



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI CROTONE

Sezione civile

in composizione monocratica, in persona del Giudice Valentina Tumedei ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta a ruolo al n. 1511/2011 R.G. promossa da:

PARTE OPPONENTE CONTUMACE

nonché con:

PARTE OPPONENTE CONTUMACE

nonché con:

PARTE OPPONENTE CONTUMACE

e con:



nonché
dall'avv. Elio Manica e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo sito in Crotone
alla via Pastificio n. 18, ha eletto domicilio

PARTE OPPONENTE

contro:

BANCA

PARTE OPPOSTA

Oggetto: contratti bancari e strumenti finanziari.

Conclusioni: come da verbale di udienza del 12/06/2018, in cui le parti si sono riportate ai rispettivi atti e verbali di causa di causa ed hanno chiesto la decisione della controversia.

ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

1.

Con atto di citazione ritualmente notificato,

, si sono opposti al decreto ingiuntivo n.
211/2011 emesso dall'intestato Tribunale in data 21/04/2011 a favore della BANCA
, deducendo l'infondatezza della pretesa azionata in via
monitoria dall'istituto di credito sulla scorta del presunto saldo negativo registrato sul
conto corrente ordinario n. 29802 di € 2



114.704,51, del presunto saldo negativo registrato sui conti anticipi n. 280479, n. 280551, n. 280558, n. 280576, n. 280583, n. 280610, n. 280640, n. 280648, n. 280751, n. 280758, n. 280763, n. 280767, n. 280770, n. 280777, n. 280779, n. 280785 pari a complessivi € 1.182.280,25, nonché dei presunti saldi negativi registrati sui conti correnti speciali n. 3976840 e n. 3976845, afferenti i contratti di swap denominati CAP IN&OUT stipulati dalla
in data 10/07/2009, rispettivamente, di € 30.000,00 e di € 12.500,00.

Ed invero parte opponente, contestando all'istituto di credito l'illegittimo esercizio dello *ius variandi*, l'illegittima applicazione di commissioni di massimo scoperto, di interessi passivi ultralegali, di interessi anatocistici, di costi aggiuntivi derivanti dai cd. giorni valuta fittizi, e, con riguardo ai contratti di swap, la violazione degli obblighi informativi imposti dalla legge a tutela degli operatori non qualificati, ha chiesto pertanto, previo accertamento dell'indebita applicazione di costi, spese e remunerazioni nonché declaratoria di nullità ovvero risoluzione dei contratti di swap, oltre la condanna al risarcimento di tutti i danni patiti, la revoca del decreto ingiuntivo opposto ed, in via subordinata, la condanna di parte opponente a corrispondere il *quantum* realmente dovuto.

2.

Si è costituita in giudizio la BANCA _____, la quale, eccetto da un lato, il difetto di allegazione e di prova delle domande avversarie e, dall'altro, la fondatezza del proprio credito, ha chiesto il rigetto dell'opposizione.

3.

Concessi i termini di cui all'art. 183 co. 6 cod. proc. civ., la causa, istruita documentalmente e mediante CTU tecnica a firma del dott. _____ è stata trattenuta in decisione in data 12/06/2018 con la concessione alle parti dei termini di cui all'art. 190 cod. proc. civ. nella misura massima di legge.

Si dà atto che il processo è stato interrotto tre volte.

La prima, all'udienza dell'11/12/2012 per intervenuto fallimento di

_____ ed il processo è stato riassunto con ricorso depositato in data 06/03/2013 da quale debitore principale e

_____ quali fideiussori solidalmente responsabili di

la seconda, all'udienza del 05/12/2013 per intervenuto fallimento di _____ ed il processo è stato riassunto con ricorso depositato in data 27/01/2014 da



quali fideiussori solidalmente responsabili di _____ ; la terza, all'udienza del 09/12/2014 per intervenuto fallimento di _____ ed il processo è stato riassunto con ricorso depositato in data 06/03/2015 da _____

quali fideiussori solidalmente responsabili di _____

4.

In via di premessa si impone qualche considerazione di ordine generale.

Prima di tutto si osserva che nei tre giudizi riassunti da parte opponente (anche) nei confronti delle curatele fallimentari, quest'ultime non si sono ricostituite mentre parte opposta può dirsi costituita con la memoria autorizzata del 04/03/2016 ove ha rassegnato le proprie conclusioni chiedendo, con riguardo alle società fallite, una pronuncia di condanna da far valere nei confronti delle stesse in ipotesi di ritorno *in bonis*.

Si osserva che, sebbene con dichiarazioni rese all'udienza del 12/06/2016, parte opposta abbia dedotto che XXXXXXXXXX è in concordato preventivo (giusta sentenza di revoca del fallimento della Corte d'Appello di Catanzaro n. 537/2015) e XXXXXXXXXX è in concordato fallimentare omologato, in difetto di riscontri documentali di segno diverso, poichè XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXX risultano fallite al pari di XXXXXXXXX SPA (*cf.* sentenze depositate in atti), la domanda di condanna formulata dalla BANCA XXXXXXXX SPA nei confronti delle società fallite deve intendersi comunque subordinata alle ipotesi di ritorno *in bonis* delle medesime.

Ciò posto, si evidenzia in via generale che nel giudizio ordinario di opposizione proposto dal correntista nei confronti del decreto ingiuntivo richiesto dall'istituto di credito per ottenere il pagamento del saldo passivo di un conto corrente, l'onere di produrre gli estratti conto integrali dall'apertura del rapporto, incombe sull'istituto di credito atteso che, com'è noto, questi assume la veste di convenuto in senso formale e attore in senso sostanziale, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., deve fornire la prova della fonte del credito oggetto di ingiunzione. Di contro, spetta al correntista, attore in senso formale e convenuto in senso sostanziale, contestare il diritto fatto valere, allegando e provando i fatti estintivi o modificativi di tale diritto o l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda.



5.

La domanda di parte opponente è solo parzialmente meritevole di accoglimento.

Prima di tutto si evidenzia che nel caso di specie è pacifico l'an dei rapporti contrattuali intercorsi tra le parti; ciò che è controverso è l'applicazione illegittima di addebiti nonchè la condotta assunta dall'istituto di credito in occasione della stipulazione dei contratti di swap.

5.1. Conto corrente ordinario e conti anticipi.

Parte opposta ha depositato in atti il contratto di apertura di conto corrente di corrispondenza n. 29802, gli estratti conto e scalari trimestrali del conto corrente ordinario e dei conti anticipi dall'accensione e sino a giroconto a sofferenza dei rispettivi saldi.

Diversamente non ha prodotto i contratti di conti anticipi ed i contratti di apertura di credito in conto corrente e in conto anticipi.

Con riguardo ai contratti di conti anticipi si chiarisce che, seppur la giurisprudenza di legittimità abbia attribuito agli stessi natura di *“mera evidenza contabile dei finanziamenti per anticipazioni su crediti concessi dalla banca al cliente, annotandosi in esso in “dare” le anticipazioni erogate al correntista ed in “avere” l'esito positivo della riscossione del credito, sottostante agli effetti commerciali presentati dal cliente”* (cfr. Cass. civ., Sez. I, sentenza n. 13449 del 20/06/ 2011), secondo il maggioritario e più recente orientamento della Corte di Cassazione, essi costituiscono rapporti giuridici autonomi, a sè stanti rispetto al conto corrente ordinario (cfr. di recente Cass. civ., sez. I, sentenza n. 10516 del 20/05/2016), con la conseguenza che presuppongono autonome pattuizioni ed in difetto di prova delle convenzioni pattuite in deroga al modello legale, ai fini della verifica della legittimità degli addebiti, non potrà che applicarsi il regime di legge.

Analoghe considerazioni si impongono con riguardo ai contratti di apertura di credito in conto corrente e in conto anticipi: ed invero, pur essendo noto all'intestato Tribunale il principio affermato dalla Corte di Cassazione secondo cui le condizioni economiche di un contratto di apertura di credito non necessariamente devono essere recepite in un contratto redatto per iscritto ben potendo essere già previste e disciplinate da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto (così si veda Cass. civ., sez. I, sentenza n. 27836 del 22/11/2017), nel caso di specie non vi è traccia di alcun testo contrattuale dalla lettura del quale emerga il regolamento economico dei contratti di apertura di credito dedotti in atti, con la conseguenza che, anche con riferimento ad essi, dovranno trovare applicazione i parametri di legge: non c'è chi non veda come la produzione dei contratti relativi ai conti anticipi effettuata dal CTP di parte opposta solo in sede di osservazioni alla perizia è certamente tardiva e come tale non utilizzabile ai fini del decidere.



