

Tribunale di Torino, 27 maggio 2010 – Est. Panzani.

Segnalazione del Prof. Avv. Bruno Inzitari

Azione di classe – Legittimazione ad agire – Legittimazione del proponente – Titolarità in proprio del diritto che caratterizza la classe – Necessità.

Codice del consumo – Consumatore – Nozione – Rilevanza dell'attività del soggetto – Fattispecie in tema di utilizzo di conto corrente bancario.

Commissione di massimo scoperto – Definizione – Corrispettivo per compensare l'intermediario della disponibilità delle somme – Nozione accolta dalla Banca d'Italia.

Commissione di massimo scoperto – Esamine di nuove fattispecie – Commissione di scoperto di conto – Tasso debitore di utilizzo oltre fido – Legittimità.

L'azione di classe prevista dall'art. 140 bis Codice del consumo e che tutela i diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti è strutturata in modo tale che il soggetto che assume l'iniziativa rivesta la qualità di parte processuale, mentre coloro che aderiscono all'azione ai sensi del comma 3 ne subiscono gli effetti, ma non assumono la qualità di parte essendo privi di poteri di impulso processuale e della possibilità di impugnare la decisione, che fa comunque stato nei loro confronti. Ne deriva che l'attore per essere legittimato deve essere prima di tutto titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe che intende rappresentare e tale legittimazione sussiste non perché il proponente intende rappresentare gli interessi della classe, ma perché il suo interesse coincide con quello della classe essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolari gli appartenenti alla classe. L'azione promossa dal proponente prima di essere collettiva deve pertanto possedere i requisiti previsti per tutte le azioni individuali, tra cui l'interesse ad agire che deve essere concreto ed attuale. (fb) (riproduzione riservata)

La definizione di consumatore contenuta nell'art. 3 Codice del consumo ("..la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale") fa espresso riferimento all'attività della persona e non al bene o servizio che n'è oggetto, così che un determinato servizio – nella specie un conto corrente bancario – potrà essere utilizzato da un consumatore per scopi non professionali anche se il conto, per le caratteristiche ed i servizi che offre, sia stato concepito e concretamente offerto per lo svolgimento di attività professionale. (fb) (riproduzione riservata)

Ai fini della definizione della commissione di massimo scoperto si potrà, sia pur in via di prima approssimazione, fare riferimento alla nozione accolta dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura - Aggiornamento febbraio 2006 (§.C5, Gazz.Uff. serie generale n. 74, 29 marzo 2006), secondo le quali la C.M.S. "nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso ...viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni - viene calcolato sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento".(fb) (riproduzione riservata)

Non rientra nell'ambito della commissione di massimo scoperto la cd. "commissione di scoperto di conto" applicata nella misura di una cifra determinata per ogni giorno in cui sul conto si sia determinato un saldo debitore e per una frazione determinata di tale saldo debitore, con indicazione dell'importo massimo addebitabile per trimestre. Allo stesso modo,

non rientra nella nozione di commissione di massimo scoperto il cd. "tasso debitore di utilizzo oltre fido" da applicarsi ai conti non affidati nell'ipotesi in cui sul conto corrente sul quale è concessa l'apertura di credito si determina un saldo debitore superiore all'importo dell'apertura di credito stessa. (fb) (riproduzione riservata)

IL CASO.it

omissis

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'avv. XXXXXXXXXXXXX, in persona del procuratore speciale XXXXXXXXXXXX – XXXXXXXXXXXXX, conveniva in giudizio con atto notificato il 2.1.2010 XXXXXXXXXXXX. ed il Procuratore della Repubblica di Torino proponendo domanda ai sensi dell'art. 140 bis cod. consumo.

Esponeva l'attore che la banca convenuta applicava ai clienti, in sostituzione della commissione di massimo scoperto (d'ora in poi anche C.M.S.), vietata dall'art. 2 bis d.lgs. 29.11.2008, n. 185, convertito in legge 28.1.2009, n. 2, nuove commissioni che venivano applicate sia sul fido che sull'extrafido. In particolare per l'utilizzo del fido erano applicate le "commissioni per scoperto di conto" (d'ora in poi anche C.S.C.) nella misura di euro 2 per ogni giorno in cui sul conto si era determinato un saldo debitore e per ogni 1.000 euro di saldo debitore (almeno sino al 5 agosto 2009). Per l'extrafido invece erano imposte commissioni nella misura del 12,5% (c.d. T.U.O.F.) per il numero di giorni per cui si era manifestato lo scoperto.

