

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA
Terza Sezione Civile**

La Corte di Appello nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Roberto Aponte Presidente
dott. Anna De Cristofaro Consigliere
dott. Manuela Velotti Consigliere Relatore
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. r.g. xxxx/2018 promossa da:
SOCIETA' CLIENTE

APPELLANTE

contro

BANCA

APPELLATO

CONCLUSIONI

Per **SOCIETA' CLIENTE**: "NEL MERITO: Voglia l'adita Corte d'Appello riformare la sentenza n.xxx/2018 del Tribunale di Modena, pubblicata il 17.04.2018 e non notificata e per l'effetto:

Con riferimento ai rapporti di C/C

- previo accertamento del Tasso Effettivo Globale (TEG) accertare e dichiarare, anche ai sensi dell'art.1815 c.c., la nullità e l'inefficacia di ogni e qualsivoglia clausola, pretesa o addebito della convenuta banca per interessi, spese, commissioni e competenze per contrarietà al disposto di cui alla legge 108/96, perchè eccedente il c.d. tasso soglia nel periodo trimestrale di riferimento;
- attesa la violazione degli artt.1283, 1284, 1325, 1346 e 1418 co II c.c. e/o delle norme contrattuali e/o delle prescrizioni contenute nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, accertare e dichiarare l'illegittimità, nullità e inefficacia degli addebiti in c/c per interessi ultralegali, per capitalizzazione trimestrale (anatocismo), per C.M.S. e per ogni e qualsivoglia onere e/o spesa non dovuti alla **BANCA**;
- accertare e dichiarare, previa rettifica del saldo contabile, l'esatto dare - avere tra le parti del rapporto di C/C di cui è causa
- condannare, anche ai sensi dell'art.2033 c.c. o di ogni altra norma ritenuta applicabile, la Banca convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, previa rettifica del saldo contabile, alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate e/o riscosse, oltre agli interessi legali creditori e rivalutazione monetaria, in favore di **SOCIETA' CLIENTE**, quantificate nella perizia di parte e di cui in narrativa o nella diversa, maggiore o minor somma che dovesse risultare in corso di causa, maggiorante delle spese di CTP e degli interessi legali a far data dalla costituzione in mora. Con riferimento ai contratti di mutuo
- accertare e dichiarare, anche ai sensi dell'art.1815 c.c., la nullità e l'inefficacia di ogni e qualsivoglia clausola, pretesa o addebito delle convenute banche per interessi, spese, commissioni e competenze ove contrari al disposto di cui alla legge 108/96, perchè eccedente il c.d. tasso soglia;
- accertata la nullità/invalidità e/o risoluzione della clausola floor di cui al contratto di mutuo;
- accertata la pretesa di interessi diversi rispetto a quelli dichiarati in contratto e l'assenza ab origine di un piano di ammortamento rispondente al requisito della determinatezza ex art.1346 c.c., accertare e dichiarare la nullità ed inefficacia di ogni clausola, pretesa o addebito per interesse ultralegale ex art.1284 c.c. ed ex art.117 TUB;
- previo ricalcolo ex art.1815 c.c. e/o ex art.1284 c.c. delle somme eventualmente dovute a **BANCA**, accertare e dichiarare l'esatto ammontare del dare - avere tra le parti del contratto di mutuo per cui è causa e condannare, anche ai sensi dell'art.2033 c.c., **BANCA** alla restituzione in favore della società attrice delle somme illegittimamente addebitate e/o riscosse, oltre agli interessi legali creditori e rivalutazione monetaria, somme quantificate come da perizia allegata (cfr. all.3) e quantificate nella

perizia di parte e di cui in narrativa o nelle diversa, maggiore o minore somma che dovesse risultare in corso di causa, maggiorata delle spese di CTP e degli interessi legali a far data dalla costituzione in mora.

IN OGNI CASO:

- dichiarare l'eventuale compensazione, anche parziale, tra i reciproci debiti/crediti delle parti derivanti dai rapporti di cui in narrativa.
- condannare la Banca convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore all'ulteriore risarcimento del danno contrattuale e/o extracontrattuale, sofferto da **SOCIETA' CLIENTE** per l'illegittimo comportamento dell'istituto di credito nella misura che sarà ritenuta di giustizia;
- spese ed onorari di causa interamente rifusi, comprese le spese di CTP e quelle sostenute per il procedimento di mediazione.

IN VIA ISTRUTTORIA:

Si chiede ammettersi consulenza tecnico contabile al fine:

a) di determinare il saldo dei c/c e del contratto di mutuo de quibus alla stregua delle deduzioni di fatto e di diritto esposte e della normativa vigente, ed in particolare atta a quantificare le somme illegittimamente addebitate e/o riscosse dalla Banca convenuta per interessi usurari o in forza della capitalizzazione trimestrale degli interessi, dell'applicazione di interessi ultralegali non dovuti, di competenze, di spese, Commissioni di Massimo Scoperto, valute, ed oneri applicati nel corso della durata dei rapporti e quindi a rideterminare il saldo effettivo del conto corrente e l'entità residua del contratto di finanziamento.

Nomina sin d'ora quale proprio consulente di parte (CTP) la dott.ssa (omissis).

IN OGNI CASO: Spese e compenso professionale del presente giudizio d'appello e di quello di primo grado interamente refusi".