Sulla scorta di tali rilievi ed in conformità al quesito formulato con ordinanza del 13/06/2017, il CTU ha condotto la sua indagine peritale e le conclusioni dello stesso meritano di essere condivise atteso che la relazione risulta dettagliata, adeguatamente motivata, nonché sorretta da argomentazioni logiche convincenti ed aderenti alla documentazione versata in atti ed analizzata. Ed invero, quanto alle modalità di indagine, il CTU:

- con riguardo alla capitalizzazione degli interessi, ha applicato, per quanto concerne il contratto di conto corrente ordinario (l'ipotesi da prendere in considerazione è quella sub 2) il regime convenzionalmente pattuito (ossia quello della capitalizzazione trimestrale reciproca) e con riguardo ai contratti di conto anticipi, il regime della capitalizzazione semplice (ossia nessuna capitalizzazione) per gli interessi a debito per il correntista ed il regime della capitalizzazione annuale per gli interessi a credito per il correntista;

- con riferimento al saggio degli interessi attivi e passivi, ha applicato a) *“i tassi BOT per i saldi debitori per il correntista”* e b) *“il tasso pattuito nel contratto di conto corrente per i saldi creditori per il correntista, salvo gli effetti dello ius variandi validamente pattuito e le migliori condizioni applicate in estratto conto a favore del correntista”*. Con riguardo al caso sub a), ha specificato, peraltro anche in risposta alle osservazioni del CTP di parte opposta, che tale modalità di calcolo è stata disposta in quanto *“il tasso di interesse pattuito si riferisce al caso di sporadici scoperti di conto, mentre nel caso di specie ci troviamo di fronte ad una vera e propria apertura di credito in conto corrente non regolata per iscritto in quanto in atti non è stato rinvenuto il relativo contratto di apertura di credito”*. Il CTU ha invero aggiunto che *“il rapporto si è sostanziato in un'apertura di credito in conto corrente e non (solo) in un semplice deposito in conto corrente, poiché, come si evince chiaramente dagli estratti conto prodotti, il cliente ha attinto, con continuità e costanza, dall'affidamento bancario messo a disposizione dall'istituto bancario.”* (cfr. pag. 11 relazione peritale). Con riguardo al caso sub b) invece, ha aggiunto che *“ha applicato i tassi (sostitutivi) BOT dei dodici mesi precedenti ogni chiusura trimestrale del conto, avendo cura di usare i tassi BOT massimi per i saldi attivi per il correntista ed i tassi BOT minimi del periodo di riferimento per i saldi attivi per il correntista ed i tassi BOT minimi del periodo di riferimento per i saldi attivi per l'istituto di credito”*;

- quanto alle commissioni di massimo scoperto, ha accertato che rispetto alle stesse è stata pattuita la misura (pari all'1%) ma non le modalità e la periodicità del calcolo ed in conformità al quesito peritale sono state escluse dal calcolo;

- quanto ai giorni valuta, ha verificato la mancata pattuizione degli stessi, conseguentemente,



come da quesito peritale, ha effettuato il ricalcolo degli addebiti tenendo conto delle date contabili delle singole operazioni;

- con riguardo al TEGM, premesso di aver potuto verificare l'eventuale superamento del tasso soglia solo in relazione al contratto di conto corrente ordinario, stante l'assenza della contrattualistica inerente ai conti anticipi, e specificando le istruzioni della Banca d'Italia ante e post 2009, la formula di calcolo applicata ed i costi collegati all'erogazione del credito inclusi nell'operazione (peraltro offrendo puntuali e convincenti repliche alle osservazioni del CTP di parte opposta sul punto, *cfr.* pag. 14 ss risposta alle osservazioni), ha accertato il superamento del tasso soglia con riferimento a cinque trimestri (secondo trimestre 2007, terzo trimestre 2007, secondo trimestre 2009, secondo trimestre 2010, terzo trimestre 2010) e pertanto di aver effettuato il ricalcolo degli addebiti azzerando, in tali trimestri, la remunerazione del credito (interessi passivi) ed i costi connessi (spese istruttoria fido, spese di liquidazione trimestrale del conto, recupero spese per mancanza fondi).

Dalle rielaborazioni così compiute è risultato che, con riguardo al contratto di conto corrente ordinario, il correntista ha registrato un saldo positivo di € 48.017,79 e con riferimento ai contratti di conto anticipi un saldo negativo complessivo di € 1.298.207,57.

Va da sé che l'istituto di credito vanta un credito di € 1.250.189,78, oltre interessi decorrenti da ogni singola scadenza sino all'effettivo soddisfo.

5.2. Contratti di swap.

Con riferimento alle doglianze espresse da parte opponente in merito ai contratti di swap, si evidenzia che è stata documentata in atti la stipulazione da parte di XXXXXXXXXX di due contratti di swap denominati CAP IN&OUT regolati sui conti correnti speciali n. 3976840 e n. 3976845: lo stesso CTU ha evidenziato che *“è stata rispettata la forma scritta sia dei contratti specifici che dell'accordo quadro, validamente sottoscritti dal cliente.”* (*cfr.* pag. 32 relazione peritale).

Parte opponente, sostanzialmente, ha contestato all'istituto di credito di aver fatto sottoscrivere alla società investitrice contratti fortemente rischiosi dal punto di vista finanziario, ciò senza averle fornito adeguate informazioni sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione e nella consapevolezza che la stessa non aveva la qualifica di operatore qualificato: deducendo la natura imperativa ed inderogabile delle disposizioni di legge applicabili in materia, ha chiesto dichiararsi la nullità del contratto ovvero la risoluzione dello stesso per inadempimento degli obblighi di correttezza e buona fede, oltre la condanna di parte opposta al



risarcimento di tutti i danni patrimoniali patiti.

Evidenziato che nel caso di specie non è stato prodotto il questionario di cui all'art. 28 co. 1 lett.

a) Reg. Consob n. 11522/1198 e sulla scorta delle risultanze probatorie non è dato comprendere se la società abbia o meno i connotati di 'operatore qualificato', con riguardo alla censura relativa alla violazione degli obblighi informativi, si osserva che la dedotta nullità, in mancanza di espressa previsione di legge, si determina unicamente in caso di violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto, non anche quando le norme violate, seppure imperative, attengono al comportamento dei contraenti, tanto che, a tal proposito, la Corte di Cassazione ha sancito che *“La violazione dei doveri di informazione del cliente che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. contratto quadro); può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria.”* (in tal senso cfr. Cass. civ., Sez. Unite, sentenza n. 26725 del 19/12/2007).

Ed invero, come autorevolmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418 co. 1 cod. civ., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi (cfr. Cass. civ., sez. I, sentenza n. 19024 del 29/09/2005, la quale, in applicazione a siffatto principio, ha escluso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti, concernente i contratti aventi ad oggetto la compravendita di valori mobiliari, cagioni la nullità del negozio, poichè essi riguardano elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione. Negli stessi termini, più di recente, si veda Cass. civ., sez. VI-3, ordinanza n. 25222 del 14/12/2010 e Cass. civ., sez. I, sentenza n. 8462 del 10/04/2014).

Ciò detto, con riguardo agli obblighi informativi si rammenta che la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che *“Nella prestazione di servizi di investimento, la norma dell'art. 21 TUF impone*



all'intermediario di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, avuto riguardo alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente. Al fine di assolvere tale obbligo in relazione alla singola operazione di investimento, l'intermediario deve fornire indicazioni idonee a descriverne la natura (la quantità e la qualità dei prodotti in questione), ed a rappresentarne la specifica rischiosità.” (così Cass. civ., sez. I, ordinanza n. 4727 del 28/02/2018); ancora che *“Nella prestazione di servizi di investimento, l'intermediario deve fornire al cliente informazioni concrete e specifiche, ritagliate sul prodotto oggetto della singola operazione; tale obbligo deve essere assolto indipendentemente dalla familiarità del cliente con quel genere di operazioni, ed a prescindere dal peso dell'investimento rispetto al patrimonio complessivamente investito.”* (si veda Cass. civ, sez. I, ordinanza n. 3914 del 16/02/2018, n. 3914).

In punto di onere probatorio, la Corte di Cassazione ha specificato che *“Nei giudizi risarcitori promossi dagli investitori contro gli intermediari, l'investitore è tenuto ad allegare specificamente la violazione degli obblighi informativi, ed a fornire la prova del danno cagionato dall'operazione. L'onere della prova circa l'adempimento di tali obblighi è imposto inderogabilmente a carico dell'intermediario, e deve consistere nella prova positiva della diligenza richiesta dall'art. 21 TUF. Nel caso di mancato assolvimento di tale onere probatorio, al riscontro dell'inadempimento consegue l'accertamento in via presuntiva del nesso causale tra detto inadempimento ed il danno patito dall'investitore.”* (Cass. civ., sez. I, ordinanza n. 4727 del 28/02/2018): ed invero, aggiunge la Corte di Cassazione, *“La violazione degli obblighi di informazione del cliente, rispetto ad una singola operazione, ingenera una presunzione di riconducibilità di tale scelta di investimento all'intermediario, ai sensi del combinato disposto degli artt. 21 e 23 d. lgs. 58/1998 (TUF), come arricchito dalla disciplina del reg. consob 11522/1998; l'intermediario è dunque responsabile del danno patito dal cliente, se non offre la prova positiva di sopravvenienze idonee a deviare il corso della catena causale definita da tale combinato normativo.”* (così Cass. civ, sez. I, ordinanza n. 3914 del 16/02/2018).

Rassegnato in termini siffatti il panorama giurisprudenziale in materia, si osserva che nel caso di specie parte opponente non solo ha genericamente allegato la violazione degli obblighi informativi da parte della BANCA _____ non ha comunque provato (ma, ad onor del vero, nemmeno allegato) il danno patito in conseguenza del presunto inadempimento dell'istituto di credito: parte opponente si è limitata a dedurre che i conti correnti speciali collegati ai contratti di swap hanno riportato un saldo negativo di complessivi € _____



45.000,00 e si esclude che il saldo negativo possa costituire *sic et simpliciter* la posta di danno risarcibile in controversie siffatte.

Va da sé che, *in parte qua*, la domanda di parte opponente non merita accoglimento e che la stessa deve essere condannata a corrispondere all'istituto di credito l'importo predetto oltre interessi decorrenti da ogni singola scadenza sino all'effettivo soddisfo.

5.3. Altre domande risarcitorie.

Parimenti è generica e non provata la domanda di risarcimento del danno derivante dalla segnalazione alla Centrale Rischii, considerato che nessuna istanza istruttoria è stata articolata in merito. Deve pertanto essere rigettata la domanda riconvenzionale di risarcimento del danno.

6.

Ogni altra questione è assorbita.

7.

Dall'accoglimento parziale dell'opposizione discende, ai sensi dell'art. 653 co. 1 cod. proc. civ., la revoca del decreto ingiuntivo n. 211/2011 emesso dall'intestato Tribunale in data 21/04/2011.

8.

Le spese di lite ai sensi dell'art. 91 cod. proc. civ. seguono il principio della soccombenza, e pertanto, vanno poste integralmente a carico di parte opponente, così come liquidate in dispositivo secondo il DM 55/2014 (aggiornato al DM 37/2018), tenuto conto del valore della controversia e dei valori tabellari medi previsti per ciascuna fase.

Alla stessa stregua le spese di CTU già liquidate con decreto del 21/03/2018 sono poste definitivamente a carico di parte opponente.

P.Q.M.

Il Tribunale di Crotona, nel contraddittorio delle parti, in composizione monocratica, ogni diversa e ulteriore istanza, eccezione e deduzione disattesa:

1. dichiara la contumacia di FALLIMENTO “S
FALLIMENTO “ ”,
”;
2. accoglie parzialmente l'opposizione e per l'effetto revoca il decreto ingiuntivo n. 211/2011 emesso dal Tribunale di Crotona in data 21/04/2011;
3. condanna



in qualità di fideiussori di _____, al
pagamento in favore di parte opposta della somma di € 1.250.189,78 oltre interessi come
indicato in parte motiva;

4. condanna

in qualità di fideiussori di _____, al
pagamento in favore di parte opposta della somma di € 45.000,00 oltre interessi come indicato in
parte motiva;

5. condanna S

in qualità di fideiussori di _____ alla
rifusione delle spese di lite, che liquida a favore di parte opposta, in € 36.145,00 per compensi,
oltre al 15% per le spese forfettarie, IVA e CPA se dovuti;

6. pone definitivamente le spese di CTU a carico di _____ *in bonis*, F

Sentenza esecutiva *ex lege*.

Così deciso in Crotone, 24/01/2019

Il Giudice
Valentina Tumedei

