

Risposte domande III approfondimento – “I contratti bancari. Questioni aperte” del 6 maggio 2020

Di seguito le risposte ai quesiti formulati nel corso dell'incontro, molti dei quali riscontrati durante il webinar, cui si rinvia (registrazione).

Sergio Sirna "Buongiorno, nel caso di finanziamenti, quando viene indicato il TAEG in maniera errata perché non è stato inserito il premio di assicurazione nel relativo conteggio, si può parlare di informazione non corretta, non chiara e neanche esauriente? quindi c'è una violazione della trasparenza bancaria, oppure la banca può difendersi dicendo di aver inserito nel contratto il costo del premio assicurativo?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Il premio di assicurazione (si discute se obbligatorio o facoltativo) deve essere, di regola, indicato nel TAEG, soprattutto nel credito ai consumatori*

Riccardo Martines “un contratto non sottoscritto dal cliente è valido?”

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *NO; Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar*

Edmondo Torino “ma cosa accade invece se ho il contratto di apertura di credito in conto corrente ma non ho il contratto di conto corrente?”

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar*

Edmondo Torino “la nullità del c/c per violazione dell'art. 117 tub produce i suoi effetti anche sul contratto successivo di apertura di credito?”

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar; dell'apertura di credito 'ospitata' nel c/c devono essere indicate, ai fini della sua validità, le condizioni non solo giuridiche ma soprattutto economiche di operatività*

Edmondo Torino ma se sull'estratto conto risulta il tasso d'interesse intra ed extrafido ..potrei utilizzarlo per dimostrare l'esistenza di un "fido di fatto"?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si, è considerato dalla giurisprudenza uno dei 'sintomi' dell'esistenza di un fido di fatto*

Anonimo “il documento di sintesi con l'indicazione dei tassi di interesse datato (circa 15 giorni prima) anteriormente al contratto di apertura di conto corrente, può sanare la mancanza dei tassi nel contratto stesso, il quale a sua volta fa riferimento per la sua operatività a delle ""Norme contrattuali"" depositate presso un Notaio?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *È nel contratto che, ex art. 117, comma 4, TUB, devono essere indicati tasso di interesse, prezzi e condizioni del finanziamento*

Riccardo Martines "se manca il contratto di apertura di conto corrente ma è presente il contratto di apertura di credito, le pattuizioni economiche in esso contenute sono ovviamente valide?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si, l'apertura di credito è un contratto bancario che rientra nel perimetro di operatività dell'art. 117 TUB*

Davis Eros Cutugno "In caso di mutui fondiari, se la Banca applica condizioni economiche più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate on line, (sul proprio sito web o di terzi), può il mutuatario invocare la tutela dell'art. 117, comma 6, TUB e, quindi, l'applicazione dei Tassi BOT? Può salvare la Banca da tale sanzione, la circostanza che sull'annuncio commerciale sia specificato che il preventivo on-line non è impegnativo è che gli interessi pubblicizzati sono da considerarsi indicativi e non costituiscono un'offerta da parte della Banca?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar. L'art. 117, comma 6, TUB e le Istruzioni di Trasparenza bancaria di Banca d'Italia prevedono che le clausole formalizzate nel contratto di finanziamento devono essere le stesse che hanno costituito oggetto di pubblicità precontrattuale (art. 116 TUB), salvo che risultino più favorevoli al cliente: sono nulle le clausole contrattuali che prevedano condizioni (economiche e normativo-disciplinari) più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate dall'intermediario (art. 117, comma 6, TUB). Al riguardo, ai fini di un'eventuale verifica delle condizioni pubblicizzate rispetto a quelle stipulate, occorre ricordare che gli intermediari sono tenuti alla « conservazione agli atti dei documenti comprovanti le informazioni pubblicizzate » (art. 116, comma 3, TUB) e che « copia dei fogli [informativi] è conservata dall'intermediario per cinque anni » (Delibera CICR 4.3.2003).*

davide cappabianca "CIRCA LA DETERMINAZIONE DEL TAEG/ISC .. QUANDO E QUANTO PUO' CONSIDERARSI RILEVANTE IL RISULTATO DI UN CALCOLO CHE SI DISCOSTA DA QUELLO INDICATO IN CONTRATTO ... DUNQUE SE IN CONTRATTO E' RIPORTATO UN TAEG/ISC PARI AL 5% MA DAI CALCOLI SI DETERMINA UN RISULTATO DI 5,8% CHE IPOTESI SI DETERMINA..?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar: una differenza di 0,80% appare comunque significativa*