Per **BANCA**: vedi foglio di precisazione delle conclusioni

IN FATTO

1. **SOCIETA' CLIENTE** conveniva in giudizio Banca Popolare dell'Emilia Romagna società cooperativa chiedendo l'accertamento della nullità parziale dei conti correnti n. xxxxxx e n. xxxxxx e del mutuo n. xxxxxx del 12.1.2007, nonché la condanna della convenuta alla restituzione degli importi indebitamente riscossi e al risarcimento del danno contrattuale o extracontrattuale cagionato. Deduceva l'applicazione da parte della banca di interessi maggiori rispetto al saggio pattuito e usurari, di commissioni di massimo scoperto, la indebita capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, l'arbitraria antergazione o postergazione delle valute e l'indeterminabilità del piano di ammortamento.

2. Costituitasi, la convenuta eccepeva la prescrizione dell'eventuale diritto alla ripetizione dell'indebitato e contestava nel merito la fondatezza delle domande.

3. Con sentenza n. 691/2018 il Tribunale di Modena rigettava tutte le domande proposte, condannando l'attrice alle spese.

4. In particolare il giudice, con riguardo ai contratti di conto corrente, riteneva che l'omessa produzione di questi ultimi, delle relative condizioni economiche e degli estratti conto completi ricadesse sulla parte attrice, che non poteva adempiere al proprio onere probatorio chiedendone l'esibizione ex art. 210 c.p.c., essendo il mezzo istruttorio ammissibile solo per documenti di cui l'interessato non possa acquisire una copia di propria iniziativa e produrla in causa, né poteva avvalersi dell'art. 119 TUB.

In merito ai fidi l'esame dei profili d'invalidità e di responsabilità dedotti era impedito dall'omesso deposito del testo dei contratti; inoltre la società non aveva indicato né la data di accensione dei conti correnti, il che impediva di ritenere completi gli estratti conto prodotti con le perizie, né la conclusione di contratti di affidamento, desumibile indirettamente dalle proposte di modifica unilaterale prodotte da **BANCA**, omettendo altresì di specificare se le linee di credito fossero continuative e se i profili di invalidità dedotti afferissero a tutte o solo a talune di loro.

L'asserita applicazione di interessi usurari, dei giorni valuta, gli effetti dell'eventuale applicazione della clausola di capitalizzazione degli interessi a debito o della commissione di massimo scoperto avrebbero potuto essere accertati solo esaminando i contratti di conto corrente e di affidamento, nonché gli estratti di conto corrente completi e, nel caso di declaratoria di nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari o della commissione di massimo scoperto o degli interessi usurari,

sarebbe stato impossibile stabilire se e in quale misura la società avesse corrisposto importi non dovuti a titolo di interessi passivi o per commissioni di massimo scoperto.

Appariva pertanto irrilevante la c.t.u. contabile richiesta e insufficiente per il suo espletamento della produzione (da parte della convenuta) delle proposte di modifica unilaterale.

5. Con riguardo al contratto di mutuo, già estinto, non risultava ravvisabile la nullità della clausola c.d. floor, che stabilisce un limite percentuale del tasso di interesse necessariamente dovuto dal cliente in pendenza del rapporto, senza che ciò snaturi la funzione creditizia del mutuo convertendolo in uno strumento finanziario derivato; nella specie, la clausola era formulata in modo specifico e comprensibile, il che ne escludeva la vessatorietà, essendo il contenuto economico del contratto estraneo al giudizio di abusività nell'ipotesi in cui la clausola sia chiara.

6. Andava altresì esclusa la nullità della clausola determinativa del saggio degli interessi di mora, avendo gli interessi moratori natura e funzione diverse dagli interessi corrispettivi; in ogni caso, nessuna delle parti aveva allegato un ritardo della mutuataria e il contratto, né la conseguente applicazione degli interessi moratori, dovuti solo in caso di inadempimento, sicché non poteva neppure valutarsi la manifesta eccessività del saggio ultra-legale ai fini della sua riduzione equitativa.

7. L'invalidità del contratto andava ulteriormente esclusa sotto il profilo dell'effetto anatocistico del piano di ammortamento, dovendo considerarsi il sistema c.d. francese, che prevede il pagamento di una rata di importo costante, composta da una quota di interessi decrescente nel tempo e una quota di capitale crescente nel tempo, compatibile con la disciplina dell'art. 1284 c.c., essendo gli interessi calcolati solo sulla quota di capitale progressivamente crescente e per il periodo corrispondente all'arco temporale di ciascuna rata e conservando la propria natura senza convertirsi in capitale.

Né poteva dedursi la natura composta degli interessi dal solo rilievo fattuale che il metodo di ammortamento cd. francese determina un onere maggiore degli interessi che maturerebbero applicando l'ammortamento a capitale costante. Invero, il primo modello risultava coerente con la disciplina dell'art. 1194 c.c., poiché privilegiava sotto il profilo cronologico l'imputazione dei pagamenti più ad interessi che a capitale.

8. Sotto il profilo della determinatezza il tribunale osservava che è determinabile l'oggetto concretamente individuato secondo elementi prestabiliti dalle parti, che postulano un accordo sulla futura determinazione e i criteri o le modalità da osservarsi in modo che dal contratto si possano desumere, esplicitamente o implicitamente, elementi idonei alla determinazione.

Nel caso di specie la tipologia dell'ammortamento, testualmente non specificata dal contratto come piano di rimborso alla francese, ma dalle parti pacificamente definita in tal modo, era desumibile dal loro comportamento posteriore alla conclusione del contratto, in particolare dalla completa assenza di contestazioni sul modello prescelto sia nel corso sia dell'esecuzione del contratto sia nel giudizio e la sua successiva predisposizione in forma scritta con un autonomo documento.

L'art. 2 del mutuo e le allegate condizioni economiche indicavano poi i criteri di determinazione del piano di rimborso.

