



Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova



C.T.U. BANCARIE CRITICITÀ E PECULIARITÀ DELLE CONSULENZE TECNICHE

Commissione di Studio “Area Giudiziale: C.T.U.”

Referente: Davide Iafelice

Sottocommissione “Criticità nelle C.T.U.”

Coordinatore: Stefano Bortolato

Componenti: Marco Amato, Stefano Balsano, Michele Ferraro

INDICE

PREFAZIONE

1. PREMESSA

2. QUESITI E POSSIBILI RISPOSTE

2.1 PRECISAZIONI TECNICHE NELLA REDAZIONE DELLE CTU

2.2 COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO E COMMISSIONE DI DISPONIBILITÀ FONDI

2.3 ANATOCISMO

2.4 T.A.E.G. ED I.S.C.

2.5 USURA AB ORIGINE ED USURA SOPRAVVENUTA

2.6 ECCEZIONI RILEVABILI D'UFFICIO

2.7 IUS VARIANDI

2.8 EFFETTI DELLA PRESCRIZIONE

3. CONCLUSIONI

PREFAZIONE

Le perizie e le consulenze tecniche formano oggetto della professione di Commercialista, così come previsto dall'art. 1 del D. Lgs. 139/2005 ("Costituzione dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili"); infatti agli iscritti alla sezione A dell'Albo è riconosciuta la competenza tecnica per svolgere il fondamentale ruolo di ausiliario del Giudice.

Nel 2017, per la prima volta nella storia dell'ODCEC di Padova, il Consiglio ha istituito la Commissione dedicata allo studio ed all'approfondimento delle tematiche giuridico-professionali, relative alle consulenze tecniche d'ufficio. In poco tempo la Commissione di Studio "Area Giudiziale: C.T.U." è diventata il punto di riferimento per tutti i Colleghi dell'ODCEC di Padova che intraprendono l'attività di consulenti degli organi giudiziari. Per garantire un aggiornamento professionale specifico, la Commissione ha attivato un appuntamento annuale in tema di diritto bancario, giunto alla sua seconda edizione, con la partecipazione di relatori di livello nazionale e di magistrati del Tribunale di Padova. La sotto-commissione "Criticità nelle C.T.U." ha fatto tesoro delle tematiche trattate durante questi due convegni e dei quesiti proposti dai Colleghi presenti, per condensare la conoscenza specifica sul tema C.T.U. in questo vademecum, con un taglio pratico ed immediatamente fruibile da ogni professionista. Buona lettura!

Davide Iafelice – Vicepresidente Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Padova e Referente della Commissione di Studio "Area Giudiziale: C.T.U." ODCEC Padova

Il Consulente Tecnico d'Ufficio (C.T.U.) assolve alla funzione di ausiliario del Giudice nell'ambito delle rigide e precise competenze definite dal Codice di procedura civile (Cfr., Libro I, Titolo I, Capo III, Artt. 61 e ss.). Al C.T.U. spetta il delicato compito di rispondere puntualmente ai diversi quesiti posti e di relazionare in merito ai possibili risultati individuati.

Il presente lavoro è finalizzato ad agevolare – nella prassi – il C.T.U., ma al contempo i Consulenti Tecnici di Parte (CC.TT.PP.) ed ogni altro soggetto interessato. Traendo spunto dal Convegno denominato "C.T.U. bancarie. Criticità e peculiarità delle consulenze tecniche in ambito bancario" è stato ideato e poi redatto il presente contributo, suddiviso per aree tematiche, al fine di individuare delle possibili risposte a rilevanti quesiti trattati dalla stessa Commissione Area Giudiziale CTU.

Appare opportuno rilevare che il suddetto contributo non rappresenta un documento giuridicamente vincolante e non può in alcun modo sostituire la normativa pro tempore vigente.

Stefano Bortolato - Coordinatore della Sottocommissione "Criticità C.T.U." ODCEC Padova

1. PREMESSA

Nel Convegno del 14 maggio 2018 organizzato dalla Commissione “Area Giudiziale: C.T.U.” dell’Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Padova sono state approfondite varie criticità e peculiarità delle C.T.U. in ambito bancario.

La presente pubblicazione ha lo scopo di ripercorrere ed analizzare le principali aree tematiche individuate dalla Commissione “Area Giudiziale: C.T.U.” con riferimento a tale data.

2. QUESITI E POSSIBILI RISPOSTE

I diversi quesiti proposti sono raggruppati in macro categorie al fine di consentire un approfondimento organico della materia.