Alessandra Lo bello l'art. 124 nella versione previgente del TUB non trova applicazione nel periodo antecedente al 2010 con il medesimo effetto sanzionatorio nel caso di difformità del TAEG/ISC indicato in contratto? rispetto all'art.125 bis intendo

RISPOSTA ASSOCTU: *ad avviso dell'ABF, l'art. 124 va interpretato alla stregua del successivo art. 125bis, con le medesime implicazioni sanzionatorie (cfr. ABF*

davide cappabianca MA E' PREVISTO UN MARGINE PER CUI IL RISULTATO SI PUO' DISCOSTARE...?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar (secondo l'ABF uno scostamento inferiore allo 0,20% non è considerato significativo)*

Studio Legale Namio “Complimenti, Fabio. Volevo tornare un attimo sul c.d. Monofirma. Alcune banche (specie finanziarie) fanno sottoscrivere e consegnano copia al cliente di una “richiesta di finanziamento”. A questa, solitamente segue, l’erogazione della somma ma non la comunicazione dell’accettazione (in spregio all’art. 1326 c.c.). Ritieni in questo caso rispettati i requisiti del Monofirma. Grazie sempre. A presto”

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Ciao Francesco. Andrebbero verificati i contenuti della 'richiesta di finanziamento'. In argomento, come ben sai, il principio di diritto enunciato dalle Sez. Unite n. 898/2018 è il seguente: « Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall’art. 23 del D.Lgs. 24.2.1998, n. 58/1998, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell’investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell’intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti ».*

Edmondo Torino ma il TAEG/ISC ha un peso e delle conseguenze completamente differenti a seconda che ci ritrovi a difendere un consumatore o una società?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar: il TAEG è espressamente disciplinato (precetto + sanzione) nel credito ai consumatori*

Fabrizio Mirko La mancata indicazione del tasso mora all' interno del contratto di mutuo può comportare la nullità parziale dei soli interessi moratori o la sostituzione al tasso legale dei medesimi o il tasso TAEG BOT dell'intero finanziamento ai sensi dell'art. 117 TUB?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Ex art. 117 TUB la mancata indicazione del tasso determina l'applicazione del tasso BOT (nella fattispecie, limitatamente al tasso di mora)*

Ezio Donegatti “avv. Fiorucci, buona sera. Ci può dire qualcosa sui cosiddetti contratti di mutuo condizionati ovvero contratti la cui efficacia sia subordinata al compimento di una serie di adempimenti e che perciò si caratterizza per una erogazione sempre successiva alla stipula.”

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *La tematica sarà trattata nell'approfondimento del 5 giugno p.v., cui rinvio*

Maria Elena D'Oronzo “A seguito di ingiunzione alla consegna del contratto di c/c con condizioni economiche, contratto di affidamento oltre agli e/c dall'apertura sino all'estinzione, la banca ha consegnato unicamente gli e/c completi affermando che il rapporto è estinto da oltre un decennio e che è ormai decorso il termine di conservazione decennale e nulla è più disponibile. Orbene, il c/c è

stato estinto il 24/11/2010 e comunque le azioni esperite (pec di richiesta documentazione e ricorso per D.I.) hanno interrotto i termini. In questo caso converrebbe insistere nella richiesta oppure procedere alla elaborazione della CTP rilevando l'assenza del contratto con il ricalcolo al tasso legale (visto che sussisterebbe il pericolo di vedere depositato il contratto che oggi la banca afferma non essere più disponibile). Grazie"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *La tematica sarà trattata nell'approfondimento del 13 maggio p.v., cui rinvio*

Davis Eros Cutugno “In caso di mutui fondiari, se la Banca applica condizioni economiche più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate on line, (sul proprio sito web o di terzi), può il mutuatario invocare la tutela dell'art. 117, comma 6, TUB e, quindi, l'applicazione dei Tassi BOT? Può salvare la Banca da tale sanzione, la circostanza che sull'annuncio commerciale sia specificato che il preventivo on-line non è impegnativo è che gli interessi pubblicizzati sono da considerarsi indicativi e non costituiscono un'offerta da parte della Banca?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar. L'art. 117, comma 6, TUB e le Istruzioni di Trasparenza bancaria di Banca d'Italia prevedono che le clausole formalizzate nel contratto di finanziamento devono essere le stesse che hanno costituito oggetto di pubblicità precontrattuale (art. 116 TUB), salvo che risultino più favorevoli al cliente: sono nulle le clausole contrattuali che prevedano condizioni (economiche e normativo-disciplinari) più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate dall'intermediario (art. 117, comma 6, TUB). Al riguardo, ai fini di un'eventuale verifica delle condizioni pubblicizzate rispetto a quelle stipulate, occorre ricordare che gli intermediari sono tenuti alla « conservazione agli atti dei documenti comprovanti le informazioni pubblicizzate » (art. 116, comma 3, TUB) e che « copia dei fogli [informativi] è conservata dall'intermediario per cinque anni » (Delibera CICR 4.3.2003).*