Conclusivamente, la regola determinativa dell'oggetto prescelta dalle parti era completa e la consegna del piano di ammortamento escludeva profili di inadempimento della banca.

9. Le allegazioni dell'attrice sulle difformità dell'importo finanziato e del saggio di interessi applicato dalle previsioni contrattuali erano generiche e non consentivano di valutare in alcun modo né l'asserita indeterminabilità del piano di ammortamento, contraddetta dalla specificità dell'art. 2 del contratto di mutuo, né la rilevanza della c.t.u. contabile. L'applicazione di un saggio maggiore del tasso contrattuale, inoltre, non configurava una causa di invalidità del contratto, bensì un inadempimento, ma l'attrice aveva domandato di «accertare e dichiarare la nullità ed inefficacia di ogni clausola, pretesa o addebito per interesse ultralegale ex art. 1284 c.c.», quindi la non corrispondenza tra l'allegazione e il petitum precludeva la condanna della convenuta alla restituzione dell'eventuale indebito.

10. Egualmente infondata, infine, era la domanda di risarcimento del danno contrattuale e/o extracontrattuale, sofferto da **SOCIETA' CLIENTE** per l'illegittimo comportamento dell'istituto di credito.

11. Contro la suddetta decisione **SOCIETA' CLIENTE** ha proposto appello, affidato a sette motivi.

Si è costituita **BANCA**, deducendo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza dell'appello.

All'udienza del 20.4.2021, trattata con modalità telematiche, la Corte ha assegnato alle parti i termini di legge per comparse conclusionali e repliche e ha trattenuto la causa in decisione.

IN DIRITTO

12. Con il primo motivo l'appellante lamenta la erronea ritenuta incompletezza degli estratti conto e la conseguente mancata ammissione della c.t.u. contabile richiesta in quanto in violazione del principio di prossimità della prova, risultando in ogni caso prodotti tutti gli estratti di conto corrente dalla data di apertura del 2.5.2012 sino al 28.2.2015, allegati alle perizie di parte, funzionali e sufficienti per espletare la richiesta c.t.u. e quindi per raggiungere la prova del preteso credito restitutorio o comunque l'accertamento dell'esatto dare/avere fra le parti.

In particolare, se il giudice di primo grado avesse raffrontato la data d'inizio dell'operatività del conto corrente (2.5.2002), indicata sia nella perizia di parte che in atti di causa, con la data iniziale degli estratti conto depositati (gli estratti iniziano con il saldo "zero" alla data del 2.5.2002) avrebbe certamente ritenuto questi ultimi completi; anche nella ipotesi in cui si fosse riscontrata una qualche incompletezza documentale, ciò non avrebbe potuto tradursi nell'impossibilità di espletare la consulenza tecnica d'ufficio, ma piuttosto nell'utilizzo dei soli elementi disponibili.

13. Con il secondo motivo si censura la decisione impugnata laddove è affermato che la società non avrebbe indicato la data di conclusione di contratti di affidamento, desumibile indirettamente dalle proposte di modifica unilaterale prodotte da **BANCA**, avendo l'appellante sempre sostenuto che gli estratti conto prodotti dimostrano che i conti in questione erano stati oggetto di affidamento per lungo periodo e attestano ampiamente tutti gli addebiti che la banca, in assenza di valida pattuizione, aveva illegittimamente ascrivito al correntista.

Quanto alla prova dell'esistenza di un fido, il contratto di apertura di credito non richiederebbe la forma scritta, potendo risultare anche da fatti concludenti, sicché l'esistenza di una apertura di credito potrebbe essere dimostrata non soltanto tramite il documento costitutivo, ma anche per mezzo di prove indirette quali estratti conto, riassunti scalari, o tramite altri elementi indiziari; né potrebbe valere l'obiezione che, in assenza di contratto scritto, non sarebbe possibile accertare il limite massimo dell'affidamento, non costituendo la predeterminazione di tale limite massimo elemento essenziale della causa di contratto di apertura credito in conto corrente e dovendosi ritenere che, in presenza di fido di fatto, ben possa il limite massimo essere individuato nello stesso massimo scoperto "di fatto" consentito dalla banca prima dell'adozione di qualsivoglia iniziativa di rientro, gravando al contrario sulla banca l'onere di provare l'esistenza, nelle forme di legge, di un fido di diverso ammontare predeterminato.

14. Con il terzo motivo si censura la sentenza di primo grado laddove il tribunale ha statuito che l'asserita applicazione di interessi usurari, di giorni di valuta indebiti, la illecita applicazione della clausola di capitalizzazione degli interessi a debito e della commissione di massimo scoperto avrebbero potuto essere accertati solo esaminando i contratti di conto corrente completi e che, ove fossero dichiarate nulle le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari o della commissione di massimo scoperto o degli interessi usurari, sarebbe stato impossibile stabilire se e in quale misura la società abbia corrisposto importi non dovuti a titolo di interessi passivi o per commissioni di massimo scoperto".

In particolare l'appellante contesta che sia onere del correntista produrre il contratto di apertura di conto corrente, soprattutto laddove non è nella sua disponibilità in quanto risalente nel tempo; la mancanza del contratto, a suo avviso, non potrebbe comportare altro che l'applicazione del tasso legale ex art. 1284 c.c. nella ricostruzione del rapporto, con esclusione della capitalizzazione trimestrale, delle c.m.s., delle valute e spese per mancata pattuizione.

A fronte delle eccezioni di parte attrice sarebbe stato quindi onere dell'istituto di credito dimostrare la stipulazione per iscritto degli interessi ultralegali e delle altre commissioni e spese addebitate alla correntista, laddove invece la **BANCA** ha prodotto soltanto alcune proposte di variazione unilaterale dal 2009 in avanti, che non possono supplire al difetto originario del contratto visto che i rapporti di c/c interessano un arco temporale ben più ampio (2002 – 2016).

15. Con il quarto motivo si reiterano le eccezioni relative a nullità della clausola "clausola floor" non controbilanciata da una "clausola cap", all'evidenza a vantaggio della sola banca e con sbilanciamento dell'alea, costituendo essa una sorta di derivato implicito contenuto nel contratto di finanziamento che sterilizza dal lato banca la stessa variabilità del tasso di interesse pattuito, ponendosi

in antitesi anche con i dettami della legge 108/96, che prevede un tasso soglia variabile nel tempo e non superabile.

16. Con il quinto motivo si censura la ritenuta non applicabilità della Legge 7.3.1996 n.108 agli interessi di mora; il giudice avrebbe altresì errato nel soffermarsi sulla mancata applicazione in concreto degli interessi moratori, dimenticando che – ai fini della normativa antiusura e all'art. 644 c.p. – rileva la promessa o pattuizione degli stessi.

17. Con il sesto motivo si deduce l'erroneità della sentenza impugnata laddove il giudice ha ritenuto che il contratto di mutuo indichi i criteri secondo i quali individuare la quantità delle prestazioni, e che quindi l'oggetto del contratto sia determinabile, quando in realtà non è indicato il tipo di ammortamento, né previsto che le rate siano costanti, nè sarebbero specificate le modalità di calcolo e la composizione di dette rate, a nulla rilevando in proposito il comportamento successivo tenuto dalle parti, in quanto la predisposizione del piano è atto unilaterale dell'istituto di credito, mai sottoscritto per accettazione da **SOCIETA' CLIENTE.**, ma semplicemente trasmesso via mail da un funzionario di banca su richiesta della mutuataria, che l'ha consegnato all'analista finanziaria per ogni opportuna disamina. Quindi, non essendo allegato al contratto originario alcun piano di ammortamento, nessun comportamento successivo avrebbe potuto essere valorizzato quale consenso all'ammortamento adottato da **BANCA.** L'obiezione sollevata è al riguardo duplice: da un lato la pattuizione a monte presenta delle lacune insanabili e ciò incide inevitabilmente sul requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto richiesto dall'art.1346 c.c., con conseguente nullità dell'interesse ultralegale ex art.1284 c.c., dall'altro i parziali elementi indicati nel contratto in relazione alla struttura del finanziamento conducono ad un tasso difforme, in quanto diverso e maggiore, rispetto a quello pubblicizzato dal finanziatore (e pertanto contrario ai disposti previsti dagli art. 1346 e 1284 c.c., nonché art. 117 TUB).

Inoltre, il piano di ammortamento alla francese sarebbe di per sé illegittimo.

18. Con il settimo motivo, infine, si censura la sentenza impugnata laddove ha affermato che le allegazioni dell'attrice (odierna appellante) sulle difformità dell'importo finanziato e del saggio di interessi applicato dalle previsioni contrattuali sono generiche e non consentono di valutare in alcun modo né l'asserita indeterminabilità del piano di ammortamento, contraddetta dalla specificità dell'art. 2 del contratto di mutuo, né la rilevanza della c.t.u. contabile, e che l'applicazione di un saggio maggiore del tasso contrattuale non configura una causa di invalidità del contratto, bensì un inadempimento, in quanto in realtà l'indeterminatezza e quindi l'assenza ab origine di un piano di ammortamento e la mancata indicazione nei mutui in modo chiaro ed incontrovertibile di alcuni dati fondamentali (l'importo effettivamente finanziato è inferiore a quanto dichiarato), nonché la discrasia tra interesse dichiarato e quello effettivamente applicato inficerebbero il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto richiesto dall'art.1346 c.c., con conseguente nullità dell'interesse ultralegale ex art.1284 c.c., rinviando alle perizie di parte. La **BANCA** avrebbe dunque discrezionalmente ed unilateralmente applicato tassi d'interesse non indicati in contratto, dando così luogo all'indeterminatezza degli stessi, e, quand'anche si volesse ravvisare in ciò un mero inadempimento, con riferimento al contratto di mutuo Balestri ha chiesto anche la rideterminazione dell'esatto ammontare dare/avere fra le parti e la restituzione dell'indebitato ex art.2033 c.c.

19. I primi tre motivi vanno esaminati congiuntamente, in quanto tutti concernenti la ripartizione dell'onere della prova in materia di contratti bancari (nella specie conti correnti e aperture di credito), e sono infondati.

In proposito, con specifico riferimento all'onere della prova in capo al correntista nell'ambito delle controversie in materia bancaria introdotte da quest'ultimo, la S.C. ha infatti affermato che: "Nei rapporti di conto corrente bancario, il cliente che agisca per ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in presenza di clausole nulle, ha l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, senza poter invocare il principio di vicinanza della prova al fine di spostare detto onere in capo alla banca, tenuto conto che tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione" (Cass., n. 33009/2019).

Deve aggiungersi che di recente la S.C. ha chiarito altresì che "Il diritto spettante al cliente, a colui che gli succede a qualunque titolo o che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, ad ottenere, a proprie

spese, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, sancito dall'articolo 119, comma 4, d.lgs. n. 385 del 1993, può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'articolo 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca e quest'ultima, senza giustificazione, non abbia ottemperato" (Cass., n. 24641/2021).

20. I principi sopra richiamati valgono anche con riguardo ai contratti di affidamento o apertura di credito che l'appellante afferma essere stati stipulati tra le parti e regolati sui conti correnti oggetto di causa.