2.1 PRECISAZIONI TECNICHE NELLA REDAZIONE DELLE CTU

Vengono analizzate di seguito alcune delle problematiche tecniche che emergono nello svolgimento delle C.T.U..

Quesito n. 1: *“Come ci si deve comportare – ai fini del conteggio – quando un periodo soggetto a prescrizione termina a metà di un trimestre in usura?”.*

Si deve sempre far riferimento al giorno di pagamento e considerare la prescrizione puntualmente, poiché gli interessi maturano giorno per giorno. Si devono pertanto distinguere all’interno del trimestre quelle che sono le rimesse, i pagamenti e gli elementi di competenza che intervengono nel periodo prescritto e quelli che invece intervengono nel periodo successivo.

Quesito n. 2: *“Cosa fare nell’ipotesi in cui il quesito chiede l’applicazione del tasso contrattuale per tutta la durata del rapporto e risulta che il tasso da applicare nella ricostruzione sia superiore al tasso realmente applicato nel rapporto?”*

La questione deve essere rimessa al Giudice perché valuti un’eventuale modifica del quesito.

2.2 COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO E COMMISSIONE DI DISPONIBILITÀ FONDI

Vengono di seguito individuati i quesiti che consentono di approfondire la C.M.S. e la C.D.F. nello svolgimento delle C.T.U..

Quesito n. 1: *“Commissione di Massimo Scoperto e Commissione di disponibilità fondi. In mancanza di pattuizione scritta in merito all’applicazione della Commissione di disponibilità fondi si può procedere per analogia tra le due commissioni?”*

Dal punto di vista operativo è necessario che la questione sia rimessa al Giudice.

Sotto il profilo giuridico potrebbe essere qualificata come un'eccezione rilevabile d'ufficio.

Quesito n. 2: *“Commissione di massimo scoperto ed effetto anatocistico. Come procedere?”*

La CMS è un onere rilevante nella determinazione dell'effetto anatocistico sia nel caso in cui sia intesa come interesse aggiuntivo sia nel caso in cui sia calcolata in funzione del massimo scoperto e quindi dell'accordato con riferimento ai giorni di effettivo utilizzo.

2.3 ANATOCISMO

Vengono di seguito individuati i quesiti che consentono di approfondire l'anatocismo legittimo ed illegittimo nello svolgimento delle C.T.U..

Quesito n. 1: *“Eliminazione dell'effetto anatocistico nel periodo ante Delibera CICR del 9.02.2000. La collocazione dell'effetto deve essere al termine del periodo ante delibera o alla chiusura del conto corrente?”*

Gli interessi passivi ricalcolati e rettificati dalla componente anatocistica nel periodo “ante delibera” vanno collocati alla fine dello stesso periodo “ante delibera”.

Quesito n. 2: *“Come vanno considerati il pagamento degli interessi anatocistici capitalizzati con clausola specificatamente pattuita?”*

La norma prevede che gli interessi anatocistici capitalizzati, a seguito di una clausola di specifica pattuizione, sono da considerare capitale e come tali produttivi di interessi.

Quesito n. 3: *“Esiste anatocismo illegittimo nell'ammortamento alla francese?”*

Si conferma l'irrelevanza della questione, anche alla luce della trattazione del Prof. Martino Grasselli (Professore Associato del Dipartimento di Matematica dell'Università degli Studi di Padova).

2.4 T.A.E.G. ED I.S.C.

Vengono di seguito trattati i quesiti che approfondiscono il T.A.E.G. (Tasso Annuo Effettivo Globale) e l'I.S.C. (Indicatore Sintetico di Costo).

Quesito n. 1: *“Come procedere in presenza di un I.S.C./T.A.E.G. difforme rispetto a quello dichiarato nel contratto di mutuo?”*

L'eccezione di nullità della clausola di determinazione del tasso debitore per indicazione nel contratto di un I.S.C./T.A.E.G. inferiore a quello verificato, trova il suo fondamento nella considerazione che l'I.S.C./T.A.E.G. sarebbe uno degli elementi minimi del contratto. Fin dal testo originario dell'art. 117 del T.U.B. si prevedeva che la Banca d'Italia potesse indicare un