Gelsomina Marsillii a seguito di richiesta ex art.117-119 TUB la banca ha fornito il contratto di c/c ante 2000 asserendo che purtroppo non è più in possesso del contratto di apertura di credito...come approntare il giudizio in relazione all'onere della prova e per evitare le contestazioni sulle rimesse solutorie?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *La tematica sarà trattata nell'approfondimento del 13 maggio p.v., cui rinvio*

Ezio Donegatti In altre parole credo che quello non possa costituire un valido titolo per sostenere una procedura esecutiva. E' corretto?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *La tematica sarà trattata nell'approfondimento del 5 giugno p.v., cui rinvio*

Riccardo Martines la nullità dei tassi di interessi dovuto allo scostamento del TAEG/ISC rispetto al reale vale anche per il credito ai non consumatori?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar (solo nel credito ai consumatori ci sono espresse previsioni normative al riguardo: art. 125 bis TUB)*

Fabrizio Mirko C'è differenza tra il TAEG e l'ISC?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Schematizzando: sostanzialmente identificano la stessa situazione ma con denominazione diversa in base alla tipologia di contratto di finanziamento*

Ciriaco Sassi "Se manca contratto apertura di credito, e quindi accordato non è contrattualizzato ma di fatto concesso in corso di rapporto (non come semplice scoperto di valuta ma come accredito costante e prolungato nel tempo, con applicazione di cms, tassi debitori differenziati ed altri elementi che possano in buona sostanza far ritenere altamente plausibile l'esistenza di un fido di fatto), in ipotesi di azione promossa dal correntista (di ripetizione o di accertamento del saldo finale) come individuerrebbe Lei Avvocato Fiorucci la misura dell'accordato ai fini della verifica delle rimesse solutorie?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Parte della giurisprudenza, in ipotesi simili, ha valorizzato le risultanze della Centrale dei Rischi quale "prova privilegiata di natura confessoria" (ad es. Trib. Firenze 29.11.2018; Trib. Milano 29.11.2017)*

Riccardo Martines perchè spesso trovo nei contratti di mutuo l'ISC? non dovrei trovare il TAEG?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *La denominazione è cambiata nel corso degli anni ma sostanzialmente TAEG e ISC identificano la stessa cosa (indicatore costo del finanziamento)*

Ezio Donegatti "Molto spesso nei contratti di mutuo il Taeg viene determinato con riferimento ad uno spread rispetto all'euribor arrotondando il risultato ottenuto anche allo 0,10 % superiore. Può costituire condizione di indeterminatezza?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Non mi è chiarissimo il quesito: possiamo riparlare, naturalmente (il TAEG/ISC è un paniere di costi predefiniti)*

Davis Eros Cutugno "Potrei avere i riferimenti precisi dell'obbligo di conservazione quinquennale della documentazione precontrattuale da parte della Banca? Inoltre, nella documentazione precontrattuale possono annoverarsi anche le email con cui mutante e mutuatario discutono le condizioni?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): *Si rinvia alle risposte precedenti*

Fabrizio Mirko se non viene data prova della consegna di un contratto comunque sottoscritto si applica comunque il TAEG BOT ai sensi dell'art. 117 TUB?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): Schematizzando. La mancata consegna del contratto di finanziamento assume particolare rilievo operativo soprattutto nel cd. contratto monofirma: secondo le Sez. Unite n. 898/2018 la consegna di copia del contratto concorre al perfezionamento del contratto monofirma. Se il contratto è sottoscritto da entrambi i contraenti, secondo l'orientamento prevalente la mancata consegna non inficia la validità del contratto.

Gianluca Perna "Ho un contratto di apertura di un conto corrente che prevede, oltre alla disciplina normativa dell'apertura di credito, anche le condizioni economiche nel caso di eventuale concessione di affidamento (tasso di interesse su utilizzi a valere su apc per elasticità di cassa, per anticipi commerciali). Nel contratto di accensione del conto corrente bancario, non è tuttavia indicato né l'importo dell'affidamento né la durata. La banca concede poi un affidamento al correntista, a revoca, con un determinato limite, alle condizioni economiche indicate nel modulo di accensione del conto corrente bancario, senza che tuttavia sia formalizzato un contratto scritto riguardante limiti e durata dell'apc. Cosa ne pensa?"

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): Da quello che sembra di capire, dell'apertura di credito (nella fattispecie 'ospitata' nel c/c) sono indicate le condizioni di utilizzo ex ante

DOMANDE VIA MAIL (G. PERNA)

- 1) Conto corrente acceso dopo l'entrata in vigore della L. 154/1992. Il contratto di conto corrente non è stato prodotto e non è stato prodotto nemmeno il contratto di apertura di credito in c/c.

Appare evidente, tuttavia, anche dall'esame degli estratti conto, agli atti, che il correntista è stato costantemente affidato.

Non trovo vantaggioso eccepire la nullità del contratto di conto corrente e tantomeno del contratto di apertura di credito in conto corrente per difetto di forma scritta, ma preferisco, strategicamente, domandare l'accertamento della nullità delle clausole poste a fondamento delle competenze bancarie (perché mancanti di opportuna pattuizione per iscritto). Domando dunque la rideterminazione del saldo previa esclusione delle commissioni e spese (illegittime) e l'applicazione del tasso legale ex art. 1284 cod. civ. Non ritengo possa operare il 117 co 7 lettera a) TUB perché opera solo nei casi di nullità previsti dal comma 6) o di mancata indicazione ai sensi del comma 4) e, come abbiamo già detto, il contratto scritto non c'è.

A fronte di una eccezione di prescrizione che certamente la banca solleverà per il periodo antecedente al decennio, ritenete sostenibile la tesi del fido di fatto con la conseguenza che tutte le rimesse in conto debbano assumere natura ripristinatoria?

Dopotutto la nullità è relativa e l'inesistenza del contratto di conto corrente e di apertura di credito in conto corrente, certamente non possono "giocare" a vantaggio di chi avrebbe dovuto rispettare il requisito di forma prescritto per legge (cioè della Banca). Così c.d.Appello Bologna 2920/2018 (che tuttavia si pronuncia in merito ad un rapporto acceso ante 1992) "Deve infine osservarsi, che provata l'esistenza di un affidamento, fornita anche solo mediante le comunicazioni periodiche inviate ai correntisti dalla Banca, è **precluso a quest'ultima eccepire la nullità del contratto per difetto di forma scritta, atteso che la norma è posta a tutela del solo cliente e non a favore della Banca e se gli accordi tra le parti prevedevano**

degli interessi convenzionali maggiori di quelli legali, la Banca avrebbe dovuto provarlo mediante la produzione della relativa pattuizione in forma scritta e non dolersi perché il contratto non era stato prodotto dall'appellata" .

Cosa ne pensate?

- 2) Ho visto accordi di modifica consensuale di condizioni economiche sottoscritte dal correntista (v. esempio in allegato), nelle quali si prevedevano, tra le altre, condizioni economiche con decorrenza retroattiva. L'obiettivo della banca mi pare fosse essenzialmente quello di sanare il pregresso, tanto che in un paio di circostanze, dietro contestazioni circa l'illegittima applicazione di condizioni economiche non previamente pattuite per iscritto, la banca ha affermato che quegli accordi, stipulati successivamente all'applicazione di quelle condizioni, avessero anche funzione di ratifica per il pregresso..... Tali accordi possono avere a riferimento tassi di interesse ma anche condizioni economiche diverse, come ad esempio la commissione su accordato. Per le commissioni su accordato, tra l'altro, credo si debba fare un ragionamento ulteriore a seconda se fosse o meno stata idoneamente convenuta la clausola istitutiva (o se fosse stata idoneamente introdotta ex art. 118 TUB). Premesso che a mio avviso, una ratifica a posteriori con uno stratagemma del genere è comunque contrario a buona fede e correttezza ed anche ai principi che sono posti a fondamento dell'intera normativa sulla trasparenza bancaria (a tutela del cliente bancario), ho letto in una diapositiva di oggi che l'atto scritto concernente la stipulazione degli interessi in misura superiore a quella legale è costitutivo del relativo rapporto obbligatorio, a norma dell'art. 1284 cc, e che è privo di rilevanza giuridica il riconoscimento che di esso il debitore faccia ex post" (Cass. 10516/2016; Cass. 11466/2008; Cass. 266/2006). Mi chiedo se, sulla base di questo principio, fosse altresì illegittimo convenire con effetto retroattivo l'applicazione di una diversa condizione economica (ad esempio la commissione su accordato):
 - caso a) ad una aliquota diversa e superiore rispetto a quella pattuita per iscritto in precedenza (ma ovviamente uguale a quella in concreto applicata, dunque con lo scopo di ratificare il pregresso)
 - caso b) se in precedenza non era nemmeno stata pattuita la clausola istitutiva della condizione economica (e qui, per la banca, la vedo anche più dura da spuntare...)
- 3) vorrei segnalare che prima dell'entrata in vigore del 125 bis TUB in materia di credito al consumo e del regime sanzionatorio ivi previsto nel caso di errata/mancata indicazione del TAEG, era vigente il 124 TUB e che ABF riconosce la contemporanea applicazione del comma 4 e 5 di questo articolo, con sostanzialmente i medesimi effetti. Non mi ricordo se era stato accennato
- 4) vedo che in tema di ISC TAEG sui mutui c'è corposa giurisprudenza di merito che abbraccia un orientamento o l'altro, ma tutta di primo grado. Nessuna sentenza di una qualsiasi corte di appello o di una corte di legittimità?
- 5) sappiamo che l'esame di usurarietà di un tasso di interesse deve essere compiuto al momento della pattuizione e che equivale a nuova pattuizione anche la variazione unilaterale attuata ex art. 118 TUB. Viceversa sarebbe molto semplice, per la banca, eludere la normativa antiusura. Ora c'è da domandarsi come un tasso di interesse nullo ex art. 1815 co 2 cod. civ. possa essere nuovamente variato ai sensi del 118 TUB. A mio avviso, invece, una volta che sia stata accertata la nullità di un tasso di interesse perché usurario, si deve necessariamente passare da

