

## CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato la **SOCIETÀ** conveniva in giudizio la **BANCA** chiedendo che fossero dichiarata la nullità del contratto di conto corrente n. (OMISSIS) in essere tra le parti, nonché l'illegittimità degli addebiti di interessi ultralegali, principali ed anatocistici, di commissione di massimo scoperto, nonché quelli conseguenti a distorta applicazione delle valute effettuati dalla convenuta sul c/c indicato e affinché fossero dichiarati dovuti, invece unicamente gli interessi debitori e creditori al tasso legale di cui all'art.117 D.Lgs. n.385/93, dichiarandosi altresì prescritto il credito della banca per il periodo antecedente a dieci anni ai sensi dell'art.2 comma 61 L. n.10/2011. Esponeva altresì parte attrice che dal 2003 la società era stata indotta a stipulare un contratto di interest rate swap e successivamente un contratto di Interest Rate Swap Plain Vanilla.

La comunicazione resa dalla società di essere operatore qualificato ai sensi dell'art.31 del reg. n.11522/98 doveva valutarsi insufficiente essendo la **BANCA** sicuramente consapevole del fatto che **SOCIETÀ** non presentava i requisiti per essere dichiarata un operatore qualificato nel senso proprio del termine e non era minimamente esperta nel settore degli strumenti finanziari.

I contratti indicati erano nulli ex art.23 D.Lgs. n.58/98 in quanto conclusi senza preventiva stipulazione del contratto quadro e comunque non stipulati per iscritto, essendo privi molti di essi della sottoscrizione della **BANCA**, ed ex art.30 n. 6 e 7 D.Lgs. n.58/98 in quanto conclusi fuori sede senza specifica della facoltà di recesso, ex art.31, e peraltro risolubili per inadempimento della banca agli obblighi informativi posti dagli art.28, 29 e 27 del Reg. Consob n.11522/98 e per aver concretato una vendita di *aliud pro alio*, contenendo opzioni atte a snaturare completamente lo swap voluto dalle parti. Concludeva parte attrice chiedendo la condanna della stessa convenuta alla restituzione delle somme indebitamente addebitate per i titoli indicati, come sopra quantificate nelle conclusioni riportate, oltre interessi ex d.lgs. n.231/2002 e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Si costituiva tempestivamente in giudizio il **BANCA** eccependo la prescrizione dell'azione di ripetizione per gli addebiti sino al 15.3.2001 e contestando nel merito la fondatezza delle tesi avversarie, insistendo quindi per il rigetto delle domande proposte.

Il procedimento veniva istruito mediante produzioni documentali nonché attraverso una consulenza tecnica d'ufficio.

Nel merito, con riguardo al rapporto bancario dedotto le principali questioni sollevate sono relative: 1) la misura degli interessi per nullità del contratto per mancanza di forma scritta, 2) la capitalizzazione trimestrale degli interessi, 3) l'applicazione della commissione di massimo scoperto, 4) la decorrenza delle valute.

All'esame delle stesse va premesso che l'efficacia preclusiva dell'approvazione dell'estratto del conto corrente bancario, se rende incontestabile la verità storica dei dati in esso riportati, lascia impregiudicata ogni questione in ordine al fondamento giuridico delle annotazioni stesse (cfr. Cass. 17.04.1999 n. 3845) con

la ovvia conseguenza che la mancata contestazione dell'estratto e dell'annotazione degli interessi non è idonea a sanare gli effetti di clausole nulle.

Passando alle specifiche doglianze sollevate da parte attrice, con riguardo all'eccezione di nullità del contratto di conto corrente sottoscritto tra le parti per violazione dell'obbligo di forma scritta, la stessa deve essere rigettata. Il contratto in atti prodotto da parte convenuta (doc.2), che risulta sottoscritto sia da parte attrice che da un rappresentante di parte convenuta, non è stato disconosciuto dalla parte nei cui confronti risulta prodotto e dunque deve ritenersi fornito dell'efficacia probatoria privilegiata prevista dall'art. 2702 c.c.. E' vero che la firma del rappresentante dell'Istituto di Credito risulta apposta «per verifica firma e poteri», ma la medesima deve ritenersi adeguata espressione non solo dell'accertamento da parte del funzionario dell'autenticità della firma apposta dal correntista, ma altresì della volontà della Banca di accettare, per iscritto, la proposta formulata nel corpo della dichiarazione unilaterale.