Invero, con specifico riferimento alla forma dei contratti di affidamento, la S.C., con la sentenza n. 27836/2017, ha precisato che: "In tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 1992 e successivamente l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, abilitano la Banca d'Italia, su conforme delibera del C.I.C.R. a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta, "in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto", va inteso nel senso che l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicale soppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio".

Ha in particolare osservato la S.C., nella motivazione della suddetta decisione, che: "4.1. E' bensì vero che questa Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui, «in materia di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della legge n. 154 del 1992 e, successivamente, l'art. 117, comma 2, del t.u.l.b., nella parte in cui dispongono che il C.I.C.R. può prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta, attribuiscono a detto Comitato interministeriale il potere -da questo conferito alla Banca d'Italia - di emanare disposizioni che integrano la legge e, nei limiti dalla stessa consentiti, possono derogarvi e che, perciò, costituiscono norme di rango secondario, la cui legittimità non è esclusa dalla mancata indicazione delle motivate ragioni tecniche della deroga, dovendo l'onere della motivazione ritenersi adempiuto mediante l'indicazione del tipo di contratto e la precisazione che esso deve riferirsi ad operazioni e servizi già individuati e disciplinati in contratti stipulati per iscritto. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto legittime le disposizioni (...) in forza delle quali il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto, a pena di nullità)» (Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 14470 del 2005). 4.2. E' però altrettanto vero che tale principio deve essere correttamente inteso perché, com'è stato precisato, anche successivamente da questa stessa sezione, «l'intento di agevolare "particolari modalità della contrattazione" non (può) comportare – in una equilibrata visione degli interessi in campo (...) - una "radicale" soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi (...) la necessaria indicazione delle condizioni economiche del contratto ospitato» (Cass. Sez. 1, sent. n. 9068 del 2017; e si veda altresì Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 7763 del 2017 che ha respinto il ricorso incidentale formulato da una banca, avendo il giudice di merito rilevato la carenza sia di una stretta connessione funzionale ed operativa tra il contratto di apertura di credito e quello di conto corrente, sia di una sostanziale regolamentazione del contratto accessorio desumibile da quello formato per iscritto)".

Dunque l'obbligo di forma scritta, prevista a pena di nullità per tutti i contratti bancari, non viene meno con riguardo al contratto di apertura di credito, ma è attenuato nelle ipotesi in cui esso sia già previsto e disciplinato, con indicazione delle sue condizioni economiche, da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto.

21. Ciò premesso, si osserva che nel caso di specie i contratti di conto corrente non sono stati prodotti, sicché non è dato conoscere se essi prevedessero o meno la possibilità di una futura apertura di credito in conto corrente, nè, tanto meno, quale fosse il regolamento economico dell'ipotetico contratto di apertura di credito ivi eventualmente previsto come possibile; non vi è pertanto alcuna prova della effettiva stipula tra le parti di uno o più contratti di apertura di credito che, per tutte le considerazioni sopra esposte, non può essere dimostrato per facta concludentia in assenza del contratto di conto corrente.

In conclusione, la sentenza impugnata appare corretta e va confermata laddove ha affermato che spettava all'attrice, odierna appellante, provare l'esistenza e il contenuto delle clausole contrattuali asseritamente nulle producendo in giudizio i contratti di conto corrente e i contratti di apertura di credito al fine di consentire al giudice, attraverso l'esame del testo contrattuale, di verificare la presenza e l'eventuale invalidità delle clausole contestate e che non può pretendersi di riversare tale onere sulla controparte tramite l'invocato ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., in quanto detto strumento non essere utilizzato al fine di sovvertire i criteri di riparto dell'onere della prova sanciti dall'art. 2697 c.c., come sopra specificati per la materia dei rapporti bancari.

22. Il quarto motivo, con il quale si ribadisce la tesi della nullità della **clausola "floor"** contenuta nel contratto di mutuo in quanto non controbilanciata da una "cap", che si tradurrebbe in una sorta di derivato implicito, è inammissibile, poiché non sottopone specificamente a censura sul punto la motivazione del tribunale – secondo il quale "La clausola cd. floor stabilisce un limite percentuale del tasso di interesse necessariamente dovuto dal cliente in pendenza del rapporto, senza che ciò snaturi la funzione creditizia del mutuo convertendolo in uno strumento finanziario derivato volto a trasferire sul mutuatario un rischio parametrato a un valore finanziario (cfr. Trib. Treviso 6.7.2016).Il saggio di interesse corrispettivo è dato dalla somma algebrica di un valore legato ad un parametro specifico (Euribor) e di una maggiorazione fissa (c.d. spread) e l'eventuale differenza del rischio può solo introdurre, per volontà delle parti, un elemento di aleatorietà nel contratto di cui beneficia sia il mutuante, che si assicura una remunerazione non modificabile in pejus, c.d. floor, sia il mutuatario che, pur sopportando il rischio illimitato dell'aumento del parametro oltre il tasso di riferimento, si avvantaggia delle sue riduzioni fino al raggiungimento del cd. floor (Trib. Forlì 25.9.2017 n. 880)" - limitandosi a reiterare le argomentazioni prospettate in primo grado e disattese dal giudice.

23. In ogni caso la tesi sostenuta dall'appellante è infondata; tramite l'inserimento di una clausola floor in un contratto di finanziamento bancario si pattuisce una soglia percentuale al di sotto della quale gli interessi corrispettivi, dovuti dal finanziato alla banca, non possano scendere; se nel contratto è previsto un tasso di interesse variabile, parametrato ad esempio all'indice Euribor (come nel caso di specie), e tale tasso nel corso del rapporto scendesse al di sotto della soglia percentuale prefissata nella clausola floor, alla banca sarebbe comunque dovuto un tasso di interesse pari a detta soglia.

Alla clausola floor può essere o meno associata una clausola c.d. cap in favore del cliente, che in contrapposizione alla clausola floor determina il tetto massimo degli interessi corrispettivi dovuti da quest'ultimo.

La clausola floor ha lo scopo di assicurare all'intermediario finanziario di ricavare, con la concessione del finanziamento, un lucro minimo predeterminato.

24. Le contestazioni relative alla pretesa invalidità della clausola floor concernono la sua asserita natura vessatoria, nonché la qualificazione della stessa quale derivato finanziario implicito.

Sotto il primo profilo, la vessatorietà appare esclusa dall'art. 1341, comma 2 c.c., che contiene un elenco tassativo di clausole vessatorie (limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospendere l'esecuzione, decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria) nel quale non rientra la clausola in questione.

La stessa non può neppure considerarsi vessatoria ai sensi dell'art. 33 e dell'art. 34 del Codice del consumo (D. Lgs. 206/2005), che al comma 1 dell'art. 33 prevede che "Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", ma che, all'art. art. 34 (Accertamento della vessatorietà delle clausole), stabilisce che "La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile".

La valutazione sulla vessatorietà non può dunque riguardare il contenuto economico del contratto, come correttamente affermato dal primo giudice, salvo il caso in cui le clausole presentino un difetto di chiarezza e di comprensibilità.

25. La clausola floor non può neppure essere qualificata quale derivato finanziario ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al Testo Unico Finanziario e della ulteriore normativa di

settore relative ai contratti finanziari, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di merito, non avendo la finalità di realizzare un investimento, o di gestire un rischio di cambio o di speculare sul tasso di cambio di una valuta estera (Corte Appello di Bologna sent. 26 febbraio 2019, Pres. Aponte, Cons. rel. Guernelli; Tribunale di Bologna, sent. n. 20087 del 2018; Tribunale di Lanciano, sent. n. 142 del 2018; Tribunale di Trento, sent. del 6.7.2017; Tribunale di Monza, sent. n. 196 del 2017; Tribunale di Treviso, sent. n. 1809 del 2016).

In particolare nel contratto di finanziamento, in cui la banca abbia consegnato al cliente mutuatario una somma di denaro e quest'ultimo si sia obbligato a restituirla successivamente, con previsione di una remunerazione (ossia il tasso di interesse) per il mutuante, anche ove sia presente una clausola floor non può ritenersi il cliente mutuatario avesse lo scopo di realizzare, con l'operazione bancaria, anche un investimento finanziario, non essendo ravvisabile il trasferimento di un rischio, che è tratto caratteristico di contratto derivato.

In tale caso, invero, la clausola floor costituisce esclusivamente una tecnica di determinazione convenzionale del tasso di interesse finalizzata a proteggere l'intermediario da una discesa dei tassi, garantendo a quest'ultimo una remuneratività ritenuta "minima" quale prezzo del proprio servizio.

26. Infondato è il quinto motivo, con il quale si lamenta che il primo giudice abbia ritenuto non applicabile la Legge 7.3.1996 n.108 agli interessi di mora e non abbia tenuto conto, in relazione al contratto di mutuo, che il tasso moratorio risultava usurario ab origine e che pertanto, doveva considerarsi irrilevante la mancata applicazione in concreto degli interessi moratori, dovendo aversi riguardo alla loro pattuizione.

Si osserva infatti che, se da un lato la tesi, sostenuta dal tribunale, dell'inapplicabilità della normativa antiusura gli interessi moratori è stata disattesa dalle S.U. con la sentenza n. 19597/2020, intervenuta a comporre il contrasto giurisprudenziale sul punto, d'altro canto con la medesima pronuncia le S.U., pur riconoscendo in capo al cliente l'interesse ad agire per far accertare l'usurarietà della pattuizione degli interessi di mora anche in corso di regolare svolgimento del rapporto, hanno affermato che, in ipotesi di mancata applicazione in concreto degli interessi moratori, la sentenza avrà efficacia di mero accertamento dell'usurarietà del tasso "(...) ma in astratto, senza relazione con lo specifico diritto vantato dalla banca, posto che ancora non sarà attuale l'inadempimento ed il finanziatore ancora non avrà preteso alcunchè a tale titolo" e "(...) sarà limitato l'effetto di giudicato di accertamento, non idoneo automaticamente a valere con riguardo alla futura applicazione di un interesse moratorio in concreto, ma solo ad escludere che l'interesse pattuito sia dovuto (...)", e quindi "(...) Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore inadempiente (...)".

Dunque rileva solo il tasso in concreto applicato e, "Ove il tasso applicato in concreto sia, invece, sotto soglia, esso sarà dovuto, senza che possa farsi valere la sentenza di accertamento mero (...)".

Più di recente la S.C. ha ulteriormente precisato che "In tema di mutuo, la parte mutuataria non ha interesse ad agire per la declaratoria di usurarietà degli interessi moratori, allorché manchino i presupposti della mora per avere l'obbligato adempito al pagamento di tutti i ratei, di modo che possa escludersi che possano trovare applicazione detti interessi" (Cass., n. 1818/2021).

Ebbene nel caso di specie il contratto di mutuo era già estinto al momento dell'introduzione del giudizio di primo grado, né è mai stata allegata l'effettiva applicazione in concreto di interessi moratori usurari, sicché difetta l'interesse ad agire per il relativo accertamento.

Anche sul punto pertanto la decisione impugnata – con la quale si è comunque rilevato, quale ulteriore ratio decidendi, che non è mai stato allegato alcun ritardo della mutuataria, né la conseguente applicazione degli interessi moratori, dovuti solo in caso di inadempimento, con conseguente insussistenza dei presupposti della domanda di accertamento della nullità della relativa clausola – va confermata.

27. Il sesto e il settimo motivo vanno congiuntamente esaminati, in quanto entrambi concernenti l'asserita indeterminatezza del piano di ammortamento del contratto di mutuo.

In particolare con il sesto motivo si deduce l'erroneità della sentenza impugnata laddove il giudice ha ritenuto che il contratto di mutuo indichi i criteri secondo i quali individuare la quantità delle prestazioni, devolvendo al mero calcolo delle parti l'esatta determinazione dell'oggetto, in quanto nel caso di specie non sarebbe dato neppure sapere se le parti intendevano mantenere costante la rata ovvero costante la

quota capitale da rimborsare ratealmente, né alcuna rilevanza avrebbe il comportamento successivo tenuto dalle parti, essendo la predisposizione del piano di ammortamento atto unilaterale dell'istituto di credito, mai sottoscritto per accettazione da **SOCIETA' CLIENTE**, ma semplicemente trasmesso via mail su richiesta della mutuataria.

Dunque da un lato la pattuizione a monte presenterebbe delle lacune insanabili incidenti sul requisito della determinatezza dell'oggetto, con conseguente nullità dell'interesse ultralegale ex art.1284 c.c.; sotto altro aspetto i parziali elementi indicati nel contratto in relazione alla struttura del finanziamento condurrebbero a un tasso difforme, in quanto diverso e maggiore, rispetto a quello pubblicizzato dal finanziatore (e pertanto contrario ai disposti previsti dagli art. 1346 e 1284 c.c., nonché art. 117 TUB). Inoltre, il piano di ammortamento alla francese sarebbe di per sé illegittimo.

28. Con il settimo motivo, infine, si censura la sentenza impugnata laddove il primo giudice ha affermato che le allegazioni della **SOCIETA' CLIENTE** sulle difformità dell'importo finanziato e del saggio di interessi applicato dalle previsioni contrattuali sono generiche e non consentono di valutare in alcun modo né l'asserita indeterminabilità del piano di ammortamento, contraddetta dalla specificità dell'art. 2 del contratto di mutuo, né la rilevanza della c.t.u. contabile e che l'applicazione di un saggio maggiore del tasso contrattuale non configura una causa di invalidità del contratto, bensì un inadempimento, in quanto in realtà l'indeterminatezza e quindi l'assenza ab origine di un piano di ammortamento e la mancata indicazione nei mutui in modo chiaro ed incontrovertibile alcuni dati fondamentali (l'importo effettivamente finanziato è inferiore a quanto dichiarato) e dall'altro dalla discrasia tra interesse dichiarato e quello effettivamente applicato inficerebbero il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto richiesto dall'art.1346 c.c., con conseguente nullità dell'interesse ultralegale ex art.1284 c.c., rinviando alle perizie di parte.

BANCA avrebbe dunque discrezionalmente ed unilateralmente applicato tassi d'interesse non indicati in contratto, dando così luogo all'indeterminatezza degli stessi, e, quand'anche si volesse ravvisare un mero inadempimento, con riferimento al contratto di mutuo **SOCIETA' CLIENTE** ha chiesto anche la rideterminazione dell'esatto ammontare dare/avere fra le parti e la restituzione dell'indebito ex art.2033 c.c.

29. Orbene, si osserva che il primo giudice ha in proposito testualmente affermato: «La tipologia dell'ammortamento, testualmente non specificata dal contratto come piano di rimborso alla francese («la parte mutuataria si obbliga in via solidale ed indivisibile a restituire la somma mutuata in mesi 120 (centoventi) con il metodo dell'ammortamento, mediante versamento alla Banca di n. 120 rate mensili [...] nella quale è compresa una porzione di capitale e gli interessi posticipati»), ma dalle parti pacificamente definita in tal modo, è desumibile dal loro comportamento posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c.), in particolare la completa assenza di contestazioni sul modello prescelto sia nel corso sia dell'esecuzione del contratto sia nel giudizio e la sua successiva predisposizione in forma scritta con un autonomo documento.

La consegna del denaro è concordata per stato di avanzamento lavori (cd. s.a.l.) con l'attribuzione di un importo iniziale di € 598.000 e i successivi alla data di inizio dell'ammortamento (12.1.2009), la cui prima rata aveva termine di adempimento l'11.2.2009.

È specificato il primo saggio alla data di conclusione del contratto (5,1%) con indicazione della base mensile ($5,1/12 = 0,425$) e invariato per sei mesi; successivamente il tasso è indicizzato al parametro di riferimento, con un minimo di 4,6%. Per il computo degli interessi sono indicati l'anno commerciale (360 giorni) e il mese commerciale (trenta giorni).

L'importo della rata dipende da una formula matematica i cui elementi sono il capitale mutuato (€ 1.450.000,00), il saggio di interesse relativo al periodo di pagamento (somma algebrica di un valore legato ad un parametro specifico, Euribor, e di una maggiorazione fissa) e il numero dei periodi di pagamento (centoventi), quindi il rimborso di quel prestito, accordato a quel saggio tasso, rimborsabile con quel determinato numero di rate costanti, può avvenire solo con il pagamento di rate costanti di quel determinato importo (Trib. Siena 17.7.2014).