contenuto specifico per alcune categorie di contratti, sanzionando l'eventuale illegittimità con la nullità del contratto. È necessario distinguere se il contratto impugnato appartiene alla categoria del credito al consumo, per la quale esiste una norma specifica, l'art. 125 bis del Testo Unico Bancario che prevede la nullità della clausola in caso di I.S.C./T.A.E.G. indicato non veritiero. La norma è a tutela dei consumatori, ovvero la parte più debole tra i possibili contraenti. Prima della sua entrata in vigore l'I.S.C. difforme non poteva essere sanzionato con la nullità. Conseguentemente per tutti gli altri contraenti (e per i consumatori prima dell'entrata in vigore dell'art. 125 bis) l'indicazione di I.S.C./T.A.E.G. differente da quello effettivo non comporta la nullità della clausola, bensì la necessità di riportare l'I.S.C. a quello pubblicizzato. Il Tribunale di Padova infatti non condivide la giurisprudenza che considera l'I.S.C./T.A.E.G. come un mero strumento informativo che rileva ai soli fini della trasparenza, senza rappresentare un elemento essenziale del contratto. In effetti l'I.S.C. indicato rappresenta l'elemento che ha contribuito a formare la volontà delle parti e consente al contraente di fare valutazioni e confronti tra diversi Istituti di Credito. Se il consenso tra le parti si è formato su quel tasso pubblicizzato, la Banca deve dare esatto adempimento al contratto rispettando il tasso stesso.

Quesito n. 2: *“Quale difformità deve essere considerata significativa nella verifica dell'I.S.C. effettivo rispetto a quello indicato nel contratto dalla Banca?”*

L'allegato 5b delle Istruzioni della Banca d'Italia prevede almeno una cifra decimale, mentre prima del 2010 erano previste due cifre decimali. Si può affermare che oltre la seconda cifra la differenza non è rilevante. Diverso in caso di nullità, dove l'unico parametro dovrebbe essere quello delle quattro cifre decimali.

2.5 USURA AB ORIGINE ED USURA SOPRAVVENUTA

Vengono di seguito individuati i vari quesiti che hanno trattato la variazione dell'usura ab origine e dell'usura sopravvenuta, anche alla luce delle recenti Sentenze della Suprema Corte.

Quesito n. 1: *“Richiamando il cosiddetto “Metodo Ferro” con la valutazione della CMS (“teoria del margine”), alcuni C.T.U. ritengono di utilizzare la formula della Banca d'Italia, altri invece ritengono che si utilizzi anche la formula finanziaria della Legge 108/96. Quale è l'orientamento del Tribunale di Padova?”*

Si dovrà tenere conto della formula della Banca d'Italia secondo le istruzioni pro tempore vigenti (con la CMS “margine” risalente agli aggiornamenti del 2005). In generale si applicheranno le Circolari della Banca d'Italia con le relative formule vigenti nel corso del tempo.

Quesito n. 2: *“Il T.E.G. che deriva dalle formule matematiche finanziarie della Legge 108/96 contiene al denominatore anche la CMS. Il confronto con i tassi soglia deve avvenire con il tasso soglia*

“normale” o con un tasso soglia aumentato dalla CMS soglia?”

Il confronto va effettuato con il tasso soglia “normale” e non con il tasso soglia aumentato dalla CMS soglia. Il tasso soglia da adottare è quello indicato nei D.M. trimestrali senza incrementi. Quindi non è possibile (per i tassi soglia) adottare il “regime del margine” né tanto meno è fattibile un ricalcolo del T.E.G.M. I tassi soglia sono quelli comunicati dalla Banca d'Italia che non includono la CMS.

Quesito n. 3: *“Nella verifica dell'usura si devono utilizzare i numeri indicati nello scalare (quindi i numeri banca) o i numeri depurati dall'effetto anatocistico?”*

L'effetto anatocistico non si considera ai fini dell'usura se c'è stata una capitalizzazione legittima. L'effetto anatocistico si considera ai fini dell'usura se la capitalizzazione non è legittima. Nell'anatocismo legittimo il costo del denaro si trasforma in capitale nel trimestre successivo. Questo perché la norma parla di capitalizzazione, cioè la quota di interessi diventa capitale. Se l'anatocismo è legittimo i numeri non saranno depurati dall'effetto anatocistico. È il Giudice che, dopo aver fatto la preventiva valutazione, stabilisce se la capitalizzazione è legittima o illegittima. Laddove ritenga che non sia legittima, prescriverà al C.T.U. di calcolare il tasso effettivo depurando i numeri debitori dall'effetto anatocistico.

Quesito n. 4: *“Analisi degli effetti della recente sentenza della Corte di Cassazione sull'usura sopravvenuta/originaria. E' rilevante o irrilevante l'usura sopravvenuta quando la Banca esercita lo jus variandi?”*

La recente sentenza della Corte di Cassazione prescrive che l'usura sopravvenuta non rilevi. Pur affrontandosi il principio in un rapporto di mutuo, detto principio è applicabile anche ai rapporti di conto corrente. Tuttavia quando lo sfioramento è causato dall'esercizio dello jus variandi, l'accettazione tacita del correntista rappresenta una nuova pattuizione, assimilabile all'usura originaria. La tematica è tuttavia dibattuta.

Quesito n. 5: *“Ogni trimestre potrebbe ricadere in una verifica dell'usura originaria?”*

La risposta è affermativa.

Quesito n. 6: *“Non essendo più prevista l'usura sopravvenuta, in caso di variazioni dello ius variandi è necessaria la verifica dell'usura nel trimestre come originaria?”*

In sostituzione dell'analisi dell'usura sopravvenuta andrà verificata l'usura “ab origine” dovuta allo ius variandi in ogni trimestre indagato.

Quesito n. 7: *“L'usura può considerarsi originaria se la banca modifica lo spread e considerarsi sopravvenuta in caso di aumento dell'Euribor?”*

L'art. 118 del T.U.B. prevede che le modifiche alle condizioni contrattuali devono sottostare a

due condizioni:

- che sia prevista con clausola specificamente sottoscritta (come se fosse una clausola vessatoria);
- che la banca invii una comunicazione di variazione specificando l'aumento dei tassi.

Qualora il cliente non recede dal contratto, la modifica si considera accettata.

La sentenza della Corte di Cassazione del 2017 ha precisato che l'usura originaria deriva da una pattuizione e pertanto, in caso di mancato recesso o di mancata risposta da parte del cliente alla variazione dei tassi, si configura il cd. "silenzio assenso"; ciò implica un'accettazione, determinando (di fatto) gli effetti di una nuova pattuizione.

Quando la soglia di usura diminuisce (per variazione dell'Euribor) e la banca non modifica le condizioni del tasso, non si configura alcuna pattuizione e, pertanto, mancando la pattuizione si ricade nell'ipotesi di usura sopravvenuta e non in quella ab origine. In questo caso non vi è quindi alcuna conseguenza sugli interessi passivi.

Diversamente, se la banca invia la comunicazione di variazione ed il cliente non contesta la modifica dei tassi o non recede dal contratto, la modifica si ritiene accettata per legge. Vigé il principio del "silenzio-assenso". In questo caso la modifica comporta una nuova pattuizione e quindi il trimestre esaminato potrebbe essere affetto da usura considerata originaria.

Quesito n. 8: *"Qualsiasi modifica, anche in mejus, accettata dal cliente, comporta una nuova pattuizione e quindi usura originaria?"*

Viene confermato che qualsiasi modifica accettata dal cliente (anche in mejus), comporta una nuova pattuizione e quindi può determinare usura originaria.

Quesito n. 9: *"Come deve procedere il C.T.U. qualora in presenza di usura dovuta alla variazione dei tassi individuasse che l'interesse trimestrale ricalcolato (sulla base del tasso soglia) sia superiore agli interessi e agli oneri effettivamente applicati dalla banca?"*

Tale ipotesi non è possibile in quanto bisogna sostituire tutti gli interessi, le spese, gli oneri e le commissioni che hanno contribuito a superare il tasso soglia con il tasso soglia stesso. Il tasso da confrontare con il tasso soglia comprende tutta una serie di componenti che vanno eliminati e sostituiti con il tasso soglia stesso.

Quesito n. 10: *"Come comportarsi quando in presenza di usura il ricalcolo degli interessi con l'applicazione del tasso soglia determina un importo di interessi superiore a quelli effettivamente addebitati?"*

L'applicazione del tasso soglia non può determinare un importo di interessi superiore al tasso applicato. Si deve confrontare il valore determinato con l'applicazione del tasso soglia con il valore realmente addebitato comprensivo degli interessi, di tutte le spese e di tutti gli oneri. Il termine "tasso" normalmente è costituito dalla sommatoria di tutte le componenti che hanno dato origine a quel "tasso" e che devono essere sostituite dal tasso soglia.

Quesito n. 11: *“Come procedere quando il contratto di conto corrente è viziato da usura ab origine e si è in presenza di una successiva apertura di credito con garanzia ipotecaria non viziata?”*

Il contratto di conto corrente viziato ab origine da tasso usurario, seguito qualche giorno dopo dal contratto di apertura di credito con garanzia ipotecaria con tasso non usurario, rappresentano due contratti separati ma collegati negozialmente da un nesso inscindibile. La contestualità o la separatezza vanno valutati caso per caso. È necessario accertare se il successivo contratto di apertura di credito sia una novazione del contratto precedente o se sia interamente sovrapponibile allo stesso contratto precedente, sostituendo così anche gli aspetti usurari. Diversamente, l'applicazione di interessi usurari nel periodo tra il primo e il secondo contratto provoca l'azzeramento degli stessi.

