

N. R.G. /2020



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di PESCARA

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI CIVILE

in composizione monocratica in persona del Giudice dott. Federico Ria ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia civile in primo grado, iscritta al nr. /20 R.A.C.C., vertente

TRA

S.R.L. con sede in alla Via n. (P.I.

) in persona del legale rappresentante p.t. Sig.

, rappresentata e difesa dall'Avv. Emanuele Argento del foro di Pescara (C.F. RGNMNL68A08H199B avvemanueleargento@pec.giuffre.it) ed elettivamente domiciliata ad ogni effetto di legge presso lo studio di quest'ultimo, in Pescara, Via Cesare Battisti n. 31, giusta procura speciale in atti

ATTRICE

CONTRO

, con sede in , via , c.f.
, in persona del suo Presidente legale rappresentante pro tempore
, rappresentato e difeso dall'Avv.
(c.f. - fax - pec
) nel cui studio in ,
n. , è anche elettivamente domiciliato, il tutto in forza di procura generale alle
liti per atto notaio del , rep. , racc. ,

CONVENUTA

oggetto: rapporti bancari;

conclusioni: come da relativo verbale d'udienza, da ritenersi materialmente
allegato alla presente sentenza

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato la parte attrice citava in giudizio la Banca convenuta dinanzi questo Tribunale.

Assumeva parte attrice che era intercorso tra le parti un lungo rapporto bancario di c/c con la convenuta e che erano stati stipulati contratti di conto corrente di corrispondenza con affidamento (c.d. scoperto) che prevedevano, con clausola nulla e/o illegittima, l'applicazione, sul c/c e sugli scoperto di conto (c.d. affidamento), di un tasso di interesse non validamente pattuito.

Lamentava, inoltre, parte attrice che, su tali c/c, era stata operata la pratica illegittima della

capitalizzazione trimestrale degli interessi ed erano state applicate, senza un valido titolo, le

commissioni di massimo scoperto ed ulteriori voci di spesa. Assumeva inoltre lamentava la società istante che erano stati applicati dalla Banca convenuta interessi eccedenti le soglie ex L. n. 108/96.

Chiedeva quindi che fosse accertato l'esatto ammontare del saldo dare-avere dei c/c oggetto di causa in conformità alle pattuizioni intercorse tra le parti e alle norme di legge secondo i tassi effettivamente dovuti, nonché la condanna della

Banca convenuta al pagamento di quanto fosse risultato a suo credito che, prudenzialmente, veniva indicato dalla stessa parte attrice sulla base di quanto indicato nella consulenza in atti, ovvero nella maggiore o minore somma ritenuta di Giustizia anche a seguito di istruttoria, oltre al risarcimento dei danni subiti, interessi e rivalutazione monetaria ed il tutto con vittoria integrale di spese e competenze legali di giudizio.

Si costituiva in giudizio la banca convenuta, per mezzo di comparsa di costituzione e risposta contestando tutto quanto sostenuto dalla parte attrice ed in particolare eccependo la prescrizione delle avverse pretese.

Acquisita la documentazione e disposta ed eseguita CTU contabile, sulle conclusioni precisate dalle parti ed in atti trascritte, la causa è stata trattenuta in decisione.

Sulla ripartizione degli oneri probatori ci si riporta a quanto già esposto nell'ordinanza con cui lo scrivente ha affidato l'incarico al CTU.

La mancata contestazione degli estratti via via fatti pervenire al cliente, non comporta poi alcuna decadenza ex art. 1832 cc a far valere eventuale profili di illegittimità o addirittura nullità delle stesse risultanze.

Premessa metodologica.

Il giudice del merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, ai rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento; non è quindi necessario che egli si soffermi sulle contrarie deduzioni dei consulenti di fiducia che, anche se non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le argomentazioni accolte; le critiche di parte, che tendano al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in tal caso in mere allegazioni difensive, che non possono configurare il vizio di motivazione previsto dall'art. 360, n. 5, c.p.c. (Cassazione civile sez. III, 30/04/2009 10123 Cass. n. 10222 del 2009 e 18618/2011)

L'analisi tecnica demandata al Ctu ha allora avuto ad oggetto il conto corrente numerato _____, intestato alla società _____ Srl, intrattenuto presso la _____, filiale di _____.

La documentazione bancaria oggetto di esame, è costituita principalmente dagli estratti conto bancari (comprensivi dei cosiddetti “conti scalare” e dei prospetti competenze) e dai relativi contratti.

Sulla scorta di tale documentazione, versate in atti da entrambe le parti, il perito, anche attraverso il ricorso alle cd scritture di raccordo, ha ricostruito l'andamento del rapporto.

Il rapporto di conto corrente di corrispondenza risulta acceso in data 12.7.1999.

Nel contratto sono indicate le specifiche condizioni economiche

In pari data risulta concessa una linea di credito, apertura di credito in conto corrente, per l'importo di vecchie lire 600.000.000 (ovvero € 309.874,14), a revoca.

Con riguardo allora al rapporto di apecredito, va rilevata l'incidenza della decisione Commission e UE, su rapporti di mutuo, leasing apertura di credito a tasso variabile che hanno avuto corso dal 29.5.2005 al 30.5.2008, essendo stato appunto ancorato il tasso debitorio al tasso Euribor.

Le posizioni interpretative che sostanzialmente negano ogni incidenza della predetta decisione sui contratti de quibus attinti ratione temporis da quelle statuizioni della Commissione, si fondano, molto sommariamente sulle seguenti asserzioni.

Alla nullità della clausola di determinazione degli interessi del contratto a valle può pervenirsi solo ove l'attore, prodotto tempestivamente in giudizio il testo della predetta decisione, dia altresì rigorosa prova : a) dell'esistenza dell'intesa restrittiva; b) dell'illiceità della stessa mediante allegazione dell'accertamento, in

sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale; e c) della connessione tra questa ed il contratto a valle.

Con riferimento a tale ultimo profilo, è stato sottolineato come spetti a parte attrice dimostrare che la banca convenuta abbia effettivamente partecipato all'intesa anticoncorrenziale e come, in ogni caso, la rilevanza delle decisioni dell'Antitrust europeo risulti circoscritta ai rapporti indicizzati all'Euribor che hanno avuto esecuzione durante il limitato periodo (2005-2008) in cui è stata accertata la manipolazione dei tassi (Trib. Bolzano 21 febbraio 2018, Trib. Bologna 9 febbraio 2018, Trib. Avellino 11 gennaio 2018, Trib. Milano 30 novembre 2017, Trib. Pisa 14 agosto 2017, App. Milano 29 marzo 2017, Trib. Sciacca 17 gennaio 2017, Trib. Castrovillari 3 gennaio 2017, Trib. Bologna 6 dicembre 2016, Trib. Monza 15 giugno 2016, Trib. Marsala 14 giugno 2016, Trib. Torino 27 aprile 2016, Trib. Latina 12 marzo 2016, Trib. Palermo, Sez. Spec. Imprese, 16 gennaio 2015, Trib. Udine 16 settembre 2013).

Tali posizioni, a sommosso parere dello scrivente, non appaiono in gran misura condivisibili, per le seguenti ragioni.

E' noto allora che la decisione della Commissione Europea pubblicata il 4.12.2013 ha definitivamente riscontrato una violazione dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dell'art. 53 dell'Accordo sull'Area Economica Europea, in quanto alcuni istituti di credito, deputati alla formazione dell'Euribor, hanno messo in atto pratiche distorsive della concorrenza per alterare l'andamento normale dei componenti di prezzo rilevanti a quel fine.

La riscontrata violazione della normativa comunitaria, e nazionale, si traduce, a giudizio dello scrivente, in una nullità per contrarietà a norme imperative, o comunque all'ordine pubblico economico integrato anche dalle disposizioni contenute nei trattati comunitari, della clausola del mutuo di cui è causa, nel periodo nel quale si è realizzata la succitata condotta anticoncorrenziale, ferma restando la legittimità del tasso Euribor negli altri periodi non oggetto degli accertamenti della Commissione Europea (in termini anche Tribunale Roma giudice Colazingari ord. 29.9.2017, Tribunale di Padova ordinanza del 06 giugno 2017, del Dott. Luca MARANI, ord. Tribunale Nocera Inf. 28.7.2018, Trib. Chieti giudice Falco nr. 565/19, ord. 8.7.2020 Trib. Potenza e Trib. Ancona nr. 1056/2020).

L'art. 2 della legge n. 287/1990 vieta in particolare, a pena di nullità, “le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti”, inter alia, nel “fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali”.

L'Art. 101 del Trattato vieta inoltre come incompatibili con il mercato interno tutti quegli accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati Membri e che abbiano come oggetto o per effetto il risultato di impedire, restringere o falsare il gioco della competizione all'interno del mercato comune, e in particolare quelli consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di

vendita o qualsiasi altra condizione di transazione; nel limitare o controllare la produzione e i mercati; o nel ripartirsi i mercati o fonti d'approvvigionamento.