L'art. 2 del mutuo e le allegate condizioni economiche indicano i criteri di determinazione del piano di rimborso che si ricostruisce come segue: calcolati gli interessi sul debito iniziale e la quota interessi della prima rata, si sottrae la quota interessi dalla rata costante e si individua per differenza la quota capitale della prima rata, che va dedotta dal debito iniziale per calcolare il debito residuo. Dal debito

residuo si desume la quota di interessi della seconda rata, mentre dalla rata costante si determina per differenza la quota capitale della seconda rata. La quota capitale della seconda rata riduce il debito residuo su cui si calcola la quota interessi della successiva rata procedendo in tal modo sino all'ultima rata (cfr. Trib. Siena 17.7.2014).

Conclusivamente, la regola determinativa dell'oggetto prescelta dalle parti è completa e la consegna del piano di ammortamento esclude profili di inadempimento della banca".

30. Le puntuali considerazioni sopra riportate non sono state specificamente contestate dall'appellante, che si è limitato a ribadire che il mutuo (rectius, finanziamento a stati avanzamento lavori, non coincidente con la fattispecie del mutuo: vedi per la differenza tra le due figure Cass., n. 22380/2019) sarebbe privo di piano di ammortamento e che comunque non sarebbe precisato se l'ammortamento sia o meno alla francese.

In proposito va in primo luogo ricordato che il piano di ammortamento non è altro che un programma di rientro di un debito in cui vengono indicate l'evoluzione del rimborso periodico, a partire dall'importo della rata previsto per ogni scadenza al numero totale dei pagamenti del prestito, dall'indicazione della quota capitale a quella della quota di interessi di ogni singola rata, fino al debito residuo costantemente aggiornato.

Nel caso di specie, alcuni di detti elementi non potevano essere determinati ab origine, in quanto il finanziamento fondiario di € 1.450.000,00 a tasso variabile è stato erogato in parte (€ 598.000,00) al momento della sottoscrizione, e per la parte restante in seguito alle richieste di singole erogazioni che avrebbero essere avanzate dalla parte mutuataria entro l'11.1.2009 in base allo stato di avanzamento lavori, e quindi in numero ed entità non prevedibili all'atto della stipula; la formula indicata in contratto consentiva però in base a una semplice operazione matematica, come osservato dal primo giudice, di determinare di volta in volta la composizione di capitale e interessi delle rate a seconda delle somme di volta in volta corrisposte e quindi del capitale complessivamente erogato.

31. Quanto poi alla asserita omessa indicazione del tipo di ammortamento, che renderebbe di per sé l'oggetto del contratto indeterminabile, si osserva che il piano di ammortamento c.d. francese (il più diffuso) prevede una quota capitale in costante aumento a fronte di una quota interessi che va mano a mano a scalare; il piano di ammortamento c.d. italiano prevede invece una quota capitale costante nel tempo e una quota interessi decrescente.

Infine, il piano di ammortamento c.d. tedesco è assimilabile a quello francese, in quanto prevede il pagamento di una rata costante, e l'unica differenza è costituita dal pagamento degli interessi che avviene all'inizio del periodo, ossia anticipatamente, sicché la prima rata sarà di soli interessi.

Nel caso di specie, la circostanza che le rate previste in contratto siano costanti e tutte composte da quote di capitale e interessi in misura variabile indica inequivocabilmente che l'ammortamento contrattualmente stabilito è alla francese, indipendentemente dal mancato utilizzo di detta definizione. Non appare dunque ravvisabile alcuna nullità; le censure mosse con i motivi in esame sono dunque infondate anche in relazione al capo della sentenza di primo grado con il quale il giudice ha correttamente affermato che l'ipotetica (e indimostrata) applicazione in concreto di un saggio maggiore del tasso contrattuale non comporterebbe in ogni caso l'invalidità del contratto, dando luogo eventualmente a un inadempimento, del quale però non è mai stato chiesto l'accertamento, essendosi l'attrice odierna appellante limitata a domandare l'accertamento della nullità ed inefficacia di ogni clausola, pretesa o addebito per interesse ultralegale ex art. 1284 c.c.; né tale domanda potrebbe implicitamente rientrare, come quest'ultima pretenderebbe, nella generica richiesta di rideterminazione dell'esatto ammontare dare/avere fra le parti e di restituzione dell'indebito, essendo meramente accessoria alla domanda di accertamento della nullità.

32. Quanto, infine, all'affermata illegittimità del piano di ammortamento alla francese, la doglianza è inammissibile in quanto l'appellante non esamina e sottopone a critica le argomentazioni svolte al riguardo dal primo giudice, limitandosi a riproporre le tesi già espone in primo grado.

33. In conclusione, l'appello risulta integralmente infondato e deve essere pertanto rigettato. Parte appellante, soccombente, va condannata a rifondere all'appellata le spese di lite del grado (determinate in base allo scaglione valore indeterminabile, complessità media, esclusa la fase istruttoria).

Sussistono i presupposti per il raddoppio del contributo unificato ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater T.U. 115/2002 nei confronti di parte appellante.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Bologna, definitivamente pronunciando, rigetta l'appello proposto da **SOCIETA' CLIENTE** nei confronti di **BANCA** contro la sentenza n. xxx/2018 del Tribunale di Modena e condanna parte appellante a rifondere alla banca appellata le spese di lite, che liquida in € 8.000,00 per compensi di avvocato, oltre 15% spese generali, IVA e CPA.

Dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 1-quater, del DPR 30 maggio 2002 n. 115, per il raddoppio del contributo unificato a carico di parte appellante.

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio della terza sezione civile della Corte d'Appello, il 5.10.2021

Il Consigliere estensore Il Presidente
dott. Manuela Velotti dott. Roberto Aponte

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS