendentemente dalla sua durata.

Se questa è la caratteristica di base della clausola, è vero però che gli istituti di credito non ne hanno fatto un'applicazione costante ed uniforme, tale da attribuirle un significato univoco nell'ottica contrattuale; in più, la complessità dei concetti sottesi a tale figura giuridica e l'inserimento in contratti spesso oscuri e comunque caratterizzati da un elevato grado di tecnicismo ne hanno decretato la pressoché totale incomprensibilità da parte del ceto debitorio

A volte il calcolo della commissione veniva effettuato sul massimo saldo dare giornaliero di un determinato periodo (normalmente un trimestre), oltre il fido concesso⁴; a volte sia sull'importo affidato che, una seconda volta, sul massimo saldo dare extra fido; a volte solo sull'importo intra-fido⁵. In alcuni casi, la CMS veniva applicata solo ove lo scoperto rientrasse in una ininterrotta situazione debitoria di durata superiore ad un periodo variamente determinato.

Come si è visto, la commissione nasce come onere sull'importo affidato e non utilizzato e col tempo diventa un onere aggiuntivo che grava sulla massima esposizione debitoria del trimestre, quasi sempre indipendente dalla sua durata (e quindi con effetti moltiplicativi di costo).

Su queste problematiche si ancora la giurisprudenza che ritiene che la clausola di cms sia nulla.

Vi sono state sentenze che hanno affermato la nullità della commissione di massimo scoperto, ancorandola all'articolo 1284, comma secondo, del codice civile, sulla base della ritenuta assimilabilità della predetta commissione - così come concretamente applicata dalle banche - agli interessi passivi; la causa, dunque, sarebbe illecita per violazione di norma imperativa, individuata nell'articolo 1284, comma secondo, ove è stabilito che gli interessi devono essere specificamente determinati per iscritto.

Questa giurisprudenza è stata superata; occorre infatti tenere conto del fatto che nel nostro ordinamento vi è la regola art. 1322 c.c. secondo cui le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto; la nullità della causa deve essere ancorata ad un dato normativo certo.

Oggi si ritiene che la Cms sia legittima, ove pattuita e a condizione che sia sufficientemente determinata.

Dovrà essere stato espressamente specificato nel contratto:

la percentuale

se si tratta di una commissione applicata sul finanziamento concesso, o su quello utilizzato,

la periodicità di calcolo (se ad es. è indicato “trimestrale” occorre indicare in quale momento del trimestre, se in occasione dello sconfinamento maggiore ecc.)

C)-AZIONE DI ACCERTAMENTO E DI CONDANNA

Accade anche con una certa frequenza che il correntista proponga l'azione nonostante il conto corrente sia ancora aperto.

Ora la Cassazione n. 24418/2010 ha sì statuito che il diritto di ripetizione è configurabile solo quando vi sia un atto giuridico definibile pagamento (il che non sussiste normalmente fino quando il conto è aperto) ma ha altresì affermato che “sin dal momento dell'annotazione, avvedutosi dell'illegittimità dell'addebito in conto, il correntista potrà agire per fare dichiarare la nullità del titolo su cui l'addebito si basa”

Da ciò discende, a mio parere, che il correntista può agire anche se il conto è aperto, non potrà chiedere la condanna della banca alla restituzione di indebito, ma potrà ottenere :

-la dichiarazione di nullità delle clausole contrattuali (che prevedano, a titolo di es., l'applicazione di anatocismo illegittimo, l'applicazione di interessi eccedenti il tasso soglia ecc.);

-l'accertamento delle somme addebitate dalla banca a vario titolo in base alla clausola nulla o comunque in difetto di una conforme previsione contrattuale;

-lo storno dell'annotazione indebita, col conseguente ricalcolo dei rapporti di dare-avere lo storno dell'indebito che potrà comportare ad es. una semplice riduzione dell'esposizione debitoria o anche una maggior disponibilità di fido.

Secondo parte della giurisprudenza occorrerebbe la proposizione in via subordinata di una specifica domanda di accertamento della nullità con richiesta di ricalcolo del saldo.

Si afferma in giurisprudenza (Sentenza Trib. Monza 250/2016, Trib. Brescia ord, 5/12/13, Corte di Appello Milano ord. n. 1600/2015 (che "l'inammissibilità della domanda di condanna restitutoria laddove il rapporto di conto corrente non sia ancora estinto si estende anche alle domande presupposte aventi ad oggetto la richiesta di accertamento della nullità di alcune clausole del contratto di conto corrente e di conseguente rideterminazione del saldo. Infatti l'esame di queste ultime e l'interesse ad esse sotteso non può essere isolato e non può prescindere dalla richiesta restitutoria essendo la domanda di accertamento strumentale all'accoglimento della sentenza di condanna."

Questa tesi non è condivisibile perché la domanda di condanna alla restituzione dell'indebito presuppone necessariamente la proposizione della domanda di accertamento delle nullità per anatocismo illegittimo ecc.; e quindi si può statuire sulla domanda di accertamento anche se la domanda di indebito è inammissibile.

Per ottenere la condanna della banca alla restituzione di indebito a conto aperto, il correntista dovrebbe indicare quali sono le rimesse solutorie e come tali autonomamente ripetibili.

D)- SALDO ZERO

I primi profili che si intendono affrontare sono quelli di carattere processuale, ossia quelli relativi alle fondamentali regole che riguardano l'onere della prova nel processo bancario, che può vedere attore il correntista, ovvero attrice la banca anche nella veste di soggetto che ha richiesto ed ottenuto un decreto ingiuntivo e si che trova ora a fronteggiare l'opposizione da parte del cliente.

Queste regole sono importantissime perché decidono le sorti del processo.

In sintesi si deve dire che, se agisce il giudizio il correntista, è compito dello stesso fornire la prova dei propri assunti e produrre la documentazione posta a base delle proprie richieste; il cliente deve

quindi produrre i contratti di conto corrente, di apertura di credito, gli estratti conto e ogni altra documentazione rilevante.

Se agisce in giudizio l'istituto di credito e in caso di opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto dallo stesso, la banca è attore in senso sostanziale ed ha l'onere di produrre contratti e estratti conto integrali relativi al rapporto, sin dall'apertura, se vuole ottenere la condanna del cliente al pagamento del saldo del rapporto, senza potere opporre la distruzione della documentazione anteriore al decennio (da ultimo Corte di Cassazione con sentenza nr. 18541 del 2013 Italgjureweb).

Nell'ipotesi che manchino degli estratti-conto, il consulente tecnico dovrà effettuare i propri conti considerando:

- il cd "saldo zero" se onere di produrre la documentazione è a carico della banca,
- il primo estratto conto disponibile come base di inizio del calcolo se onere della prova è a carico del correntista.

La parte onerata assolve il proprio onere se produce sia gli estratti conto ordinari che gli scalari, da cui si desumono voci come le spese, le commissioni.

Nella prassi si presentano però casi complessi.

- Mancano solo in parte gli estratti conto: sul punto la giurisprudenza è divisa, c'è chi ritiene che in questo caso la ricostruzione non è possibile, c'è chi invece ritiene si possa fare una ricostruzione fittizia, magari poi abbattendo equitativamente l'importo ottenuto.

Dipende anche dalla lunghezza del periodo in cui manca la documentazione.

- Alla causa proposta dal correntista di indebito su conto corrente viene riunita la causa di opposizione proposta dalla banca per ottenere il pagamento dello scoperto sullo stesso conto.

A carico di chi è onere della prova:

- se entrambi producono la documentazione nulla questio.
- se correntista e banca non producono la documentazione completa si stanno verificando due indirizzi: uno che ritiene che ciascuna delle due azioni rimanga indipendente con i relativi oneri probatori, ovvero altra che ritiene invece che si abbia una causa unica a tutti gli effetti con la banca

che propone l'azione principale e il correntista che vuole paralizzare in tutto e in parte l'azione della banca eccependo l'indebito.(in questo caso se la banca non produce i documenti si parte da saldo zero).

E)- Prescrizione

Si discute se per far valere l'eccezione di prescrizione occorra o meno indicare quali sono le rimesse solutorie che danno luogo all'applicazione di questo istituto.

Secondo una tesi, fatta propria in numerose pronunce della Corte di Appello di Torino, è sufficiente che la parte interessata eccepisca la prescrizione, le rimesse solutorie possono poi essere individuate tramite apposita ctu.

Secondo un'altra tesi viceversa il principio del giusto processo, che implica che esso abbia una durata minima possibile e che ogni parte fin dall'inizio "metta le carte in tavola", è la parte che fa valere la prescrizione che deve dare ogni indicazione utile per individuare i presupposti pratici di applicazione della stessa e quindi, in materia bancaria, specificare quali sono le rimesse avente carattere solutorie .

Dott. Cecilia Marino