Nell'art. 53 dell'Accordo EEA, la menzione nell'art. 101 al commercio "tra gli Stati Membri" è sostituita da una menzione al commercio "tra parti contraenti" e la menzione della competizione "all'interno del mercato comune" è sostituita da una menzione della competizione "all'interno del territorio coperto ... dall'Accordo [EAA] AGREEMENT ON THE EUROPEAN ECONOMIC AREA

La decisione della Commissione ha in particolare al punto 4 accertato quanto segue: «...la Commissione ritiene i destinatari di questa Decisione colpevoli per la condotta violazione in accordo con i risultati delle discussioni per la risoluzione» Al punti 4.1 della decisione, la Commissione descrive dettagliatamente le condotte delle società coinvolte attraverso i suoi dipendenti in sintesi: a) comunicavano e/o ricevevano preferenze per un "settaggio" a valore costante, basso o alto di certi valori EURIBOR ; b) si scambiavano informazioni dettagliate non di dominio pubblico/disponibili sulle posizioni commerciali o sulle intenzioni per futuri invii di dati per l'EURIBOR di certi valori di almeno una delle proprie banche; c) esploravano la possibilità di allineare le proprie posizioni commerciali EIRD sulla base delle informazioni ottenute per (a) o (b); d) esploravano la possibilità di allineare almeno uno degli invii futuri di dati delle proprie banche per l'EURIBOR sulla base di informazioni ottenute attraverso (a) o (b); e) si rivolgeva all'incaricato dell'Invio dei dati EURIBOR della propria banca, o affermava che tale discussione dovesse compiersi, per chiedere un invio di dati all'agente calcolatore dell'EBF che seguissero una certa direzione o un

livello specifico; f) che avrebbe riferito, o riferiva la risposta dell'incaricato prima del momento dell'invio giornaliero dei dati all'agente calcolatore o, nei casi in cui il trader ne aveva già discusso con l'incaricato, comunicava le informazioni ricevute all'altro trader; g) che avrebbe riferito, o riferiva la risposta dell'incaricato prima del momento dell'invio giornaliero dei dati all'agente calcolatore o, nei casi in cui il trader ne aveva già discusso con l'incaricato, comunicava le informazioni ricevute all'altro trader.

Il Paragrafo 53 della Decisione stabilisce che: « Le circostanze del caso di specie nel file come il contenuto degli incontri, i metodi impiegati e l'obiettivo dei vari accordi e pratiche concordate, dimostrano che questi incontri bilaterali di natura collusiva [...] fossero connessi e complementari, dato che ognuna di queste azioni era rivolta contro uno o più aspetti del modello competitivo e che, interagendo tra di loro, andavano a comporre un solo obiettivo. Infatti, lo [...] scopo comune [...] era di falsare il normale processo per la determinazione del prezzo degli EIRD (strumenti finanziari commerciati globalmente da corporazioni, istituzioni finanziarie, hedge funds ed altri ancora per amministrare il tasso di rischio della propria esposizione o per scopi speculativi) tramite le modalità di condotta descritte nella Sezione 4. Scopo di questa violazione rimase lo stesso per tutto il corso dell'illecito. Ogni [...] era coinvolta in almeno una di queste azioni, a vario grado di intensità. I [...] vari incontri collusivi seguivano sviluppi simili e i loro argomenti si sovrapponevano»

Inoltre il paragrafo 57 della Decisione stabilisce che : «...I tassi di riferimento sono una componente importante del prezzo degli strumenti finanziari derivati dal tasso di interesse con il quale sono acquistate e venduti dalla banche. La

condotta descritta nella Sezione 4 è nel suo complesso designata a ridurre anticipatamente il fattore d'incertezza che sarebbe altrimenti stato presente nel mercato circa il comportamento futuro degli altri competitor. Questo permetteva loro di essere a conoscenza delle posizioni sul mercato e della strategia commerciale di altri [...], così dunque falsando la loro rivalità sul mercato e permettendone la collusione». Al paragrafo (67) «I fatti descritti nella Sezione 4 dimostrano che Barclays, Deutsche Bank, Société Générale e RBS hanno partecipato in un illecito continuato in violazione dell'art. 101 del Trattato e dell'art. 53 dell'Accordo EEA. La condotta constava nel suo complesso in accordi e/o pratiche concordate che avevano come oggetto la pregiudicazione del normale processo per la determinazione dei prezzi nel settore EIRD»

I fatti accertati dalla Commissione sono avvenuti tra il 29 Settembre 2005 e il 30 Maggio 2008.

La riserva di competenza ex art. 33 l.n. 287/90 sulle azioni di nullità (per quanto interessa in questa sede) e di risarcimento del danno.

La riserva di competenza ex art. 33 l.n. 287/90 (il D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, art. 3, comma 1, lett. c), come sostituito dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 2, comma 1, lett. d), modificato dalla Legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, ha stabilito che le controversie di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, sono di competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa indicate nel medesimo D.Lgs. n. 168, art. 1 ed in coerenza con tale modifica, il citato D.L. n. 1 del 2012, art. 2, comma 2, ha modificato anche l'art. 33, comma 2, suindicato,

eliminando la competenza della corte d'appello prevista in precedenza ed introducendo quella del tribunale presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di impresa), si giustifica solo in presenza di un precedente provvedimento dell'Autorità Garante nazionale, che circoscrive il "thema decidendum" del conseguente procedimento giudiziario (Cassazione civile, sez. I, 28/05/2014, n. 11904 e da ultimo anche Cassazione civile, sez. I 12/12/2017 n. 29810), visto il rinvio che opera il secondo comma dell'art. 33 cit. appunto alle ipotesi di violazioni riscontrate dalla autorità nazionale.

La speciale competenza prevista dall'art. 33 l. n. 287/90 risulta circoscritta quindi alle sole violazioni che alterano il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, mentre con riferimento alle violazioni che investono il più ampio mercato comunitario, salvo quanto infra, la competenza torna pertanto ad essere quella ordinaria del tribunale (Corte appello Milano, sez. I, 23/07/2005).

Quella riserva di competenza ex art. 33 cit. inoltre, avendo natura eccezionale, non opera ove si verta in ipotesi di mera domanda di ripetizione di indebito (Cassazione civile, sez. VI, 23/02/2012, n. 2777) o di arricchimento senza causa (Cassazione civile, sez. VI, 21/12/2010, n. 25880).

Particolarmente significativa nella prospettiva sin qui esposta è proprio la decisione assunta da Cassazione civile, sez. VI, 21/12/2010, n. 25880, nell'ambito di una fattispecie in cui, dedotto da parte della ivi attrice l'abuso di posizione dominante, attuato anche con pratiche discriminatorie da parte della convenuta Enel e invocate appunto le disposizioni della L. n. 287 del 1990, art. 3, lett. a) e c), l'istante aveva reclamato anzitutto che fosse dichiarata la nullità delle clausole aventi ad oggetto il corrispettivo di appalti stipulati con la controparte, ed

eventualmente la nullità degli interi contratti d'appalto; aveva chiesto poi la condanna della convenuta al pagamento della somma conseguente alla rideterminazione giudiziale dell'anzidetto corrispettivo, o in subordine al pagamento di quanto dovuto per ripetizione d'indebito o per risarcimento dei danni da responsabilità aquiliana.

A fronte di tali richieste, la suprema Corte nell'occasione aveva affermato il seguente, significativo principio di diritto "Se può forse in taluni casi riconoscersi che spetta alla corte d'appello, ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, anche la cognizione di domande restitutorie eventualmente avanzate ex art. 2033 c.c. sul presupposto della nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza (si veda Cass. 27 ottobre 2005, n. 20923), assai più arduo sarebbe estendere la medesima conclusione a domande - come quella di determinazione del prezzo dell'appalto ad opera del giudice, oppure di arricchimento senza causa - che nella declaratoria di nullità (totale o parziale) di un precedente contratto per violazione di alcuna delle disposizioni dettate dalla citata L. n. 287 del 1990 trovino un mero antecedente storico e logico. Domande che, per il resto, sicuramente esulano dall'eccezionale competenza funzionale attribuita alla corte d'appello dalla legge speciale e che il suindicato nesso non pare perciò idoneo ad attrarre nell'ambito di tale competenza, sottraendole al loro giudice naturale ed, inoltre, privando in tal modo le parti di un grado di giudizio. Ne pare sostenibile, come nell'impugnata sentenza si adombra, che la domanda di rideterminazione del prezzo dell'appalto ad opera del giudice sia assimilabile ad una domanda di risarcimento del danno conseguente alla nullità della clausola del contratto avente ad oggetto il corrispettivo pattuito dalle parti.

Sul piano logico e su quello giuridico altro e' pretendere dalla controparte contrattuale l'eliminazione del pregiudizio patrimoniale sofferto perche' una determinata previsione negoziale risulta inaccettabile per l'ordinamento, e cioe' in conseguenza di una lacuna irrimediabilmente prodottasi nel regolamento pattizio degli interessi inizialmente voluto dalle parti, altro e' chiedere al giudice di colmare tale lacuna; e, sul piano pratico, non e' neppure necessariamente vero che le due strade portino sempre al medesimo risultato economico."

La rideterminazione del corrispettivo dell'obbligazione dedotta, accertata come assunta in violazione della normativa sulla concorrenza, resta pertanto di competenza del giudice non specializzato.

D'altra parte, ribadito come la competenza involga solo le azioni di nullità e la conseguente domanda risarcitoria, va altresì evidenziato come, pur a fronte di una eventuale controdomanda di nullità, che ovviamente assumerebbe i connotati della pregiudizialità rispetto ad una domanda di adempimento della obbligazione dedotta, lo spostamento di competenza ex art. 34 cpc si imporrebbe solo laddove la parte dimostri un interesse effettivo e concreto ad ottenere una pronuncia con efficacia di giudicato sulla questione (Cass. 8093/13 e 11329/2005).

L'art. 34 c.p.c. infatti, come noto, contempla l'ipotesi in cui, per legge od esplicita domanda di una delle parti, debba decidersi con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale appartenente per materia o valore alla competenza di un giudice superiore e prevede che, nel caso, il giudice adito deve rimettere tutta la causa al giudice superiore, assegnando un termine perentorio per la riassunzione della stessa.

Le questioni pregiudiziali cui si fa riferimento sono non quelle di rito, bensì quelle di merito : solo per queste, infatti, può accadere che il giudice originariamente adito si accorga che il rapporto pregiudiziale esorbita la propria competenza.

In altre parole, l'art. 34 c.p.c. ipotizza che:

- 1) tra i fatti principali rilevanti per la domanda originaria vi siano (uno o più) fatti-diritti ;
- 2) che sulla (in)esistenza di uno di tali fatti-diritti sorga contrasto fra le parti ;
- 3) che infine, per legge o esplicita domanda di una delle parti, sia necessario decidere con autorità di giudicato sulla (in)esistenza del rapporto pregiudiziale.

Solo se ci sono tutti questi presupposti, il giudice adito è tenuto a verificare se la decisione sul rapporto pregiudiziale rientri o no nella propria competenza per materia e/o valore.

Per questo è opinione diffusa che dall'art. 34 c.p.c. sia agevole desumere che, pur quando in una causa sorga una questione pregiudiziale, quest'ultima non viene decisa con efficacia di giudicato, bensì incidenter tantum. Ciò conferma che l'oggetto del processo rimane sempre circoscritto alla domanda, senza estendersi alle questioni che pure ne condizionano la decisione, e spiega perché quindi, il sorgere di una questione pregiudiziale non ponga, di per sé, problemi di competenza.

Può avvenire che, una volta sorta la questione pregiudiziale, il giudice debba decidere anche su di essa con efficacia di giudicato: vuoi perché lo esiga la legge, vuoi perché una delle parti avanza un'apposita domanda (domanda di accertamento incidentale). A seguito di quest'ultima, la questione pregiudiziale diventa causa pregiudiziale, e quest'ultima viene dunque a cumularsi a quella principale originaria.

In tale caso:

- se la causa pregiudiziale appartiene alla competenza per materia o valore dello stesso giudice o di un giudice inferiore, nulla quaestio;
- se invece esorbita la competenza del giudice adito, quest'ultimo rimette entrambe le cause al giudice superiore, affinché comunque si realizzi il *simultaneus processus*.

La domanda di accertamento incidentale con efficacia di giudicato in ordine a questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 34 cod. proc. civ., presuppone, ai fini del suo accoglimento, che l'istante dimostri un interesse effettivo il quale travalichi quello relativo al giudizio in corso, e cioè che detta questione sia idonea ad influire altresì su liti diverse e di prevedibile insorgenza fra le stesse parti, o anche su altri rapporti e altri soggetti, non potendosi altrimenti turbare o ritardare il corso del processo, agli effetti dell'art. 111 Cost.. Cassazione civile sez. III, 03/04/2013, n.8093

D'altra parte, la richiesta del convenuto di accertamento con efficacia di giudicato ex art. 34 cod. proc. civ. di un rapporto pregiudicante deve essere ritualmente formulata con la comparsa di risposta tempestivamente depositata (Cassazione civile sez. VI, 24/02/2015, n.3725).

Tanto premesso appare allora davvero difficile affermare che nella specifica fattispecie al vaglio, nello scenario dato, l'intervento sanzionatorio sul tasso praticato nell'ambito del rapporto de quo di questa AG, chiamata a valutare in una prospettiva meramente ripetitoria (ovvero di ricostruzione del corrispettivo dovuto) la legittimità/liceità della clausola indicativa del saggio determinato mediante rinvio a quel tasso di riferimento, possa essere omesso.

La domanda di ripetizione formulata in questa sede (ovvero di rideterminazione del quantum inerente l'obbligazione restitutoria) da un lato trova allora fonte non in un provvedimento della Autorità nazionale ma in una decisione della Commissione europea e dall'altro postula quale mero antecedente storico e logico la declaratoria di nullità, totale o parziale, di una precedente clausola contrattuale per violazione delle disposizioni della normativa citata; ne consegue che tali domande non possono essere affatto sottratte al loro giudice naturale (Cassazione civile, sez. VI, 21/12/2010, n. 25880 cit.).

Si è cioè "fuori", vertendosi in ipotesi di verifica in una prospettiva ripetitoria (previa rideterminazione del quantum effettivamente dovuto) di efficacia di una clausola contrattuale che recepisce quel tasso, e comunque, per così dire, "oltre"

la fattispecie di accertamento della violazione alle disposizioni di cui alla legge 287 da parte della Autorità nazionale, in quanto l'accertamento, anche della violazione comunque della norma imperativa di cui all'art. 2 cit. nonché delle disposizioni comunitarie, e la relativa pronuncia sanzionatoria sono già stati adottati, con decisione la cui efficacia è statuita dalle specifiche disposizioni del TFUE come modificato dal Trattato di Lisbona, non da parte di questa o da altra AG all'esito di attività investigativa "domestica" e non disposta dalla Autorità Garante nel nostro ordinamento, ma addirittura appunto all'esito dell'intervento investigativo posto in essere in sede di Commissione Europea e in costanza di efficacia delle più incisive disposizioni di cui al regolamento comunitario n. 1 del 2003, ovviamente successive alla legge 287.

La circostanza poi – e per concludere - che l'art. 3 del Decreto legislativo del 27/06/2003 - N. 168 abbia distinto quella competenza del Tribunale delle Imprese alla lettera e (qualora appunto l'azione di nullità consegua ad un accertamento compito dalla autorità nazionale) rispetto alla competenza attribuita dalla lettera d, induce a ritenere come con tale successiva disposizione (d: controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea) abbia inteso rimettere ancora alla competenza di quelle Sezioni le controversie in cui si prospetti una violazione della normativa antitrust dell'UE ed in cui pertanto si imponga di procedere all'accertamento investigativo "domestico" sulle condotte denunciate (scaturendo proprio da ciò la necessità di riservare a quell'organo specializzato la cognizione delle cause); altre fattispecie essendo viceversa quelle connesse ad iniziative consequenziali alle pronunce in cui è già stato accertato (da autorità diversa da quella nazionale, ma comunque, secondo quanto infra,

legittimata in tal senso dall'Ordinamento europeo e le cui decisioni sono "vincolanti" per il giudice italiano secondo i principi di cui infra) quella violazione, fattispecie che presuppongono cioè quell'accertamento già compiuto in altra sede (ma da organo sovranazionale).

Sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono poi al giudice nazionale di tener conto addirittura della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale di un accordo alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. (Corte giustizia UE, sez. III 23/11/2017 n. 547).

Le decisioni adottate dalla Commissione delle Comunità Europee ai sensi del trattato Ce, sebbene prive dei caratteri di generalità ed astrattezza, sono tuttavia dotate di effetto diretto nei confronti dell'ordinamento nazionale, sia pure limitatamente ai rapporti giuridici intercorrenti tra privati e pubblici poteri (c.d. efficacia verticale) e non sono suscettibili di essere sindacate dal giudice nazionale, il quale ne resta vincolato; nei rapporti tra privati, peraltro, sebbene le predette decisioni non abbiano efficacia diretta, ben difficilmente il giudice nazionale potrebbe disattendere le valutazioni compiute in quella sede (Cassazione civile, sez. I, 28/10/2005, n. 21083). Seppur prive pertanto dei requisiti della generalità e dell'astrattezza, costituiscono oltretutto fonte di produzione di diritto comunitario e quindi vincolano il giudice nazionale nell'ambito dei giudizi portati alla sua cognizione, obbligandolo a darvi

attuazione, se necessario attraverso la disapplicazione delle norme interne con esse contrastanti, anche d'ufficio (Cass. nrr. 15354/14 e ord 5069/18) ed a prescindere pertanto da ogni eventuale allegazione a cura delle parti.

Ai sensi peraltro dei "considerando" di cui alla Direttiva su cui più diffusamente oltre, nella materia de qua gli Stati nazionali sono chiamati a provvedere affinché i giudici nazionali tengano nel debito conto "delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza".

Sotto tale profilo oltretutto si evidenzia subito come si verta altresì in ipotesi di nullità di protezione ex art. 127 TUB, con conseguente sicura rilevabilità officiosa della riscontrata violazione. La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve infatti estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una species del più ampio genus rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) - che trascendono quelli del singolo" (Cassazione civile, sez. III, 17/01/2017, (ud. 20/10/2016, dep.17/01/2017), n. 923).

Non manca poi in dottrina chi sul punto rimarca efficacemente ed opportunamente "lo sforzo del sistema per assicurare un'applicazione uniforme del diritto europeo antitrust, mettendo in luce la posizione di obiettiva primauté che la Commissione assume, sia in rapporto alle autorità garanti nazionali, che, in qualche misura, rispetto agli stessi giudici dei singoli paesi. Infatti, sollevato il sottile velo del riparto di competenze fissato dagli artt. 4, 5 e 6, risulta evidente

che la Commissione dispone non soltanto di poteri, ma anche di strumenti conoscitivi più ampi delle singole autorità garanti. Il flusso delle informazioni appare prevalentemente diretto dalla periferia verso il centro e il sesto paragrafo dell'art. 11 disegna una collaborazione che sfocia però nella perdita di potere di iniziativa delle authorities, quando sia la Commissione ad agire ai sensi del capitolo III del regolamento. Di più, in base all'art. 16, § 2°, le autorità garanti non possono prendere decisioni che siano in contrasto con quelle già adottate dalla Commissione nel medesimo caso. Ancora più interessante è il meccanismo delineato dagli artt. 15 e 16. Lo scambio di informazioni accentua qui gli aspetti di unidirezionalità, sia per la facoltà della Commissione di presentare osservazioni scritte nei processi nazionali, sia perché, in tutta evidenza, la Commissione può procurarsi dati in modo autonomo, mentre i giudici sono vincolati ai tempi e alle regole del processo civile nei loro paesi, che, per lo più, suppongono l'attivazione delle parti. La differenza di know how fra la Commissione e i giudici è netta. La norma che sembra più importante, nell'ottica di queste note, è però l'art. 16, che impone alle giurisdizioni nazionali: a) di non prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione già adottata dalla Commissione a proposito della medesima vicenda; b) di evitare decisioni in contrasto con quelle della Commissione in procedimenti da questa avviati e non ancora conclusi, valutando se sia il caso o no di sospendere i procedimenti che pendono dinanzi ad esse (salva l'applicazione dell'art. 234 tr. Ce)".

Non è pertanto il dispositivo di quella decisione che si recepisce in questa sede, non si riconosce cioè efficacia diretta in questo giudizio alla decisione della Commissione, ma è l'esito di quella attività investigativa che questo giudice non

può e non deve ignorare, in ragione dell'elevatissimo know how (che nessuna altra autorità nazionale o europea possiede) di cui quell'istituzione comunitaria in materia di violazioni comunitarie è dotata.

L'esito di quegli accertamenti, che in questa sede non può disconoscersi e non applicarsi anche d'ufficio essendo posta in discussione la validità del tasso Euribor direttamente utilizzato dalle presenti parti nel contratto di cui è causa, ha portato allora a riscontrare la consumazione di una condotta gravemente violativa degli artt. 101 e 53 del Trattato, nonché quindi dell'art. 2 legge 287 cit., da cui è originata la determinazione di quel tasso poi recepito nei contratti di mutuo a tasso variabile.

Per il periodo oggetto dell'analitico accertamento da parte della Commissione, il tasso così determinato è risultato essere diretta conseguenza pertanto di una condotta manifestamente contraria alla normativa comunitaria e nazionale, così come accertato non da una autorità nazionale, ipotesi che sola, come detto, avrebbe determinato l'operatività dell'art. 33 cit. (Corte appello Milano, sez. I, 23/07/2005 Soc. Farmacie Petrone c. avv. Florida, Lamandini, Dalla Verità Soc. Pfizer e altro avv. Osti, Prastaro, Guastadisegni, Riva, cit.), ma addirittura dalla Commissione Europea e comunque viziato anche da manifesta non imparzialità.

Ancora nella prospettiva qui propugnata, di diretta ed immediata incidenza dell'intervento di questa AG nazionale secondo l'ordinaria competenza, non contenuta dagli angusti ambiti operativi di cui all'art. 33 cit., di non secondaria importanza è anche il tenore della DIRETTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 novembre 2014

relativa a determinate norme che regolano le – diverse da quelle ripetitorie – azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

Nel testo dei “considerando”, premesso che chiunque abbia subito un danno causato da una tale violazione possa chiedere un risarcimento per il danno emergente (*damnum emergens*), per il guadagno di cui è stato privato (*lucro cessante* o *lucrum cessans*), oltre agli interessi indipendentemente dal fatto che tali categorie siano definite separatamente o unitariamente dal diritto nazionale, in particolare si legge:

Gli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sono elementi di ordine pubblico e dovrebbero essere applicati efficacemente in tutta l'Unione al fine di garantire che la concorrenza nel mercato interno non sia distorta. (3) Gli articoli 101 e 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra singoli e attribuiscono ai singoli interessati diritti ed obblighi che le autorità giudiziarie nazionali devono applicare. Le autorità giudiziarie nazionali hanno quindi un ruolo di pari importanza da svolgere nell'applicazione delle regole di concorrenza (applicazione a livello privatistico). Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell'Unione nelle controversie fra privati, ad esempio accordando risarcimenti alle vittime delle violazioni (ma non solo quindi, e dunque anche attraverso altri strumenti). Il diritto al risarcimento è riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica, consumatori, imprese e pubbliche autorità a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione, e a prescindere dal fatto che un'autorità garante della

concorrenza abbia o meno preventivamente constatato una violazione. Le azioni per il risarcimento del danno sono solo uno degli elementi che assicurano un sistema efficace di applicazione a livello privatistico per le violazioni del diritto della concorrenza, a cui fanno da complemento vie alternative di ristoro, quali forme consensuali di risoluzione delle controversie e decisioni di applicazione a livello pubblicistico che incentivano le parti a riconoscere il risarcimento

A norma poi dell'Articolo 2 Definizioni Ai fini della presente direttiva si intende per: 1) «violazione del diritto della concorrenza»:una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE o del diritto nazionale della concorrenza; 2) «autore della violazione»:l'impresa o l'associazione di imprese che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza; 3) «diritto nazionale della concorrenza»:le disposizioni del diritto nazionale che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 TFUE e che sono applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003... 6) «soggetto danneggiato»:una persona che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza; 23) «acquirente diretto»: una persona fisica o giuridica che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza; 24) «acquirente indiretto»: una persona fisica o giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi. Articolo 15 Azioni per il risarcimento del danno intentate da attori a diversi livelli nella catena di

approvvigionamento 1. Al fine di evitare che, per effetto di azioni per il risarcimento del danno intentate da attori a diversi livelli nella catena di approvvigionamento, si determinino pluralità di responsabilità o un'assenza di responsabilità da parte dell'autore della violazione, gli Stati membri provvedono affinché, nel valutare se l'onere della prova risultante dall'applicazione degli articoli 13 e 14 sia soddisfatto, i giudici nazionali investiti di un'azione per il risarcimento del danno possano, tramite gli strumenti previsti dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale, tenere debito conto: a) delle azioni per il risarcimento del danno connesse alla stessa violazione del diritto della concorrenza, ma intentate da attori che si trovano a un altro livello della catena di approvvigionamento; b) delle decisioni giudiziarie risultanti da azioni per il risarcimento del danno di cui alla lettera a); c) delle pertinenti informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

Ancora, nella stessa ottica valutativa, appare evidente come anche il contenuto del DECRETO LEGISLATIVO 19 gennaio 2017, n. 3 di recepimento della suddetta DIRETTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 novembre 2014, riproponga quei concetti e quelle definizioni. Art.2. Definizioni... b) «diritto della concorrenza»: le disposizioni di cui agli articoli 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ..applicate autonomamente.. c) «soggetto danneggiato»: una persona, fisica o giuridica, o un ente privo di personalità giuridica, che ha subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza; u) «acquirente diretto»: una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica

che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza; v) «acquirente indiretto»: una persona fisica, una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano o che derivano dagli stessi.

Non può esservi dubbio allora che, accertata da parte della Commissione la violazione del disposto di cui all'art. 2 cit. (che "opera" a livello sostanziale a prescindere in questo caso dal pregiudiziale accertamento della Autorità nazionale) nonché, prima ancora, degli artt. 101 e 53 dei Trattati europei, a questa AG si imponga di trarre le dovute conseguenze "ripetitorie" nell'ambito del rapporto contrattuale de quo, in conseguenza della verificata invalidità della determinazione di quel tasso di riferimento direttamente utilizzato dalle parti.

Nessuna incertezza può a tal proposito essere sollevata in ordine alla idoneità di quell'accertamento ad esito negativo sui rapporti determinativi del tasso di riferimento ad incidere anche sui contratti, stipulati tra le banche ed i clienti mediante utilizzo di quel tasso così determinato.

Nella fattispecie al vaglio peraltro non sembra essersi di fronte ad un fenomeno strictu sensu di cd nullità derivata, essendo risultato invalido proprio il tasso utilizzato e recepito dalle parti nella regolamentazione del loro rapporto e procedere alle adozione dei conseguenti e automatici provvedimenti meramente

ripetitori appare davvero determinazione non rinviabile, altre questioni ponendo ed altri scenari prospettandosi in ipotesi di domanda risarcitoria (in questa sede non avanzata).

Sembra poi comunque difficile disconoscere radicalmente la sussumibilità della posizione del mutuatario qui in causa al prototipo almeno dell' "acquirente indiretto", del soggetto cioè acquirente da soggetto diverso dell'autore della violazione di bene o servizio oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, ai sensi delle definizioni comunitarie protettive già vagliate e, come tale, tutelato dalle stesse anche "ad esempio" in una prospettiva risarcitoria e dunque però anche con altri strumenti.

Costituisce poi comunque ormai principio acquisito anche in sede di legittimità che la legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 (e tanto più, ovviamente, la normativa di cui ai trattati comunitari) detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo (cioè del mercato) carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata; tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti" (in termini Cassazione civile,

sez. I 12/12/2017 n. 29810). Non pare esservi dubbio quindi che il mutuatario possa peraltro legittimamente lamentare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione del carattere competitivo del mercato, per effetto di un'intesa vietata, che lo ha pregiudicato in punto di determinazione del tasso di interesse scelto come parametro di riferimento del tasso concreto e facendo affidamento sulla "oggettività ed imparzialità" nella formazione dello stesso.

La stessa Commissione nella decisione al vaglio si premura infatti di chiarire che i vari accordi collusivi ed i meccanismi adottati erano tutti, in ultima analisi, finalizzati ad influenzare, a loro beneficio i componenti del prezzo dei prodotti nel settore degli EIRD. Questa condotta, per sua natura –precisa la Commissione stessa - ha l'oggetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'Articolo 101(1) del Trattato e dell'Articolo 53(1) dell'Accordo EEA e l'Articolo 101(1) del Trattato, come altre regole sulla concorrenza del Trattato, è ideato per proteggere non solo gli interessi immediati di concorrenti individuali ma anche dei clienti (che non possono che essere indicati come gli "acquirenti diretti ed indiretti" secondo le disposizioni della direttiva suesposta) nonché pure per proteggere la struttura del mercato e così la concorrenza in quanto tale (si veda anche Caso C-8/08 T-Mobile Netherlands BV a.o. v Raad v an bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009] ECR I-4529, al paragrafo 38.).

Anche in dottrina, vi era già chi considerava l'intesa a monte e i contratti stipulati fra le banche e i clienti finali come "parte di un unico grande accordo anticoncorrenziale illecito e quindi direttamente nullo ex art. 85 (ora art. 101 TFUE)" e attualmente ribadisce con forza la necessità di riconoscere che la

nullità dell'intesa produca effetti a cascata sui singoli contratti, in quanto altrimenti verrebbe meno l'effettività della sanzione.

Per dirlo ancora con le parole di Cassazione civile, sez. I 12/12/2017 n. 29810, "allorchè l'articolo in questione (art. 2 l. 1990 cit.) stabilisce la nullità delle "intese", non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza".

Né può assumere significato nel presente ambito meramente "ripetitorio" e non interamente risarcitorio, in un'ottica di prospettata (da parte dell'Istituto bancario) valutazione conservativa del tasso concretamente praticato dall'Istituto-parte nel presente procedimento, la circostanza che questo non risulti dalla decisione della Commissione avere partecipato fattivamente a quella specifica manovra "collusiva" anticoncorrenziale.

E' il tasso ex se, lo stesso tasso scelto dalle parti, cioè ad essere ormai oggettivamente affetto da quel vizio e porre solo una questione di distinzione tra soggetti che abbiano o non abbiano dato causa a quel fenomeno "infettivo", in questa sede, ove non si pone un problema di applicazione di sanzioni a carico dei colpevoli ovvero di risarcimento integrale come da direttiva e d.lgs citati, non assume alcun significato (si veda in tale prospettiva il principio evincibile a contrario dal disposto di cui all'art. 1338 cc). In tale ottica valutativa si evidenzia altresì come non pochi autori affermino ormai la possibilità di rimettere al

consumatore finale l'esperimento dei rimedi ordinari atti a bilanciare lo squilibrio negoziale venutosi a creare per effetto (mediato) dell'intesa, nei confronti del proprio diretto dante causa, mero intermediario rispetto ad una intesa vietata frutto di collusione da altri posta in essere.

Alcuna incertezza può comunque poi essere sollevata in ordine alla affermazione che quella condotta posta in essere da alcuni istituti bancari, partecipanti al coacervo di istituti che danno vita al tasso Euribor, abbia creato un'indiscutibile posizione di vantaggio anche in capo all'istituto mutuante e di penalizzazione in capo al mutuatario.

Rispetto oltretutto alla possibilità o meno (esclusa tuttavia, come detto, la necessità di farlo in questa sede, non essendo qui in questione alcuna richiesta risarcitoria) di configurare profili concretamente colposi in capo allo specifico istituto qui parte, nell'essersi questo avvantaggiato di quelle gravi, manifeste e prolungate condotte anticoncorrenziali (sulla rilevanza peraltro del mero profilo colposo nella materia de qua si veda il paragrafo 8.2.2 della decisione in commento), prevale un'ulteriore considerazione, che potrebbe trasferire l'analisi, e le derivanti conseguenze valutative, su un piano più squisitamente probatorio. Come evidenzia la migliore dottrina, sussiste infatti nel nostro ordinamento sia un diritto degli operatori economici (quindi non solo dei consumatori) a veder praticati soltanto prezzi concorrenziali, che un conseguente dovere giuridico in capo ai medesimi soggetti (specie agli imprenditori) a tenere sotto controllo il mercato al fine di agevolare la repressione di tutti i comportamenti che ostacolano il raggiungimento di questo obiettivo e di astenersi dal praticare, in

ogni situazione, un prezzo diverso da quello concorrenziale: “ogni imprenditore si deve nella sostanza fare carico, in virtù del maggiore e più qualificato flusso di informazioni di cui dispone in merito ai mercati a monte di quello in cui egli opera, della protezione della propria clientela dagli effetti di eventuali violazioni”. E’ evidente peraltro come tale asserzione appaia ancor più condivisibile laddove si verta in ipotesi non di meri imprenditori operanti nello stesso settore merceologico, ma da un insieme di imprenditori, e ciò vale per i maggiori istituti bancari europei, che tutti concorrono “unilateralmente” alla formazione del dato Euribor.

Se allora può ragionevolmente ritenersi effettivamente immanente nel nostro sistema un tale principio, non può che altrettanto ragionevolmente ritenersi come, sempre in un ambito risarcitorio qui non percorso, almeno spetti all’istituto bancario l’onere di allegare e comprovare di avere vigilato sull’attività di quegli operatori “paralleli”, cioè sull’attività di determinazione del tasso Euribor richiamato nello specifico contratto, e di non avere potuto, nonostante tale diligente attività di controllo, evitare quella macroscopica e continuativa attività di manipolazione da parte di quelli, di cui ha oggettivamente beneficiato nella stipula dei propri contratti.

Si pensi ancora in tale prospettiva alla pregnanza della disposizione di cui all’art. 1338 cc, in forza della quale è tenuta a risarcire il danno dalla controparte risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto, non solo la parte che, conosceva la causa di invalidità, ma anche quella che dovendo conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte.

Nella fattispecie al vaglio si verte pertanto in ipotesi di un elemento contrattuale astrattamente determinato in modo legittimo da un fattore esterno utilizzato direttamente in contratto (si vedano ad esempio addirittura le ipotesi sussidiarie/integrative in materia determinazione dell'oggetto del contratto ex art. 1349 cc, di vendita ex art. 1474 cc o in materia di somministrazione l'art. 1561 cc ovvero ancora proprio in ambito di comunitario le disposizioni contenute nel Draft Common Frame of Reference pubblicato nel 2009 in materia di determinazione del prezzo ad opera di un terzo che omette di provvedervi e ad opera di un fattore esterno extratestuale mancante), e tuttavia, a sua volta, determinato con modalità concrete gravemente violative dell'ordinamento nazionale ed europeo, vale a dire di norme imperative interne o comunque dell'ordine pubblico economico, nonché con modalità almeno non imparziali; determinazione oltretutto di cui l'istituto qui parte ha oggettivamente beneficiato e con riferimento alla quale non ha assolto all'onere di allegare e comprovare, nonostante il flusso qualificato di informazioni evidentemente in suo possesso, ancor più se direttamente partecipante alla formazione di quel dato di riferimento, di non averne potuto impedire la formazione e di non averne conosciuto l'accadimento.

E' ancora la stessa Commissione ad evidenziare, nella parte della decisione rivolta a valutare il profilo della "gravità della condotta" che la sua valutazione tiene conto, in particolare, del fatto che: (a) gli accordi di coordinamento dei prezzi sono, per loro natura, tra i peggiori tipi di violazione degli Articoli 101 del Trattato e 53 dell'Accordo EEA; (b) il cartello ha coperto almeno l'intero

territorio EEA; (c) i punti di riferimento interessati che si riflettono nella determinazione del prezzo degli EIRD si applicano a tutti i partecipanti nel mercato degli EIRD, e (d) i tassi interessati hanno una primaria importanza per l'armonizzazione delle condizioni finanziarie nel mercato interno e per le attività bancarie negli stati membri.

La circostanza comunque che non vi sia prova che alla grave attività di alterazione del tasso di riferimento l'istituto qui parte processuale abbia concretamente partecipato, non può assumere alcuna rilevanza in questo ambito ripetitorio, rilevando viceversa solo l'oggettiva contaminazione, in punto di vizio costituito dalla violazione delle disposizioni nazionali ed europee in materia di concorrenza, del tasso comunque dallo stesso praticato, quale effetto diretto di quella criminosa alterazione posta in essere da operatori "paralleli".

A conferma peraltro dell'assunto appena esposto, fondato, come detto, sulla irrilevanza della partecipazione o solo della consapevolezza dei contraenti alla alterazione non imparziale di quell'essenziale dato contrattuale, sembrerebbero altresì potersi almeno evocare, pur volendo rimarcare al massimo la distanza tra l'istituto parte del presente procedimento e le banche colpevoli della condotta criminosa sventata dalla Commissione (fino a far assumere a queste il ruolo addirittura di "terzo" rispetto al contratto "a valle"), i principi desumibili dalla disciplina dettata dall'art. 1349 cc in materia di determinazione della prestazione oggetto del contratto, affidata (addirittura) al mero arbitrio del terzo; determinazione che resta, anche in tale ipotesi, impugnabile in presenza della "sola" comprovata "mala fede" del terzo stesso (art. 1349 secondo comma cc) e

non della prova della collusione tra terzo stesso e parte avvantaggiata. Secondo l'interpretazione granitica resa in sede di legittimità della disposizione al vaglio, l'arbitratore, al quale sia stata affidata la determinazione della prestazione dedotta in contratto, a norma dell'art. 1349 c.c., comma 2, può decidere secondo il suo criterio individuale, in quanto le parti hanno riposto piena fiducia nella sua correttezza ed imparzialità, oltre che nella sua capacità di discernimento. Ne consegue che, a differenza dell'ipotesi in cui la determinazione sia stata rimessa all'equo apprezzamento del terzo, assume rilievo decisivo l'atteggiamento psicologico dell'arbitratore che, tradendo la fiducia conferitagli, si pieghi volontariamente ed in piena consapevolezza agli interessi di una delle parti, non essendo sufficiente che l'incarico non sia stato compiutamente eseguito e che le determinazioni siano prive di ragionevolezza (Cass. n. 858/1999 e da ultimo Cassazione civile, sez. I 12/06/2014 n. 13379). Anche nello schema codicistico qui evocato pertanto, la parzialità della determinazione del terzo ex se, pur non incidendo sull'efficacia del contratto, impone l'intervento sostitutivo giudiziale "chirurgico" e non relega comunque la tutela del danneggiato ad un ambito di tutela risarcitoria nei soli confronti del terzo.

Poichè tale voluta parzialità della determinazione del "terzo" (ruolo che in questa ipotizzata prospettiva andrebbe ad essere rivestito dall'insieme degli istituti bancari cui è demandata la segnalazione dei dati costituenti l'Euribor) a favore di uno dei contraenti, attraverso un'alterazione collusiva del dato relativo al tasso di riferimento, è stata concretamente e motivatamente accertata in sede di Commissione UE (nell'ambito cioè della massima istituzione europea a tanto deputata), all'esito caducatorio/sostitutivo del tasso concreto adottato dalle parti

non può che immediatamente pervenirsi, prescindendosi del tutto dalla necessità di dover ricercare anche un apporto causale o solo un profilo di consapevolezza in capo ai contraenti, che nell'ambito del rapporto si siano determinati ad utilizzare quel tasso quale tasso di riferimento.

Una questione interamente risarcitoria, in forza delle disposizioni di cui alla Direttiva ed al d.lgs. cit., potrà poi eventualmente prospettarsi allora, non solo nel rapporto tra contraente svantaggiato ed autori della violazione (per l'integrale risarcimento del danno), ma anche, ove ricorrenti i presupposti, tra gli stessi istituti bancari da un lato, costretti a ripetere quanto contrattualmente convenuto in favore di quello, e, ancora, le banche colpevoli della manipolazione dall'altro.

In punto di conseguenze derivanti dalla adozione degli assunti sin qui esposti, appare necessario soffermarsi sulla questione inerente il tasso sostitutivo applicabile in caso di invalidità della clausola che lo fissa.

L'art. 117 T.U.B. statuisce:

- “1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.
2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.
3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.

4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

5. [comma soppresso dal D.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218].

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".

Le conseguenze all'invalida pattuizione del tasso sono pertanto, differenziando le diverse ipotesi:

in caso di interessi invalidi in un contratto non concluso in forma scritta (o comunque nel caso in cui non sia provata la conclusione per iscritto del contratto, in ipotesi di contestazione del cliente), si applicherà il tasso legale (ex art. 1284 c.c.), essendo il contratto insanabilmente nullo, come prescritto dall'art. 117, n. 3, t.u.b.; in tale ipotesi non è pertanto applicabile il comma 7 – che prevede l'utilizzo del tasso sostitutivo dei b.o.t. – in quanto il comma 4 (a cui rimanda il comma 7) richiede comunque che il contratto sia stato concluso in forma scritta ed in esso sia mancante la pattuizione del tasso d'interesse o di altro prezzo o condizione praticata;

in caso di contratto concluso per iscritto in cui vi sia: o la mancata indicazione del tasso o di ogni altro prezzo o condizione (comma 4, art. 117 t.u.b.) o il rinvio agli usi del tasso applicato e comunque di ogni altro prezzo o condizione praticati, inclusi gli eventuali maggiori oneri in caso di mora (comma 6, art. 117 t.u.b.) ovvero una invalidità per altre ragioni del tasso e di ogni altro prezzo o condizione praticati dalla banca (comma 4, art. 117 t.u.b.), in caso di mancata indicazione del tasso o sua invalidità, si applica il tasso sostitutivo di cui all'art. 117 t.u.b. comma 7, lettera a), vale a dire il tasso nominale minimo e massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei b.o.t. emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto o dell'operazione, se più favorevoli per il cliente.

Concorda infatti lo scrivente con quella impostazione interpretativa in forza della quale il comma 4 sottintende l'esistenza dell'avverbio “validamente”, da interpretare cioè come se dicesse “i contratti indicano [validamente] il tasso

d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora", con la conseguenza che ogni forma di invalidità del tasso, tra cui quella rilevata in questa sede, in un contratto concluso per iscritto, resta disciplinata dal comma 4 dell'art. 117 t.u.b. anche in ipotesi di invalidità diverse dalla mancata indicazione del tasso o dal rinvio agli usi.

Lamenta la parte istante l'illegittima capitalizzazione degli interessi passivi operata dalla banca durante il rapporto con cadenza trimestrale.

Al riguardo questo giudice condivide l'arresto interpretativo della costante giurisprudenza di legittimità, ormai consacrato anche dalle S.U. della Cassazione (sentenza n.21095 del 7.10.2004) e, quindi, da ritenersi definitivamente consolidatosi sul punto, il quale ha statuito l'illegittimità del fenomeno della capitalizzazione trimestrale degli interessi in materia bancaria, in quanto prassi contraria alla norma imperativa di cui all'art. 1283 c.c. e non trasfusa in un uso normativo, con conseguente nullità ex tunc ex artt. 1282, 1284, 1419 c.c. delle clausole negoziali di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi anche in relazione ai periodi anteriori al noto mutamento giurisprudenziale avvenuto nel 1999 (Cass. n.10127/2005; Cass. n.10599/2005; Cass. , sez.un., 21095/2004; Cass. n.2593/2003; Cass. n.17813/2002; Cass. n.8442/2002; Cass.4490/2002; Corte Cost. n.425/2000; Corte d'Appello L'Aquila 11.6.2002).

In mancanza di una valida pattuizione anatocistica, nessuna capitalizzazione, né annuale né semestrale, né di altra periodicità degli interessi del conto può essere riconosciuta, né alla Banca né al cliente.

Va poi rammentato che l'art. 20 c.2 TUB (introdotto dall'art. 25 c.2 d. l.vpo 242/99) ha statuito che il CICR stabilisce (e ha stabilito con la delibera 9.2.2000 efficace dal 22.4.2000) modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati in ogni caso che sia assicurata la stessa periodicità del conteggio degli interessi sia debitori che creditori.

L'adeguamento a tale delibera risulta dalla data indicata nel provvedimento di conferimento dell'incarico, per come anche riscontrato dal perito d'ufficio.

Si conferma infine come la disposizione di cui all'art 120 TUB così come novellato dalla l. 147/2013, in verità non sembra potesse dirsi efficace a partire dal 1 ° gennaio 2014, in quanto la sua applicabilità era appunto differita all'emanazione della relativa disciplina attuativa da parte del CICR.

Stante il tenore letterale della norma, è chiaro che il legislatore ha introdotto un divieto di anatocismo non generale, ma regolamentato, in quanto ha affidato espressamente al competente comitato interministeriale l'adozione di una delibera che disciplina modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, sicché l'iter legislativo non poteva intendersi completato, se non all'esito dell'emanazione della normativa secondaria riservata ad una successiva delibera del CICR.

Inoltre, ai sensi dell'art. 161, comma 5 TUB, le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere

applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi dello stesso D.lgs n. 385/1993. La delibera CICR 9 febbraio 2000 pertanto continua a trovare applicazione ed a regolare la materia fino alla sua sostituzione con la delibera CICR del 3/8/2016, emanata in attuazione dei principi dettati dall'art. 120, comma 2, TUB, come modificato ad opera dell'art. 17 bis d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito nella legge 8 aprile 2016 n. 49, che ha anch'esso attribuito al CICR il potere di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria (in termini Tribunale di Cuneo, Dott. Mauroernesto Macca, con la sentenza n. 738 del 14.07.2017 e Tribunale Bologna, sez. III 09/01/2018 n. 34)

Sulla CMS e commissioni sostitutive si evidenzia in punto di diritto quanto segue.

Ritenuta da sempre non condivisibile quella impostazione che negava, e nega ancora nonostante gli interventi normativi di cui infra (Trib. Bari, 10 giugno 2015, in Dejure; Trib. Ravenna, 6 giugno 2012), il riconoscimento alla clausola de qua di una legittima funzione economico sociale (Trib. Padova, 3 novembre 2011, inedita; Trib. Novara, 13 luglio 2010 e Tribunale Taranto, sez. II, 06/12/2016, n. 3394), ciò su cui la giurisprudenza era pacifica (e non potrebbe essere altrimenti, visto il chiaro disposto dell'art. 117 TUB), era nel ritenere che la clausola che prevede la commissione di massimo scoperto, perché sia valida, debba rivestire i requisiti della determinatezza o determinabilità dell'onere aggiuntivo che viene ad imporsi al cliente (Tribunale Novara 16 luglio 2010 n. 774, in JurisData; Tribunale Teramo 18 gennaio 2010 n. 84, in Giurisprudenza locale - Abruzzo

2010; Tribunale Busto Arsizio 9 dicembre 2009, in Foro It. 2010, 2, I, 672; Tribunale Monza 14 ottobre 2008 n. 2755, in JurisData; Tribunale Vibo Valentia 28 settembre 2005, in Corti calabresi (Le) 2007, 1, II, 216; Tribunale Torino 23 luglio 2003, in Giur. merito 2004, 283). Più in particolare, è stato sancito dalla giurisprudenza, che la determinatezza o determinabilità della clausola si configura quando in essa siano previsti sia il tasso della commissione, sia i criteri di calcolo e la sua periodicità (Tribunale di Parma, 23 marzo 2010, in II Caso.it, I, 2273; Trib. Busto Arsizio 9.12.2009 cit.; Tribunale di Biella, 23 luglio 2009, in II Caso.it, I, 2367; Tribunale Cassino 10 giugno 2008 n. 402 in Guida al diritto 2008, 39, 78; Tribunale Genova sez. VI 18 ottobre 2006, in Foro Padano, 2007, 3-4, I, 493; Tribunale Monza 12 dicembre 2005, in Banca Borsa Tit. Cred. 2007, 2, II, 204).

La soluzione è assolutamente condivisibile perché costituisce piena applicazione della norma di cui all'art. 1346 c.c., secondo cui ogni obbligazione contrattuale deve essere determinata o, quanto meno, determinabile e, più nello specifico, dell'art. 117, comma 4° TUB, che impone la forma scritta ad substantiam per ogni prezzo, condizione od onere praticati nei contratti bancari.

Per rendere “determinato”/”determinabile” questo onere è necessario che nel contratto sia espressamente:

- a) Indicata l'aliquota;
- b) Indicata la base di calcolo (oltre il limite di fido);
- c) Indicato il regime di capitalizzazione (trimestrale).

Invero, dall'analisi dei contratti versati in atti, gli unici elementi di qualificazione di detto onere sono:

a) Max scoperto – limite 1 - 0,25;

b) Max scoperto – limite 2 – 0,375

Nel detto documento non è specificato se detta commissione si applichi su:

a) punta massima di esposizione nel periodo;

b) punta massima di esposizione nell'anno;

c) esposizione media nel periodo;

d) esposizione per un periodo continuativo superiore a 30 gg.;

Nel documento richiamato è solo indicato che l'onere si applica su uno scoperto (limite 1 e limite 2; per la precisione non viene indicato se lo 0,25 o lo 0,325 siano delle percentuali e/o millesimali, ecc.).

Per quanto precede è evidente l'indeterminatezza di tale onere.

Con il D. L. 1 luglio 2009 , n.78, art. 2, co. 2 conv. con modif . con L. 3 agosto 2009, n. 102, il legislatore era anche intervenuto sull'art. 2 c.2 (aggiungendo un periodo allo fine del co. 1, art. 2-bis, D.L. 185/2008 conv. dallo L. 2/2009) limitando l'autonomia della Banca nel determinare la percentuale della retribuzione sulla somma affidata dovuta dal cliente e prevedendo, quindi, un limite al corrispettivo omnibus per la messa a disposizione dei fondi che non può

superare lo 0,50% per trimestre dell'importo dell'affidamento. In caso di violazione è espressamente stabilita la nullità della clausola di remunerazione.

La disciplina in materia di commissioni per la remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti è stata predisposta per i contratti conclusi a far data dal 1 luglio 2012.

Il decreto ministeriale n. 644/2012 ha disciplinato anche i contratti già in essere alla data del 1 luglio 2012, prevedendo un obbligo di adeguamento così stabilito dall'art. 5, comma 4: "I contratti in corso al 1 luglio 2012 sono adeguati entro il 1° ottobre 2012 con l'introduzione di clausole conformi all'articolo 117-bis del TUB e al presente decreto, ai sensi dell'art. 118 TUB."

Il decreto in particolare prevede:

per gli affidamenti, una commissione onnicomprensiva per la messa a disposizione dei fondi. La commissione non può eccedere lo 0,5% dell'accordato per trimestre;

per gli sconfinamenti (scoperti di conto e utilizzi extrafido) una commissione di istruttoria veloce, espressa in misura fissa e in valore assoluto commisurato ai costi.

L'adeguamento dei contratti già in essere costituisce un giustificato motivo ex art. 118 Dlgs n. 385193, che attribuisce alla banca la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto, con conseguente obbligo di comunicazione al cliente.

La banca deve comunicare secondo le formalità previste dall'art. 118 del TUB, e dunque con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente, l'avvenuto

adeguamento del contratto in essere a quanto previsto ai sensi dell'art. 117 - bis del TUB ed ai sensi del decreto ministeriale n. 644/2012 in materia di commissioni. In difetto il cliente può eccepire l'inefficacia delle variazioni contrattuali previste in relazione all'obbligo di adeguamento, se a sé sfavorevoli.

La l.214/2011 che ha introdotto l'art. 117-bis (remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti) è entrata formalmente in vigore il 28 dicembre 2011 e tuttavia ha avuto efficacia solo con la L.27/2012, che in sede di conversione del D.L. 1/2012 ha interamente sostituito il relativo art.27, prevedendo appunto per l'entrata in vigore della complessiva disciplina, data dall'art. 117 bis Tub e dalla Delibera CICR di cui al comma 4 del medesimo art. 117-bis Tub, il termine ultimo del luglio 2012 e introducendo un termine di adeguamento per i contratti in essere di tre mesi decorrente dalla data di efficacia della delibera. Quest'ultima verrà poi adottata (D.M.30 giugno 2012, n.644 art.5 c.4, in vigore dal 1 luglio 2012) con efficacia dal 1 luglio 2012 e, pertanto, i contratti in corso di esecuzione, avrebbero dovuto essere adeguati entro il 1 ottobre 2012.

L' art. 27 D.L. 1/2012 prevedeva già nella sua formulazione originaria entrata in vigore il 24 gennaio 2012, l'abrogazione espressa dei commi 1 e 3 dell'art.2-bis, D.L. 185/2008. In presenza di un nuovo art. 117-bis che prevedeva un trimestre per l'adeguamento e di un pregresso art. 2-bis, co. 1 D.L. 185/2008 comunque nel frattempo abrogato, la disposizione di cui all'art. 27bis, Legge 24 marzo 2012, n.27, va a colmare il vuoto normativo stabilendo, di fatto, che sono nulle tutte le clausole stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117 bis TUB.

In atti, l'unico documento contrattuale, contenente le commissioni sull'accordato è datato, come già rilevato, 29.10.2014. Per detto motivo la Commissione, pattuita solo da tale data, è stata espunta dal ricalcolo nel periodo anteriore.

Il CTU ha infine espunto ogni voce e spesa pur addebitata, ma priva di riscontro in un formale accordo intercorso tra le parti.

Sulla eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca tempestivamente.

Va osservato, in via generale, che la domanda di ripetizione delle somme percepite dalla banca a titolo di anatocismo e di interessi ultralegali non è soggetta al termine di prescrizione breve previsto dal n. 4 dell'art. 2948 c.c., che riguarda la sola domanda diretta a conseguire gli interessi che maturano annualmente o in termini più brevi, e non la restituzione di un complessivo maggior credito che includa gli stessi interessi in quanto indebitamente corrisposti, bensì, trattandosi di azione mirata a conseguire la restituzione di interessi indebitamente corrisposti, ex art. 2033 c.c. (e non di azione diretta ad ottenere il pagamento di interessi non accreditati), al termine ordinario decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c. (da ultimo Cassazione civile, sez. VI, 26/01/2018, n. 2026).

L'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di

estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del "solvens" con conseguente spostamento patrimoniale in favore "dell'accipiens" (Cass. Sez. Unite, Sentenza n. 24418 del 02/12/2010).

Con tale pronuncia, le Sezioni Unite hanno distinto le rimesse aventi effetto estintivo di uno scoperto da quelle aventi al contrario un effetto puramente ripristinatorio della provvista: la prima ipotesi si riscontra nel conto corrente passivo privo di apertura di credito o di altra forma di fido oppure nel conto affidato con saldo passivo eccedente il limite massimo di affidamento, mentre la seconda ipotesi fa riferimento al conto corrente affidato con un saldo passivo rientrante nei limiti dell'affidamento.

Dunque, il termine di prescrizione è di natura decennale e decorre in corso di rapporto soltanto nel caso di veri e propri pagamenti, ossia soltanto nel caso in cui il correntista abbia effettuato versamenti di natura solutoria, finalizzati a riportare il conto corrente nei limiti della soglia di affidamento o, in assenza di affidamento, in pareggio; se invece il versamento era di natura meramente ripristinatoria della provvista, in assenza di sconfinamento o di scoperto, il termine iniziale di decorrenza della prescrizione è quello della data di chiusura del conto corrente.

La banca ha poi allegato e provato il diverso termine di decorrenza della prescrizione rispetto alla data di chiusura (cfr. al riguardo Cass. n. 16326/2009, che ha affermato che l'eccezione di prescrizione, in quanto eccezione in senso stretto, deve fondarsi su fatti allegati dalla parte, quand'anche suscettibili di diversa qualificazione da parte del giudice. Ne consegue che il debitore, ove eccepisca la prescrizione del credito, ha l'onere di allegare e provare il fatto che, permettendo l'esercizio del diritto, determina l'inizio della decorrenza del termine ai sensi dell'art. 2935 c.c., restando escluso che il giudice possa accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso, conosciuto attraverso un documento prodotto ad altri fini da diversa parte in causa).

In tale prospettiva allora deve ritenersi idonea la formulazione dell'eccezione di prescrizione già ove questa sia accompagnata dall'allegazione dell'esistenza di pagamenti solutori, e ciò sulla base dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di prescrizione in generale, da ritenersi pienamente validi anche in materia di contenzioso bancario (cfr. Cass. sez. un. n. 10955/02, Cass. sez. 6-3 n. 1064/14; v. in particolare Cass. sez. I civ. n. 11843/07, secondo la quale "l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, a nulla rilevando che chi la invochi abbia erroneamente individuato il termine applicabile, ovvero il momento iniziale o finale di esso: queste ultime infatti sono questioni di diritto, sulle quali il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte").

L'eccezione di prescrizione è validamente proposta quindi quando la Banca ne abbia allegato il fatto costitutivo e cioè l'inerzia del titolare e manifestato la volontà di avvalersene (Cass. 15790/2016, 1064/2014; 21752/2010).

L'istituto ha pertanto assolto correttamente il proprio onere probatorio in relazione all'eccezione sollevata, avendo eccepito la prescrizione di tutte le rimesse - pertanto allegate come solutorie - annotate sul conto corrente dedotto in giudizio anteriormente al decennio, così individuando sia l'oggetto dell'eccezione (ogni singola rimessa annotata), sia il dies a quo di decorrenza (Corte appello Torino, sez. I, 09/06/2017, n. 1277 e da ultimo Cass. SS.UU. nr. 15895/19).

Nel caso di specie allora il primo atto interruttivo della prescrizione deve essere individuato nell'atto stragiudiziale di mediazione del 29.05.2018.

La recente Cass. SS.UU. nr. 18895/19 cit. ha peraltro chiarito che il riferimento alla "domanda" ai fini de quibus, esteso nella sua ivi affermata idoneità ad interrompere il termine prescrizione proprio nei rapporti bancari, anche all'atto stragiudiziale può essere praticato laddove l'atto di costituzione in mora possieda il carattere della "specificità".

Affinché cioè sia configurabile la costituzione in mora, lo stesso Supremo Collegio ha infatti stabilito che "un atto, per avere efficacia interruttiva, deve contenere, oltre alla chiara indicazione del soggetto obbligato (elemento soggettivo), l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto, nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora (elemento oggettivo), requisito quest'ultimo che non è soggetto a rigore di forme, all'infuori della scrittura, e,

quindi, non richiede l'uso di formule solenni, né l'osservanza di particolari adempimenti, essendo sufficiente che il creditore manifesti chiaramente, con un qualsiasi scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, la volontà di ottenere dal medesimo il soddisfacimento del proprio diritto, essendo sufficiente a tal fine la mera comunicazione del fatto costitutivo della pretesa” (cfr. Cass. civ. Sez. VI - 3 Ordinanza, 04/07/2017, n. 16465 e cfr. Corte Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3371 del 12/02/2010; id. Sez. 2, Sentenza n. 24656 del 03/12/2010 nonché Corte Cass. Sez. L, Sentenza n. 24054 del 25/11/2015). L'atto di convocazione per la mediazione contiene tali requisiti.

Dall'esame della acquisita documentazione poi il perito ha rilevato che nel periodo considerato vi sono decine di rimesse aventi natura solutoria, l'ultima delle quali avente data 30.08.2007. Conseguente, ai fini del ricalcolo, lo stralcio del periodo 01.01.2001 / 30.06.2007 (in quanto l'addebito delle competenze del 3° trimestre 2007 è successivo l'ultima rimessa solutoria individuata).

Correttamente poi il CTU ha fatto riferimento solo al cd “accordato contrattualizzato”.

Per quanto infatti attiene alla astratta configurabilità di un c.d. "fido di fatto", pur nella consapevolezza della esistenza di precedenti che ipotizzano la configurabilità dell'affidamento per facto concludentia, non si può per contro trascurare la norma positiva che impone la forma scritta per ogni aspetto del rapporto bancario, come indicato specificamente dall'art. 117 t.u.b., che al terzo comma contempla la sanzione della nullità per i contratti privi della forma (scritta) richiesta.

Effettivamente sono riscontrabili nella prassi situazioni nella quali la banca tollera lo sconfinamento del correntista senza chiederne, nel tempo, il rientro, così manifestando di non avere interesse a ricevere nell'immediato la prestazione dovuta e di consentire la persistenza attuale e il protrarsi futuro del debito del cliente.

Può inoltre condividersi la considerazione che, in via correlata, un simile comportamento crei un evidente affidamento del cliente in merito al mantenimento, almeno per l'immediato, del debito, sì che - in mancanza di significativi mutamenti nelle condizioni patrimoniali del cliente - la banca potrebbe ritenersi tenuta, nel rispetto degli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto - a concedere un congruo termine di preavviso per il rientro.

Tanto premesso, la rilevanza che pur si può attribuire, in determinate circostanze e a determinati fini alla prassi in esame, non può ritenersi tale da superare l'ostacolo del difetto della forma scritta richiesta ad substantiam per ogni aspetto dei contratti bancari, e pertanto al fine della costituzione di un valido rapporto di apertura di credito per uno specifico importo, che non potrà - salva l'eventuale tutela invocabile nei confronti delle condotte contrarie a buona fede alle quali si è accennato - vantare alcun diritto alla prosecuzione da parte della banca della prassi di tolleranza manifestata con riguardo allo sconfinamento, né tanto meno al consolidamento dell'entità dello stesso in misura rapportabile alla media del tollerato.

Non sono quindi condivisibili le argomentazioni della difesa del cliente: il difetto di forma scritta del contratto di affidamento non può che incidere negativamente

sulla sua prospettazione, nell'ottica valutativa de qua, quantomeno in punto di mancata prova del requisito, per come visto essenziale, del "quantum" del preteso affidamento.

In assenza di un valido contratto di affidamento, stipulato in conformità alle previsioni legislative, e comunque della prova rigorosa del suo limite quantitativo, le rimesse intervenute sul conto corrente devono considerarsi di natura solutoria.

Appare necessario sul punto ulteriormente evidenziare come l'onere di allegazione della esistenza formale dell'affidamento e del preciso limite dello stesso debba essere assolto sin dall'atto introduttivo da parte del cliente (salva la possibilità di comprovare l'assunto solo documentalmente – ovviamente – entro il termine preclusivo di cui all'art. 183 cpc).

Si richiama al proposito la sentenza della CORTE DI APPELLO di ROMA n. 2692/2022 che ha precisato che "A far data dell'entrata in vigore della legge 17.2.1992 n. 154 il contratto di apertura di credito (come tutti i contratti bancari) deve essere redatto (e dunque provato) per iscritto e comunque, e pur con riferimento al periodo precedente, la tolleranza di fatto all'uso dell'affidamento e dunque all'utilizzo di credito appare fatto di per sé inidoneo a comprovare l'assunzione da parte della banca delle obbligazioni derivanti dal contratto di apertura di credito, soprattutto quando tali circostanze di fatto non consentano neppure di determinare l'ammontare del fido asseritamente accordato".

Dalla rielaborazione del conto corrente, utilizzando le condizioni economiche sopra descritte emerge un ristorno in favore del correntista di complessivi € 39.301,69 (Cfr. prospetto riepilogativo del ricalcolo - All. 3a e 3b).

Il saldo ricostruito, alla data del 03.06.2019, è pari ad € 39.301,69 a credito del correntista (Cfr. conto scalare analitico risultante dal ricalcolo - All. 4a e 4b).

Sulla richiesta di risarcimento del danno.

Il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno da inadempimento non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento da obbligazione e non può prescindere da una specifica allegazione, nell'atto introduttivo del giudizio, dell'esistenza di un pregiudizio che non si ponga quale conseguenza automatica della condotta inadempiente; cosicché non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta asseritamente lesiva, incombando sull'asserito danneggiato l'onere non solo di allegare l'inadempimento, ma anche di allegare e di fornire la prova rigorosa ex art. 2697 c.c. dell'an e del quantum del danno nonché del nesso di causalità con l'inadempimento.

Ai fini dell'affermazione della responsabilità, sia in materia contrattuale che extracontrattuale, si richiede il nesso di causalità tra l'inadempimento o il fatto illecito e il danno e l'onere della dimostrazione di tale nesso, sia in materia contrattuale che extracontrattuale, è a carico di colui che agisce per il risarcimento (Cassazione civile, sez. VI, 05/12/2017, n. 28995).

Ai fini del risarcimento del danno patrimoniale da inadempimento, deve essere in concreto fornita la dimostrazione dell'esistenza del pregiudizio lamentato e il diretto nesso causale con la condotta illecita. Deve, pertanto, escludersi che il

giudice possa fare ricorso alle presunzioni in mancanza dell'allegazione e della prova di circostanze di fatto gravi, univoche concordanti dalle quali desumere il danno nella sua effettività e in ordine al quantum limitarsi ad affidarne la determinazione al consulente tecnico d'ufficio senza la preventiva identificazione delle singole voci da valutare (Cassazione civile, sez. II, 20/11/2007, n. 24140).

In relazione a tali aspetti appare allora manifesta la carenza strutturale della domanda attorea, anche tenuto conto della maturata prescrizione per gran parte del periodo invocato.

Era infatti onere della parte attrice di allegare e comprovare, con riferimento alle condotte non prescritte, che proprio quella specifica indisponibilità del credito qui riconosciutogli (spalmato nel decennio, si noti, e dunque consistentemente ridotto) lo avesse indotto a contrarre con altri istituti prestiti e finanziamenti destinati a sopperire a tale indisponibilità. Anche con riferimento alla lamentata segnalazione, era onere della parte attrice di allegare e comprovare che fosse stata conseguenza, solo ed esclusivamente, di una situazione debitoria illegittima connessa al periodo de quo e per gli importi riconosciuti in questa sede.

Difettando la domanda di tali specifiche allegazioni, non resta che provvedere al rigetto della stessa.

Analoga sorte deve essere riservata alla domanda relativa alla asserita usurarietà dei tassi, disattendendo la prospettazione attorea il principio di necessaria corrispondenza tra TEGM e TEG e quindi l'adottabilità solo dei criteri dettati da Banca d'Italia nella determinazione del TEG.

Il parziale accoglimento della domanda, anche in punto di quantum (si veda ctp allegata all'atto introduttivo), induce a ritenere parzialmente compensate tra le parti le spese di lite, liquidate secondo l'effettivo valore della controversia.

La nozione di soccombenza reciproca, che consente la compensazione parziale o totale tra le parti delle spese processuali (art. 92, comma 2, c.p.c.), sottende - anche in relazione al principio di causalità - una pluralità di domande contrapposte, accolte o rigettate e che si siano trovate in cumulo nel medesimo processo fra le stesse parti ovvero anche l'accoglimento parziale dell'unica domanda proposta, allorché essa sia stata articolata in più capi e ne siano stati accolti uno o alcuni e rigettati gli altri ovvero quando la parzialità dell'accoglimento sia meramente quantitativa e riguardi una domanda articolata in un unico capo (Cassazione civile, sez. III, 21/10/2009, n. 22381, nr. 3438/16 e SS.UU. nr. 16990/17 nonché Corte UE nr. 554/17).

Analogamente le spese di CTU restano su entrambe le parti come da parte dispositiva.

P.Q.M.

in parziale accoglimento della domanda, accertata l'illegittimità di prassi e clausole relative al rapporto de quo come parte motiva, condanna

in persona del suo Presidente legale rappresentante pro tempore, al pagamento della somma di euro 39.301,69, a titolo di saldo alla data del 3.6.2019 relativo al rapporto di conto corrente de quo

in favore di S.R.L. con sede in alla Via
 n. (P.I.) in persona del legale rappresentante p.t. Sig.
 , oltre interessi convenzionali dalla maturazione al
 soddisfo ed esclusa la rivalutazione, nulla essendo stato allegato e comprovato sul
 punto ex art. 1224 secondo comma cc;
 dichiara compensate per un terzo le spese di lite e condanna per il residuo

, in persona del suo Presidente legale rappresentante pro
 tempore al pagamento in favore di S.R.L.
 con sede in alla Via n. (P.I.) in persona
 del legale rappresentante p.t. Sig. di euro per
 esborsi ed euro per onorari, oltre spese generali al 15%, iva e cassa
 come per legge, qui liquidate per l'intero, con attribuzione in favore dell'avv. E.
 Argento;
 pone le spese di CTU definitivamente al 70% su parte convenuta ed al 30% su
 parte attrice.

Pe, 20.9.2022

IL GIUDICE

Federico Ria