Quesito n. 12: *“Si può procedere all'accertamento dell'usura nei contratti di mutuo e di leasing attraverso la previsione di scenari (worst case)?”*

Non si aderisce alla tesi dell'accertamento dell'usura attraverso scenari possibilistici e considerando l'eventuale inadempimento del mutuatario o la risoluzione anticipata. Per quanto riguarda la verifica dell'usura del tasso di interesse moratorio, in primo luogo è necessario che gli interessi di mora siano stati effettivamente applicati. In secondo luogo il calcolo del tasso effettivo di mora va eseguito rata per rata, considerando l'intera rata scaduta (comprensiva quindi di interessi corrispettivi e spese). La rata insoluta diventa interamente capitale, come previsto dalle delibere CICR del 9.02.2000 e del 3.08.2016.

2.6 ECCEZIONI RILEVABILI D'UFFICIO

Di seguito vengono fornite indicazioni ai CTU in presenza di eccezioni rilevabili d'ufficio emerse nel corso della Consulenza Tecnica.

Quesito n. 1: *“Quali sono le eccezioni rilevabili d'ufficio durante lo svolgimento della C.T.U.?”*

Se durante lo svolgimento della perizia il C.T.U. si accerta un'illegittimità che non è stata eccepita dalle parti, né è presente nel quesito, è opportuno che presenti apposita istanza al Giudice Istruttore per le indicazioni del caso.

2.7 IUS VARIANDI

Di seguito viene trattata la legittimità dell'esercizio dello jus variandi.

Quesito n. 1: *“Quando si è in presenza della legittimità dell'esercizio dello jus variandi ai sensi dell'art. 118 T.U.B.?”*

La Banca esercita legittimamente le variazioni delle condizioni se lo jus variandi è stato

previsto nel contratto di conto corrente. Tuttavia perché tali variazioni siano valide devono essere eseguite nel rispetto di quanto previsto dall'art. 118 del T.U.B.. A fronte dell'eccezione promossa dal Cliente, la Banca deve esibire una prova documentale della preventiva comunicazione della variazione al Cliente. D'altra parte l'eccezione del Cliente non può essere generica, pena la sua indeterminatezza. Diverso è il caso in cui le parti hanno pattuito un tasso variabile agganciato ad un parametro (ad esempio il tasso Euribor). In tale eventualità non è necessaria alcuna comunicazione da parte della Banca, perché non vi è alcuna variazione delle condizioni contrattuali.

2.8 EFFETTI DELLA PRESCRIZIONE

Di seguito vengono chiarite le modalità di verifica degli effetti della prescrizione.

Quesito n. 1: *“Come verificare gli effetti della prescrizione nel conto corrente?”*

Per verificare gli effetti della prescrizione è necessario partire da un presupposto: l'art. 1422 del codice civile prevede che si prescrivano il diritto di ripetizione. L'oggetto della prescrizione è dato dagli indebiti pagati dalle rimesse solutorie. La restituzione concerne gli indebiti e nient'altro. Se l'intervento di una rimessa solutoria azzeri sia il diritto di ripetizione sia, ad esempio, l'effetto dell'illegittimo anatocismo, si rischia di perdere l'effetto demoltiplicativo del passaggio dalla capitalizzazione composta a quella semplice. Se l'effetto della rimessa solutoria che azzeri gli indebiti maturati fino a quel momento comporta il ricalcolo del rapporto considerando il saldo originario per il periodo successivo, di fatto si sterilizza l'illegittimità di determinate clausole con un effetto notevolmente più ampio. Se le clausole sono nulle va ricercata una tecnica che consenta di apprezzare la loro esclusione nello sviluppo del conto corrente.

Si concorda sull'individuazione delle rimesse solutorie confrontando l'affidamento con i saldi originari non rettificati dall'effetto anatocistico degli interessi.

3. CONCLUSIONI

Traendo spunto dal Convegno denominato “C.T.U. bancarie. Criticità e peculiarità delle consulenze tecniche in ambito bancario”, il presente lavoro ha analizzato alcune possibili risposte a tematiche dibattute. Gli argomenti approfonditi dall'intera Commissione “Area Giudiziale: C.T.U.” consentono di delineare un quadro generale preminente alla data del 14 maggio 2018. Come già più volte richiamato le tematiche trattate possono aver subito variazioni già alla data di pubblicazione del presente contributo.



Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova

