

# III modulo: redazione della perizia e strategia processuale

Roma, 29 aprile 2020

dott. Amedeo Valente

# Analisi preliminare

## Quali documenti richiedere al cliente?

- Estratti conto;
- Contratto di conto conto corrente;
- Contratti di affidamento.

Per **una prima analisi** porre l'attenzione su:

- Competenze addebitate (interessi, CMS, spese, ecc.) e condizioni praticate (tassi, aliquota CMS, ecc.);
- Periodo interessato;
- Pattuizione delle condizioni economiche.
- Presenza di sconfinamenti (max scoperto > fido);

# Analisi preliminare

## Elementi rilevanti:

- **Competenze complessivamente modeste, inutile proseguire;**
- **Importo complessivo di CMS, comm. affidamento, penali di sconfinamento e CIV addebitate in conto;**
- **C/C a cavallo del 2000 (Delibera CICR 09/02/00) e del periodo 2014-2016;**
- **Pattuizione tasso entro/extra fido, commissioni, spese, giorni valuta, ius variandi;**
- **Sconfinamenti elevati oltre il decennio: rischio prescrizione.**

## Richiesta documentale ex **art. 119 TUB**

**Art. 119 TUB, 4° comma:** *«Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione di tale documentazione.»*

L'inosservanza degli obblighi prescritti dall'art. 119 TUB è sanzionata dall'**art. 144 TUB** (da € 30.000 fino al 10 per cento del fatturato) quando *«le infrazioni rivestono carattere rilevante, secondo i criteri definiti dalla Banca d'Italia, con provvedimento di carattere generale, tenuto conto dell'incidenza delle condotte sulla complessiva organizzazione e sui profili di rischio aziendali.»*

# Richiesta documentale ex **art. 119 TUB**

## Quali documenti richiedere?

L'art. **119 TUB** fa riferimento alla documentazione inerente a singole operazioni eseguite negli ultimi 10 anni.

- Estratti conto ultimi dieci anni (i precedenti comma dell'art. 119 TUB disciplinano l'invio degli estratti conto)
- Contratti di conto corrente e di affidamento.

L'obbligo di consegna del contratto consegue al dovere generale di comportarsi secondo correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.). *«Tra i doveri di comportamento scaturenti dall'obbligo di buona fede vi è anche quello di fornire alla controparte la documentazione relativa al rapporto obbligatorio ed al suo svolgimento.»* (cfr. Cass. n. 12093/01; vedi anche Cass. n. 11004/06 e Cass. n. 6975/20. Nel merito Trib. di Lucca n. 665/19; Corte App. Milano n. 1796/12 in merito all'impossibilità di eccepire il decorso del termine decennale per evitare la consegna del contratto.)

# Esempio richiesta documentale ex **art. 119 TUB**

**OGGETTO: Società YYY. Richiesta documentazione ai sensi dell'art. 119 TUB (D.Lgs. 385/93)**

Con la presente, ai sensi e per gli effetti dell'articolo richiamato in oggetto, in nome e per conto della società YYY che in calce sottoscrive, si richiede copia della documentazione di seguito indicata:

- c/c n. XXX: contratto di conto corrente, i relativi contratti di affidamento e documenti di garanzia a valere su detto conto, nonché gli e/c, completi di movimentazione, scalare e foglio competenze per il II trim. 2000, per il periodo compreso tra il III trim. 2003 ed il IV trim. '05;
- c/c n. XXX: .....
- Contratti, documenti di affidamento ed estratti conto completi di movimentazione, scalare e foglio competenze relativi ad altri rapporti, conclusi o ancora in essere con codesto Istituto

# Esempio richiesta documentale ex **art. 119 TUB**

## **Interruzione prescrizione**

Dalle evidenze documentali al momento disponibili, si riscontra sui rapporti in esame l'illegittima applicazione di anatocismo, tassi ultralegali, giorni valuta, CMS e spese non pattuite, nonché di condizioni debordanti i limiti d'usura e violazioni della normativa di settore in tema di trasparenza e comunicazione al cliente: la documentazione richiesta è necessaria per la quantificazione puntuale delle somme illegittimamente addebitate. Si richiede fin da ora di voler rettificare le appostazioni contabili procedendo a restituire quanto illegittimamente trattenuto.

La presente ha valore di costituzione in mora, rappresenta manifestazione espressa dell'intento di esercitare e far valere i diritti scaturenti dalle posizioni sopra menzionate ed è pertanto da intendersi interruttiva di qualsivoglia prescrizione ai sensi dell'art. 2943 c.c..

## Richiesta documentale ex **art. 119 TUB**

**Spese:** limitate al «costo di produzione» sopportato dall'intermediario (cfr. ABF Collegio di Napoli 22/03/16 n. 2574, 11/02/15 n. 1076 e Collegio di Roma 11/06/10 n. 515) e questo non può subordinare la produzione dei documenti al pagamento delle spese richieste (ABF Collegio di Milano 10/03/17 n. 2609: *«Il cliente ha un diritto pieno all'informazione bancaria, con la conseguenza che i documenti devono essere rilasciati previa la sola richiesta da parte dell'interessato.»*)

## L'art. 119 TUB e l'art. 210 c.p.c.

La richiesta ex **art. 119 TUB** deve necessariamente precedere l'avvio della vertenza?

La Cassazione ha stabilito che *«il titolare di un rapporto di conto corrente ha sempre diritto di ottenere dalla banca il rendiconto, ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 119 anche in sede giudiziaria e attraverso qualunque mezzo si mostri idoneo allo scopo, compreso l'ordine di esibizione, fornendo la sola prova dell'esistenza del rapporto contrattuale...»* (cfr. Cass. n. 31650/19; vedi anche Cass. n. 6975/20, n. 27769/19 e n. 11554/17).

## Documenti per il conteggio

Quali documenti utilizzare per il ricalcolo delle competenze:

- Elenco movimenti e foglio competenze (necessario per prescrizione e giorni valuta);
- Scalare e foglio competenze;
- Foglio competenze.

## Documenti da produrre in giudizio

Quali documenti devono essere prodotti in giudizio?

1. I **contratti**, se disponibili.

La Cassazione ha stabilito che «assunta l'esistenza del contratto scritto di conto corrente, l'attore in ripetizione che allegghi, come nel caso in esame, la mancata valida pattuizione, in esso, dell'interesse debitore, sia onerato di dar prova dell'assenza della causa debendi attraverso la produzione in giudizio del documento contrattuale» (cfr. Cassazione n. 33009/19).

In assenza del documento contrattuale, deve essere eccepita l'assenza di pattuizione scritta delle condizioni economiche in violazione dell'art. 117 TUB e 1284, comma 3 c.c..

Nel succitato procedimento l'attore aveva invece eccepito la nullità della clausola di rinvio agli usi piazza.

# Documenti da produrre in giudizio

Quali documenti devono essere prodotti in giudizio?

## 2. Gli **estratti conto**

- Sono sufficienti gli scalari ed i fogli competenze?

Corte d'Appello di Milano 27/11/19: ha ritenuto attendibile la CTU del primo grado condotta sui fogli competenze e precisato che sebbene in base alla Cass. S.U. n. 15895/19 la banca non abbia l'onere di allegare le rimesse solutorie per eccepire la prescrizione, ha comunque l'onere di provarne l'esistenza (onere allegazione vs onere probatorio).

Corte d'Appello di Milano 24/06/19 n. 2769: non ha considerato corretta la CTU espletata sui fogli competenze ritenendo necessaria la produzione degli estratti conto integrali per la ricostruzione precisa degli addebiti illegittimi e per l'accertamento delle rimesse solutorie/ripristinatorie (in senso analogo Corte App. Milano 22/10/19 n. 4252 e Corte App. Venezia 06/11/19 n. 4824).

## Documenti da produrre in giudizio

Cassazione Ord. n. 14074/18: il giudice di merito può svolgere un accertamento tecnico-contabile per determinare il saldo del conto sulla base dei documenti prodotti in giudizio. In tal caso si tratta di verificare l'attendibilità dell'esito della CTU, questione di fatto insindacabile in sede di legittimità (nel merito sembra sia stato ritenuto affidabile il calcolo effettuato sui fogli competenze).

La Cassazione ha escluso il ricorso a criteri «*presuntivi o approssimativi*» (cfr. Cass. n. 20693/16 e n. 9365/18).

Con la produzione degli estratti conto «*il correntista assolve all'onere di provare sia gli avvenuti pagamenti che la mancanza di causa debendi*» (cfr. Ord. Cass. n. 2435/20).

# Documenti da produrre in giudizio

## Onere della prova

Domanda di ripetizione con onere di provare i pagamenti illegittimi di cui si chiede la restituzione.

Se conto chiuso, i rapporti tra le parti sono stati regolati per cui tutte le competenze sono state pagate.

Se conto aperto: *i)* assume rilevanza l'onere probatorio a carico del correntista di provare i pagamenti effettuati; *ii)* il correntista ha comunque interesse a domandare l'accertamento delle nullità contrattuali e la rideterminazione del saldo (cfr. Cass. 21646/18).

Nel caso in cui sia la banca ad avviare il procedimento giudiziario (D.I.) spetta ad essa depositare gli estratti conto integrali del rapporto al fine di provare il credito vantato (cfr. Cass. n. 13258/17, n. 7972/16, n. 19696/14) .

# Documenti da produrre in giudizio

## Saldo zero solo nel caso in cui ad agire sia la Banca

**Cass. n. 24049 del 26/09/19:** Se è vero, infatti, che è corretto reputare che, quando sia la banca a farsi attrice e a reclamare il saldo risultante dal conto corrente, gravi su di essa l'onere di provare il credito vantato e che si impone perciò la rideterminazione del saldo finale mediante la ricostruzione dell'intero andamento del rapporto sulla base degli estratti conto a partire dalla sua apertura non potendo ritenersi provato il credito in conseguenza della mera circostanza che il correntista non abbia formulato rilievi in ordine alla documentazione prodotta nel procedimento monitorio, altrettanto non è sostenibile in relazione alla **diversa ipotesi in cui sia il correntista ad agire con l'azione di ripetizione, dato che in questo caso grava sul medesimo l'onere di provare la pretesa creditoria fatta valere, attraverso la produzione degli estratti conto relativi all'intero periodo del rapporto a cui si riferisce la domanda d'indebito, in difetto del che non potrà assumersi a base di calcolo il saldo zero** – questo imponendosi, al netto di ogni altra questione, solo se inosservante dell'onere probatorio su di sé gravante sia la banca, non essendo dimostrato in che modo il saldo figurante si sia formato – ma il primo saldo disponibile di cui il correntista abbia dato prova (Cass., Sez. I, 28111/2018, n. 30822)

## Documenti da produrre in giudizio

**E nel caso di azione di ripetizione del correntista con domanda riconvenzionale operata dalla Banca?**

Ipotizzando che la documentazione non sia completa e parta da un saldo debitore, l'onere della prova si ripartisce in base alle rispettive domande e possono rendersi necessari due conteggi:

1. primo conteggio: valutazione dell'azione di ripetizione del correntista, mantenendo il saldo debitore iniziale. Se per effetto dei ricalcoli il conto va a credito, ci si ferma
2. secondo conteggio: se il conto, nel primo conteggio, è a debito, invece, per stabilire l'importo ottenibile in riconvenzionale dalla banca è necessario operare un secondo conteggio che preveda l'azzeramento del saldo iniziale. Se tale secondo conteggio evidenzierà un saldo debitore, sarà quest'ultimo a poter essere preteso dalla banca

## Documentazione incompleta

Dal punto di vista **operativo**, come operare i conteggi se la documentazione contabile è incompleta?

- Se mancano gli estratti conto oltre il decennio, si ricalcolano le competenze degli ultimi dieci anni integralmente documentati;
- Se mancano estratti conto intermedi, si ricalcolano le competenze precedenti al «buco» documentale ed il recupero a favore del correntista viene riportata nel trimestre immediatamente successivo al buco, omettendo qualsiasi ricalcolo o stima per i trimestri non documentati.

# Documentazione incompleta

## Giurisprudenza

Accertata l'invalidità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici, ecc, in caso di assenza di parte della documentazione contabile occorre distinguere tra:

- Giudizio avviato dalla banca: si possono impiegare ulteriori mezzi di prova idonei a fornire informazioni certe e complete per giustificare il saldo debitore maturato all'inizio del periodo documentato ovvero valorizzare altri elementi quali le ammissioni del correntista al fine quantomeno di escludere che nel periodo documento abbiamo maturato un credito imprecisato, elaborando in tal modo i conteggi azzerando il saldo debitore iniziale; in mancanza di tali dati la domanda deve essere respinta;

## Documentazione incompleta

- Giudizio avviato dal correntista: si possono impiegare ulteriori mezzi di prova idonei a fornire informazioni certe e complete per giustificare il saldo iniziale del periodo documentato ovvero ci si può avvalere di elementi che consentano di affermare che nel periodo non documentato il debito sia inesistente o inferiore al saldo iniziale o che addirittura sia maturato un credito per il cliente; diversamente i conteggi devono essere sviluppati partendo dal saldo debitore iniziale (cfr. Cass. n. 11543/19).