Relativamente all'eccezione di illegittimità di addebiti ultralegali, deve osservarsi che effettivamente il contratto concluso tra le parti nulla prevede circa la misura degli interessi debitori e creditori da applicare al conto. Trova quindi applicazione il comma VII dell'art.117 L. n.385/93 per cui circa la misura degli interessi deve applicarsi 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.

Quanto all'interpretazione della norma, che sembrerebbe ancorare la misura degli interessi al momento della conclusione del contratto e non offre specificazione circa quali siano le operazioni attive e passive, essa deve senz'altro essere effettuata considerando la *ratio* complessiva dell'art. 5 L.n.154/92, che è quella di agganciare la misura degli interessi al costo del denaro in senso lato con riferimento al momento in cui le singole operazioni nei contratti bancari sono state compiute. Deve pertanto ritenersi che per il contratto di conto corrente bancario, che non prevede un'unica operazione di finanziamento, la misura degli interessi vari nel corso del rapporto e la media dei tassi di rendimento dei BOT degli ultimi dodici mesi debba calcolata non con riferimento alla conclusione del contratto o all'entrata in vigore della legge, ma al momento in cui è stata compiuta la singola operazione.

Nel caso del conto corrente bancario di corrispondenza, quindi, il conteggio degli interessi ex art. 117 D.l.vo n. 385/93 va effettuato con riferimento al tasso minimo e massimo dei BOT calcolato prendendo a riferimento l'anno della loro emissione anteriore ad ogni operazione.

Quanto alla seconda questione, invece, operazioni attive e passive devono essere intese con riferimento alla banca, e dunque rispettivamente quelle di erogazione del credito e di raccolta del risparmio; se pure tale interpretazione può risultare sfavorevole a questa, la natura sanzionatoria della norma convince della bontà dell'impostazione, considerato che trattasi pur sempre di un tasso di interessi previsto come conseguenza di una omissione o di una nullità di una clausola contrattuale essenziale del contratto bancario.

Conseguentemente, nel caso di specie, gli interessi dovuti devono essere rideterminati con riferimento ai criteri sopra indicati.

Circa la capitalizzazione trimestrale dei medesimi interessi, deve osservarsi che la Corte di Cassazione, sin dalla pronuncia 16.03.1999 n. 2374, con cui ha innovato il precedente orientamento ha chiarito che la previsione contenuta nei contratti di conto corrente bancario circa la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un mero uso negoziale e non su una vera e propria norma consuetudinaria, è nulla poiché anteriore alla scadenza degli interessi e quindi contrastante con il precetto imperativo di cui all'art. 1283 c.c.. Tale orientamento, ribadito in più occasioni fino alla pronuncia delle Sezioni Unite 4.11.2004 n. 21095 (cfr. anche Cass. 30.03.1999 n. 3096, Cass. 13.06.2002 n. 8442, Cass. 20.08.2003 n. 12222) è fatto proprio da questo giudicante. Osserva la Corte che «l'uso di annotare con cadenza trimestrale gli interessi a debito del correntista è un uso meramente negoziale e non normativo e, come tale, risulta inidoneo a derogare al disposto dell'art. 1283 c.c., anche con riferimento al periodo anteriore alle decisioni con cui la Corte di cassazione ha accertato, in difformità rispetto all'orientamento sino ad allora seguito, l'inesistenza di tale uso normativo, difettandone anche in relazione a tale epoca i presupposti».

Dunque anche la clausola considerata deve essere ritenuta nulla, atteso il contrasto con il disposto dell'art. 1283 c.c. e l'assenza di un uso normativo in senso contrario (Cassazione civile, sez. un. 02/12/2010 n. 24418)

La conseguenza di tale declaratoria di nullità è che nessuna capitalizzazione è consentita, né trimestrale né con periodicità differente.

Se il divieto di anatocismo è la regola e l'anatocismo l'eccezione, dichiarata la nullità della clausola che prevedeva la capitalizzazione, ad essa nessun'altra può essere sostituita, proprio perché non pattuita in forma valida.

Non può farsi applicazione dell'art. 1284 c.c. che prevede l'anno solo come elemento per la determinazione della misura del saggio degli interessi legali, e dunque con finalità ben diversa dalla capitalizzazione degli stessi interessi legali.

Né può farsi applicazione dell'art. 1831 c.c. dettato con riferimento al conto corrente ordinario, e non richiamato dall'art. 1857 c.c. in materia di operazioni bancarie in conto corrente. D'altra parte il mancato rinvio è giustificato dal fatto che nel contratto di conto corrente ordinario il credito non è immediatamente esigibile, diversamente da quello bancario.

Nel caso di specie gli interessi devono, quindi, essere rideterminati senza alcuna capitalizzazione.

Del resto nella specie non può valere, al fine di legittimare l'applicata capitalizzazione trimestrale, neppure l'entrata in vigore, con decorrenza dal 1° luglio 2000, della delibera del CICR del 9/2/2000, che ha dato attuazione all'art. 120, comma 2, del T.U.B. («Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori»), prevedendo le disposizioni transitorie di cui all'art. 7 un'apposita approvazione da parte della clientela delle nuove condizioni contrattuali da adeguare alle disposizioni della delibera, qualora, come nel caso, le



stesse comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate. Nel caso in esame non risulta in alcun modo provata una specifica rinegoziazione del rapporto con approvazione da parte del cliente della capitalizzazione trimestrale degli interessi anche in suo favore, senz'altro indispensabile ai sensi della legge citata se si considera che la previsione di una capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, in precedenza non dovuta (stante la nullità della relativa clausola contrattuale) costituisce - all'evidenza - clausola sfavorevole per il cliente.

Con riguardo all'illegittimità degli addebiti per la commissione di massimo scoperto, quando anche nella specie denominata "commissione di disponibilità fondi" (identica nel contenuto alla commissione di massimo scoperto, come acclarato dal CTU), va osservato che l'eccezione è fondata dovendo ritenersi nulla la clausola in quanto priva di causa. Come già affermato dalla giurisprudenza di merito il servizio reso dall'istituto di credito con l'apertura di credito trova già sufficiente ed adeguata remunerazione nella pattuizione degli interessi, che peraltro costituisce, per volontà del legislatore, la tipica remunerazione per le prestazioni consistenti nel prestito di denaro, e pertanto la richiesta di ulteriori somme per tale prestazione si configura come priva di causa. Né può ritenersi che la commissione di massimo scoperto costituisca il corrispettivo destinato a remunerare la specifica prestazione della banca consistente nell'immediata ed integrale messa a disposizione dei fondi di cui all'apertura di credito, con il conseguente obbligo per la banca di erogare il credito a semplice richiesta del cliente, dal momento che l'immediata ed integrale messa a disposizione dei fondi promessi con l'apertura di credito non può considerarsi prestazione autonoma od accessoria di quella principale consistente nell'erogazione delle somme, ma è ad essa intrinseca. Nel caso di specie inoltre non risulta in alcun modo indicato il criterio di calcolo, per cui la pattuizione è da ritenersi ulteriormente nulla per indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1418, comma 2, c.c. (Tribunale Monza, 07 aprile 2006, Tribunale Monza, 07 aprile 2006, Tribunale Reggio Calabria, sez. stralcio, 03 settembre 2007), con la conseguenza che nulla è dovuto alla banca per tale titolo.

Circa la decorrenza delle valute, lamenta la società attrice la loro difformità dalla date delle singole operazioni di accredito sul conto corrente. La censura, per come formulata, deve ritenersi inammissibile per la sua genericità, in assenza di specificazione con riguardo alle difformità e alle specifiche valute a cui queste si riferirebbero.

Relativamente al termine di prescrizione da cui fare decorrere l'azione proposta, ritiene il giudice, che anche alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite n.24418/2010, la tesi di parte convenuta debba essere condivisa, dovendo valutarsi prescritto il diritto azionato con riferimento a tutte le operazioni contabilizzate nel conto corrente di cui si discute in data anteriore al decimo anno precedente la data di notifica dell'atto di citazione e quindi al 15.3.2001.

Le Sezioni Unite hanno affermato che "Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano

avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati”.

Se dunque viene dedotto e provato che il conto corrente è assistito da apertura di credito i versamenti eseguiti non costituiscono pagamento se non al momento della chiusura del rapporto, quando il correntista restituisce alla Banca gli importi utilizzati, per cui l'eventuale azione di ripetizione d'indebito non potrà che essere esercitata in un momento successivo alla chiusura del conto, e solo da quel momento comincerà a decorrere il relativo termine di prescrizione.

Se tuttavia, come nella specie, la prova circa la sussistenza tra le parti di un contratto di apertura di credito non è fornita i versamenti effettuati da parte del correntista nel corso del rapporto non potranno che essere considerati pagamenti, con conseguente decorrenza del termine prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito dalla data delle singole operazioni.

Ritiene questo giudice di disattendere sul punto l'orientamento recentemente espresso da Cass.26.2.2014 n.4518, che afferma la natura normalmente ripristinatoria della provvista delle rimesse in conto corrente, per cui l'onere della prova circa la natura solutoria dovrebbe essere assolto da chi deduce una diversa finalizzazione dei singoli versamenti. Deve osservarsi che con il contratto di conto corrente la Banca si impegna unicamente ad offrire al cliente un servizio di cassa nell'utilizzo della provvista propria del cliente, ovvero a provvedere per conto del medesimo a pagamenti e riscossioni, e non a mettere disposizione denaro in favore del correntista. Se quindi il conto corrente è a debito e non è assistito da apertura di credito la natura ripristinatoria della provvista deve generalmente essere esclusa, stante l'obbligo di restituzione di quanto utilizzato che fa capo al correntista (v.sul punto pare chiara la pronuncia delle Sezioni Unite sopra citata in linea con la costante giurisprudenza di legittimità in tema di natura ripristinatoria e solutoria dei versamenti in conto corrente in assenza di affidamento elaborata in tema di revocatoria fallimentare (Cass.3.1.1996 n.12; Cass.22.3.1994 n.2744).

La prova circa la sussistenza di un'apertura di credito incombe, per regola generale (art.2697 c.c.), su chi intende far valere l'esistenza di tale contratto, al fine di trarne le conseguenze a sé favorevoli e paralizzare così l'eccezione di prescrizione svolta.

Nel caso di specie nessun riscontro in merito è stato fornito da parte attrice e certamente non può ritenersi sufficiente a tal fine la presenza costante di saldi passivi che si evidenzia negli estratti conto nonché gli addebiti in conto per spese di gestione fido, non consentendo tali elementi di valutare l'ammontare e l'epoca degli affidamenti, in maniera tale da accertare se i versamenti fossero effettuati su conto passivo o su conto scoperto, in quanto recante un passivo tale da risultare comunque eccedente i limiti dell'affidamento.

Accertata dunque l'illegittimità degli addebiti per interessi non dovuti e per commissione di massimo scoperto nei termini sopra indicati, nonché per capitalizzazione trimestrale, e considerato che devono ritenersi prescritti eventuali indebiti accertati precedenti al 15.3.2001, il saldo del c/c di cui si discute in causa può essere determinato sulla base della consulenza tecnica compiuta nel corso del giudizio, esaustiva e condivisibile, che ha tenuto conto dei criteri fatti propri dal giudicante e qui sopra espressi.

Il saldo finale complessivo è in favore del correntista risulta pari a € 110.139,64.

Passando ad esaminare la doglianza relativa alla forma dei contratti d'acquisto di prodotti finanziari derivati, va innanzi tutto notato che i medesimi, contrariamente all'assunto attoreo, presentano forma scritta, e questo tanto il contratto quadro (doc.4 di parte convenuta) quanto la conferma d'ordine IRS Plain Vanilla (doc.5 di parte convenuta), dovendo, per le ragioni già espresse con riferimento al contratto di conto corrente, valutarsi adeguata la firma apposta dall'Istituto di Credito in calce al contratto "per verifica firma e poteri".

Quanto all'eccezione per cui parte attrice non avrebbe dovuto essere qualificata operatore qualificato, ritiene il giudicante che non vi siano ragioni in questa sede per dubitare della qualifica indicata resa dal legale rappresentante della società. Non solo la società ha espressamente dichiarato di essere operatore qualificato ai sensi dell'art.31 del reg.Consob n.11522 del 1.7.1998 nel contratto per la prestazione di servizi d'investimento (doc.2 di parte convenuta) e nel contratto di Interest Swap (doc.4 di parte convenuta) ma nel rappresentare all'Istituto di Credito i propri obiettivi di investimento (doc.3 di parte convenuta) ha esposto di possedere adeguata esperienza e conoscenza in materia di investimenti finanziari e di optare per investimenti che presentano anche la massima rischiosità in funzione della massima redditività e di essere consapevole che la scelta di tale obiettivo di investimento comportava l'accettazione di rischi particolarmente elevati.

Come evidenziato da parte convenuta il contratto peraltro non era di particolare complessità posto che prevedeva un nozionale fissato per l'intera durata dell'operazione in € 3.000.000,00, appena inferiore al debito della società risultante a bilancio al 31.12.2003, e prevedeva uno scambio di flussi di interesse, uno fisso per il cliente (al 4,16%) e l'altro variabile per la banca (Euribor a tre mesi). Per alcuni anni tra l'altro la società aveva incassato differenziali positivi, sino a quando nel secondo semestre 2008 la Banca Centrale Europea aveva deciso la riduzione del tasso di sconto a cui il tasso Euribor è agganciato. A partire dal gennaio 2009 **SOCIETÀ** aveva iniziato a maturare differenziali negativi.

Appare inverosimile, alla luce delle circostanze ora esposte, la tesi attorea secondo cui l'operazione de qua sarebbe stata prospettata dalla banca quale una polizza assicurativa, non essendo rinvenibile nel testo negoziale, anche per un soggetto poco provveduto, alcun elemento che potesse far pensare ad una sorta di polizza assicurativa.

Trovando applicazione per il contratto in esame l'art.31 Reg.Consob n.11522/98, opera l'esclusione dell'applicabilità degli art. 27, 28, 29, 30, comma 1 dell'indicato regolamento e conseguentemente nessuna indagine ulteriore deve essere compiuta con riguardo al comportamento tenuto dalle parti prima della conclusione della stipula, per cui il contratto deve ritenersi valido ed efficace tra le parti.

E' vero che il testo dell'accordo è tecnico, ma questo dipende dalla natura elaborata dell'operazione che esige la presenza di operatori qualificati, come appunto si era presentata la **SOCIETÀ**.

Per le considerazioni che precedono, in conclusione, la domanda riferita al contratto Swap deve essere rigettata non risultando fondate le eccezioni proposte da parte attrice.



Merita viceversa accoglimento la domanda svolta con riguardo al rapporto di conto corrente e **BANCA** deve essere condannato a pagare a **SOCIETA'** l'importo di € 110.139,64, oltre interessi dalla domanda al saldo, dovendo ritenersi la banca convenuta in buona fede nel ricevere i pagamenti indebiti ex art. 2033 c.c., avendo dato esecuzione ai contratti.

Nulla è dovuto a titolo di rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valuta e non di valore.

Le spese seguono la parziale soccombenza e sono poste a carico di parte convenuta per il 50% e compensate tra le parti per il rimanente.

Le spese relative alla consulenza tecnica espletata sono poste definitivamente a carico di parte convenuta.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale, in persona del giudice dott. Laura De Simone, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così giudica: Accertata e dichiara l'illegittimità degli addebiti per interessi ultralegali, anatocistici e commissione di massimo scoperto compiuti da **BANCA** con riferimento al c/c n. (OMISSIS) acceso da **SOCIETA'** presso **BANCA**;

condanna **BANCA** a pagare a **SOCIETA'** l'importo di € 110.139,64, oltre interessi dalla domanda al saldo;

rigetta ogni altra domanda;

condanna **BANCA** alla rifusione del 50% delle spese di lite sostenute da **SOCIETA'** e liquidate per l'intero in € 20.000,00 oltre € 1.228,75 per spese, oltre spese generali, IVA se dovuta e CPA;  
pone definitivamente a carico della convenuta le spese relative alla consulenza tecnica espletata nel corso del giudizio.

*\*La sentenza in commento è stata modificata nell'aspetto grafico con l'eliminazione dei dati personali nel rispetto della privacy*