una nuova pattuizione per iscritto tra le parti. Se non altro perché ex art. 118 TUB si possono soltanto variare condizioni economiche validamente pattuite in precedenza. Concordate?

6) ancora sullo ius variandi: CMS da 0,00% (preciso impegno a non imporre costi di quel genere) a 0,50%. Introduzione ex novo di clausola/condizione economica? Secondo me sì dunque non si può fare ex art. 118 TUB.

Canone mensile da 0 a 3 euro introduzione ex novo di clausola/condizione economica? Secondo me sì, dunque non si può fare ex art. 118 TUB.

Concordate?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): Parte degli interessanti quesiti sono riscontrati nelle slides e nelle risposte fornite durante il webinar, cui si rinvia. La pattuizione di tutte le condizioni economiche (interessi, commissioni e spese) deve essere ex ante. Per il rimanente, si tratta di tematiche (fido di fatto, usura) che esulano dall'argomento del webinar e che, in questa sede, non è possibile compiutamente riscontrare.

DOMANDE VIA MAIL (R. IANNONE)

- Mutui ipotecari esclusi (*ratione temporis*) da disciplina TAEG credito al consumo (art. 125 bis TUB), cfr. art. 122 TUB: finanziamenti destinati acquisto immobile o garantiti da ipoteca su immobile (ex multis ABF 6789/2016, 4439/2017; Trib. Torino 19.10.2017; Trib. Tempio Pausania 15.9.2017; Trib. Bologna 8.2.2018)

facendo riferimento al punto di cui sopra si afferma Implicitamente che:

1 - i mutui ipotecari stipulati anteriormente al 2009 (19.09.2009) sono considerati credito al consumo e pertanto a loro si applica la disciplina del taeg?

Ho un contenzioso in corso in cui ho contestato la errata indicazione del TAEG in un mutuo ipotecario del 2008.

Sulla base di quanto affermato durante l'incontro di ieri capisco che se tale mutuo ipotecario fosse stato successivo al 19.09.2009 (data di entrata in vigore del 125 - bis - tub) non sarebbe stato considerato più credito al consumo e pertanto non avrei potuto contestare l'erronea indicazione del TAEG (che come orientamenti pure vede diverse interpretazioni)

rientrando invece nel periodo antecedente l'entrata in vigore del 125 tub il mutuo anche se ipotecario rientra nella disciplina del consumatore e pertanto posso sollevare l'errata indicazione del TAEG.

E' corretto il mio ragionamento?

RISPOSTA (Avv. F. Fiorucci): Si rinvia alle slides e alle risposte fornite durante il webinar. L'art. 125 bis TUB opera solo in riferimento al credito ai consumatori; solo le Istruzioni Bankitalia Trasparenza bancaria del 25.7.2003 (vigenti fino alle successive Istruzioni Bankitalia del 29.7.2009) prevedono che l'ISC debba essere indicato nel contratto di mutuo