## Documentazione incompleta

La Cassazione non specifica il criterio da impiegare in caso di «buchi documentali» tuttavia nell'ord. n. 25373/19 la Suprema Corte ha precisato che *«non è indispensabile la loro acquisizione integrale, essendo sufficiente anche quella parziale, fermo restando, per un verso, che la domanda è sfornita di prova quanto alle pretese restitutorie relative al periodo non coperto dagli estratti e, per altro verso, che il saldo iniziale da prendere in considerazione, ai fini del calcolo del dovuto, è quello risultante dal primo degli estratti acquisiti..»*

Inoltre, qualora il correntista *«limiti l'adempimento ad alcuni aspetti temporali dell'intero andamento del rapporto (...) il giudice può integrare la prova carente, sulla base delle deduzioni svolte dalla parte, anche con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare disponendo una consulenza contabile (Cass. 03/12/18 n. 31187)»* (cfr. Cass. n. 31650/19).

## Altri documenti da depositare

Altri documenti che è opportuno allegare:

- Decreti ministeriali delle soglie d'usura.

I decreti ministeriali, essendo atti amministrativi, non sono soggetti al principio *lura novit curia*, dunque la parte che contesta l'usurarietà di un contratto deve depositarne copia in giudizio, né sono sufficienti i comunicati della Banca d'Italia (cfr. Cass. n. 2543/19).

- Report Centrale Rischi della Banca d'Italia al fine di provare l'esistenza di affidamenti per contrastare eccezione prescrizione.
- Corrispondenza intercorsa con la banca.

# La redazione della perizia

## Premessa

Sono indicati i rapporti oggetto di analisi e si anticipa sinteticamente l'esito dell'esame peritale (ad es. è stata accertata l'applicazione di interessi ultralegali non pattuiti, anatocistici, usurari, ecc.)

## Riferimenti normativi

Sono esposti in maniera sintetica gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali alla base dell'analisi peritale e dei criteri di calcolo impiegati

(utili anche al legale che dovrebbe strutturare la citazione sulla base della consulenza tecnica)

# La redazione della perizia

## Documentazione esaminata

Si procede ad elencare la documentazione contrattuale disponibile precisando le condizioni economiche in essa contenute, nonché la documentazione contabile esaminata evidenziando eventuali lacune.

La puntuale indicazione della documentazione messa a disposizione dal cliente ha funzione anche di garanzia nei confronti del professionista che redige la perizia (tutelato in caso di produzione documentale dell'intermediario successiva alla redazione della perizia, ad es. contratti)

# La redazione della perizia

## Esposizione delle contestazioni

Vengono esposti gli esiti dell'analisi peritale evidenziando le criticità e violazioni della normativa di riferimento riscontrate con la relativa sanzione (es. assenza di pattuizione dei tassi con conseguente applicazione dei tassi legali o tassi ex art. 117 TUB, anatocismo illegittimo sostituito con il regime di capitalizzazione semplice, usura, ecc.)

È sempre più frequente la richiesta dei Tribunali relativa alla specificità delle contestazioni, che si traduce ad esempio nella richiesta di:

- eliminare solo le spese precisamente indicate;
- esaminare la legittimità delle sole variazioni sfavorevoli puntualmente contestate

# La redazione della perizia

## Esposizione dei risultati del ricalcolo

Dopo aver esposto le singole contestazioni, si riepilogano i criteri di calcolo impiegati per il ricalcolo del saldo del conto (es. applicazione dei tassi legali in regime di cap. semplice annullando gli oneri non convenuti) evidenziando alla data di riferimento del ricalcolo il saldo della banca, il nuovo saldo ricalcolato e la differenza fra di essi (il saldo ricalcolato al 30/09 è pari a XXX in luogo del saldo computato dalla banca di YYY, per una differenza di XY in favore del correntista)

# La redazione della perizia

## Sintesi e conclusioni

Sono indicati i rapporti esaminati e riepilogato sinteticamente l'esito dell'analisi peritale specificando le criticità e irregolarità riscontrate ed infine viene indicato il risultato del ricalcolo peritale.