L'attore era titolare presso la convenuta del conto corrente nr. 52177119, conto su cui era previsto un affidamento che egli aveva utilizzato. Tanto bastava perché l'attore potesse esperire l'azione di classe prevista dall'art. 140 bis cod. consumo, in quanto egli era titolare di un diritto individuale, omogeneo a quello degli altri consumatori ed utenti che si trovavano in situazione identica, in relazione a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., sì che era legittimato ad agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento dei danni ed alle restituzioni.

Le nuove clausole commissionali introdotte dalla banca erano illegittime perché in contrasto con la disciplina imperativa introdotta dal già ricordato art. 2 bis D.L. 185/08.

L'attore precisava che la condotta della banca integrava anche gli estremi di una pratica commerciale scorretta, che pure legittimava l'esperimento dell'azione di classe in forza del già ricordato art. 140 bis, di per se stessa causa di danno in re ipsa per tutti i destinatari del servizio.

Si configurava inoltre un comportamento anticoncorrenziale, in ragione del fatto che tutti i grandi istituti bancari avevano tenuto la medesima condotta nel medesimo tempo e occasione.

Anche sotto tale profilo risultava la legittimazione all'esperimento dell'azione di classe.

Sussisteva il danno economico in ragione dei maggiori e non dovuti costi addebitati per l'utilizzo del conto corrente e dell'affidamento; il danno, anche morale, derivava inoltre dalla limitazione della libertà negoziale del cliente a seguito dei più elevati costi del servizio di conto e dalla forzata rinuncia o dal minor utilizzo dell'affidamento concesso in conseguenza degli anzidetti maggiori costi.

Nella specie il danno subito dall'avv. XXXXXXXXXXXX era pari ad euro 250,00 o a quell'altra veriore somma accertanda in causa, mentre il lucro cessante era pari ad euro 1.000,00 o somma veriore accertanda. Sussisteva inoltre il già ricordato danno patrimoniale, esistenziale e biologico derivante dall'inserimento nel contratto di clausole nulle, frutto di pratiche scorrette lesive della libertà negoziale e del pieno esplicarsi della vita di relazione, dirette anche a frodare la legge che aveva vietato le commissioni di massimo scoperto.

Sulla base di queste premesse l'avv. XXXXXXXXXXXX e per esso il XXXXXXXXXXXX chiedeva che il Tribunale dichiarasse ammissibile la domanda dando i conseguenti provvedimenti in ordine alla pubblicità dell'ordinanza ammissiva, accertasse la responsabilità della banca, ordinasse l'espunzione dal contratto delle clausole nulle e/o in frode alla legge, accertasse il danno subito dall'avv. XXXXXXXXXXXX in euro 1.250 o somma veriore accertanda anche in via equitativa, accertasse inoltre le ulteriori forme di danno già ricordate.

Si costituiva in giudizio Banca XXXXXXXXXXXX. eccependo l'inammissibilità della domanda per manifesta infondatezza e per difetto di legittimazione dell'attore, non essendo l'avv. XXXXXXXXXXXX un consumatore secondo la nozione dettata dall'art. 3 Cod. consumo, avendo

egli utilizzato il conto corrente nr. 52177119 anche per ragioni inerenti la sua professione di avvocato e non potendo egli pertanto rappresentare la classe costituita da una pluralità di soggetti rivestenti la qualifica di consumatori e/o utenti.

IL CASO.it

Sin dal momento dell'accensione del contratto di conto corrente nel 1994 le parti avevano fatto riferimento alla qualità di avvocato dell'attore come risultava dalla richiesta di affidamento da questi sottoscritta e presentata alla competente agenzia dell'allora XXXXXXXXXX., poi fusa in XXXXXXXXXX., in cui veniva anche indicato il fatturato derivante da tale attività. All'avv. XXXXXXXXXX era stata anche concessa una "apertura di credito imprese" per la quale non era prevista l'applicazione delle condizioni contrattuali previste per i clienti consumatori. Se poi la banca aveva applicato, a seguito dei provvedimenti normativi in tema di commissioni, le nuove condizioni economiche previste per i clienti consumatori affidati, ciò era dipeso da una scelta di carattere prudenziale stante la difficoltà di verificare le effettive modalità di utilizzo del conto.

Aggiungeva la banca che in concreto il conto corrente era stato ampiamente utilizzato per scopi riferibili all'attività professionale di avvocato, pagando imposte a tali attività correlate, abbonamenti a riviste giuridiche e banche dati, incassando proventi per spese legali e acconti di onorari, operazioni tutte che avevano riguardato in termini quantitativi oltre il 30% dell'intera movimentazione.

A carico del XXXXXXXXXX non erano state applicate le commissioni di massimo scoperto e per disponibilità fondi, ma soltanto il pagamento degli interessi debitori, sì che difettava in concreto la lamentata lesione del diritto fatto valere. Precisava poi la banca di aver interamente eliminato la vecchia commissione di massimo scoperto, così come comunicato all'avv. XXXXXXXXXX con lettere 11.5.2009. Nella prima lettera la banca aveva comunicato l'introduzione a far tempo dal 1 luglio 2009 della commissione per scoperto di conto, nella misura di euro 2 per ogni giorno in cui sul conto si era determinato un saldo debitore e per ogni 1.000 euro di saldo debitore, fino ad un massimo di euro 100,00 a trimestre, nei soli giorni in cui nel trimestre si era registrato sia un saldo debitore contabile sia un saldo debitore per valuta, calcolata sul minore dei due saldi, ma tale commissione non si applicava ai clienti affidati nonché per i giorni in cui il saldo debitore era stato pari od inferiore a 100 euro, sì che non si poteva applicare al conto intrattenuto dall'avv. XXXXXXXXXX, assistito da apertura di credito. Inoltre con la seconda lettera in data 11 maggio 2009 la banca aveva comunicato di limitarsi ad applicare sul conto il "Tasso debitore di utilizzo oltre fido" (T.U.O.F.) in misura pari al 12,5% nel caso in cui "sul conto corrente sul quale è concessa l'apertura di credito si determina un saldo debitore superiore all'importo dell'apertura di credito stessa".

Se poi il documento di sintesi 6/2009 del 1.10.2009 non aveva riportato correttamente le condizioni economiche applicate indicando la "commissione per disponibilità fondi" nella misura dello 0,5%, l'errore era stato corretto con la seconda comunicazione in data 15.10.2009 con cui il documento di sintesi era stato sostituito con uno corretto che confermava che le uniche remunerazioni richieste per gli importi messi a disposizione dalla banca erano costituite dai tassi d'interesse applicati. Tutto ciò era confermato dagli estratti conto prodotti.

Aggiungeva la banca che a far tempo dal 1 luglio 2009 non aveva applicato all'avv. XXXXXXXXXX un tasso maggiore per gli utilizzi oltre il fido, avendo abbassato il tasso previsto per tale ipotesi al 12%, alla stessa percentuale cioè prevista per gli utilizzi entro il fido.

La convenuta eccepeva ancora che la nuova tutela in tema di azione di classe era inapplicabile ratione temporis perché l'introduzione delle nuove clausole di cui l'attore sosteneva la contrarietà all'art. 2 bis d.l. 185/08 era anteriore al 16 agosto 2009, data di entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 140 bis.

L'attore non poteva chiedere una pronuncia di mero accertamento in forza dell'azione di classe e tantomeno l'espunzione dal contratto delle clausole ritenute illegittime perché l'azione poteva dar luogo soltanto ad una domanda di condanna, come risultava chiaramente dall'art. 140 bis.

La remunerazione applicata al XXXXXXXXXX era perfettamente lecita perché dipendeva sia dall'effettivo prelevamento della somma sia dall'effettiva durata del suo utilizzo, trattandosi di un interesse.

IL CASO.it

La convenuta deduceva ancora che non sussisteva il requisito dell'identità dei diritti per cui

veniva chiesta la tutela di classe. L'attore pretendeva di far riferimento alla generale ed ampia classe dei correntisti, quando si poteva trattare soltanto dei correntisti che fossero titolari di un conto corrente affidato. Anche così la classe sarebbe stata eccessivamente differenziata, perché il presunto danno sarebbe potuto derivare sia dall'applicazione di ulteriori e non dovuti costi, sia dalla limitazione della libertà negoziale, sia dalla forzata rinuncia all'utilizzo del fido o dalla forzata sua limitazione, sia dalla limitazione al pieno esplicarsi della vita di relazione.

IL CASO.it

Con memoria depositata il 20 aprile 2010 l'avv. XXXXXXXXXXXX e per esso il XXXXXXXXXXXX rilevava che la nozione di consumatore di cui all'art. 140 bis cod. consumo doveva essere interpretata in modo non restrittivo e senza alcun riferimento allo "agire per scopi estranei alla professione". Nella specie non era stata proposta un'azione ex art. 33 e ss. Cod.consumo, ma una generale azione di nullità. Non era casuale che destinatario dell'azione di classe non fosse il professionista, come richiesto dal citato art. 33, ma "l'impresa". L'interpretazione restrittiva non era giustificata dal fatto che al consumatore od utente potesse applicarsi una disciplina di favore, che nella specie non sussisteva, rilievo questo desunto da Corte Giustizia CEE 20.1.2005. Sarebbe stata costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. la limitazione della legittimazione ai soli consumatori ed utenti, illegittimità superabile con un'interpretazione adeguatrice.

Ancora rilevava l'avv. XXXXXXXXXXXX che il conto corrente era un bene "neutro" che non poteva in alcun modo essere considerato strumentale all'esercizio dell'attività economica d'impresa. Anche ammettendo che l'uso promiscuo del bene potesse essere ritenuto estraneo alla qualità di consumatore, occorreva far riferimento alla finalità che lega il bene oggetto del contratto all'attività professionale, nesso che non può avere carattere marginale. Aggiungeva il XXXXXXXXXXXX di aver provveduto, dopo l'entrata in vigore della legge Bersani, che gli faceva obbligo di tenere uno o più conti bancari da utilizzarsi per la gestione dell'attività professionale, ad accendere un altro rapporto di conto corrente con la convenuta (c.c. nr. 1527 5140637 - conto Intesa business).

Aggiungeva l'avv. XXXXXXXXXXXX che la dichiarazione prodotta da controparte relativa alla domanda di concessione di fido, in quanto successiva alla Direttiva CEE del 1993 in tema di clausole abusive, era illegittima perché egli era stato obbligato a rendere dichiarazioni non conformi a verità e cioè che l'affidamento era riferibile alla sua attività professionale.

Sottolineava ancora l'attore che la nozione di consumatore doveva essere rapportata alla qualità del soggetto di parte debole sul piano contrattuale. Non potevano esservi dubbi sul fatto che nei rapporti con la banca l'avv. XXXXXXXXXXXX rivestisse tale qualità.

Quanto all'uso promiscuo del conto nel merito l'attore osservava che, a fronte di un fatturato pari nel 2008 ad oltre 342.000 euro e nel 2009 ad oltre 464.000 euro, parte convenuta aveva individuato operazioni effettuate sul conto corrente riferibili all'attività professionale per poche migliaia di euro. Di tali operazioni i pagamenti di imposta con deleghe F24 erano avvenuti per errore della segretaria ed ammontavano a soli euro 20.000 circa; le spese per riviste giuridiche e banche dati non riguardavano l'attività professionale, ma erano state sostenute nell'interesse del figlio Vincenzo, studente di giurisprudenza; due bonifici di euro 1.200 erano pervenuti sul conto per errore del cliente; per le ulteriori operazioni per euro 25.750,00 che secondo la convenuta avrebbero verosimilmente dovuto riferirsi ad attività professionale, non era stata fornita prova alcuna.

IL CASO.it

Quanto alla classe, essa non poteva che essere intesa come riferita a tutti i correntisti XXXXXXXXXXXX titolari di conto corrente nel periodo oggetto di controversia. Invero l'avv. XXXXXXXXXXXX aveva subito o avrebbe subito in futuro un'illegittima applicazione di commissioni; era destinatario di una clausola relativa agli interessi applicati in caso di extra-fido affetta da nullità; era esposto, qualora l'affidamento fosse venuto meno, all'applicazione di una clausola parimenti nulla relativa allo sconfinamento in assenza di fido.

Quand'anche tuttavia l'avv. XXXXXXXXXXXX non fosse stato pregiudicato che da una di queste situazioni, ugualmente egli sarebbe stato idoneo a rappresentare la classe come sopra definita, perché tutte queste violazioni derivavano da una clausola nulla e la loro diversificazione dipendeva soltanto dalle diverse modalità con cui tale nullità si era atteggiata. Ben potevano accomunarsi in un'unica classe situazioni diverse, posto che il legislatore richiedeva che i diritti tutelati nell'azione di classe fossero "omogenei".

Accanto al tradizionale concetto di interesse ad agire e legittimazione del singolo esisteva un interesse ad agire ed una legittimazione di classe. Secondo l'attore la classe andava

individuata con riferimento a tutti i correntisti della convenuta e non soltanto con riguardo a quelli affidati perché non esisteva un contratto di affidamento autonomo rispetto al contratto di conto corrente. Le clausole commissionali attenevano al rapporto di conto corrente con la sola funzione di commisurare diversamente le passività a seconda della causale dello sconfinamento.

IL CASO.it

Quanto all'identità dei diritti, contestata dalla convenuta, occorre sottolineare che la lett. a) dell'art. 140 bis, comma secondo, faceva riferimento a diritti contrattuali derivanti da una "identica" situazione, mentre le lettere b) e c) riguardavano diritti definiti dal legislatore "identici". Tutte queste categorie erano ricomprese secondo la disciplina di cui al primo comma della norma nella più ampia nozione di diritti "omogenei". Nella specie, sussumibile sotto la previsione della lett. a), si trattava di identici diritti contrattuali perché derivanti dalla stessa situazione e cioè discendenti dall'apertura di un contratto di conto corrente.

Il diritto vantato dall'avv. XXXXXXXXXXXX era il medesimo di tutti gli altri correntisti: ottenere che venissero espunte dalla disciplina contrattuale le illegittime clausole che prevedevano commissioni in caso di sconfinamento, rispetto alla provvista disponibile nel caso sia di conti affidati che non. La presenza dell'affidamento era una mera circostanza casuale, che poteva venir meno in qualunque momento. In subordine, osservava l'attore, l'avv. XXXXXXXXXXXX rappresentava certamente la classe dei correntisti affidati. La disciplina dettata dall'art. 140 bis era poi certamente applicabile al caso di specie, contrariamente alla tesi sostenuta dalla convenuta, perché il contratto di conto corrente è un contratto di durata, le cui clausole erano ancora vigenti al momento in cui era entrata in vigore la disciplina dell'azione di classe.

Venendo alla questione dell'illegittimità delle clausole l'attore deduceva che esse erano nulle in via assorbente perché introdotte unilateralmente dalla convenuta ai sensi dell'art. 118 T.U.B. in violazione del limite previsto dalla norma che la nuova disciplina contrattuale costituisse modifica di un previgente tasso, prezzo od altra condizione. Si trattava invece di regole del tutto nuove, per la cui validità sarebbe occorso il consenso scritto dell'attore.

L'avv. XXXXXXXXXXXX era certamente titolare d'interesse a dolersi dell'illegittimità delle nuove clausole perché in data 29.12.2009 aveva emesso un assegno di 15.000 euro pari all'importo del fido accordato, con la conseguenza di essere andato extrafido per 2.040,29 euro. Non era pertanto fondata la tesi della banca che nulla gli era stato addebitato con riferimento alla nuova disciplina.

La commissione per scoperto di conto era illegittima perché si applicava immediatamente al realizzarsi dello scoperto e dunque in violazione della regola stabilita dall'art. 2 bis legge 2/09 che prevede che il saldo del cliente debba risultare a debito per un periodo continuativo non inferiore a trenta giorni. La nuova commissione in realtà non era altro che la vecchia commissione di massimo scoperto, cui la banca aveva cambiato nome, ma non disciplina.

Quanto al T.U.O.F., esso veniva applicato, in caso di sconfinamento, sull'intero importo del saldo debitore e non soltanto sull'importo utilizzato oltre l'ammontare dell'apertura di credito.

Era vero che al momento dell'introduzione della clausola sia il tasso debitore entro il fido che il T.U.O.F. erano pari al 12,5%, poi ridotto in entrambi i casi al 12% a far data dal 1.7.09, ma si trattava di circostanza di mero fatto, irrilevante, perché in qualsiasi momento la banca poteva elevare il T.U.O.F. rispetto all'interesse intrafido, con ciò ledendo i diritti del correntista.

Quanto al danno lamentato, la circostanza che taluno dei correntisti poteva non essere stato danneggiato in concreto non poteva rendere inammissibile l'azione di classe, trattandosi di questione da esaminare in sede di esecuzione del giudicato.

IL CASO.it

Con ricorso 19.4.2010, diretto al Presidente del Tribunale oltre che al Procuratore della Repubblica di Torino e all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, l'avv. XXXXXXXXXXXX si doleva che fossero stati prodotti dalla convenuta alcuni documenti contenenti l'indicazione di tutte le operazioni da lui effettuate sul conto corrente con indicazione dei relativi destinatari e delle causali, produzione che acquisiva il carattere di "diffusione" di dati sensibili in ragione della natura di classe dell'azione proposta e della potenziale conoscibilità dei dati da parte di un numero indeterminato di soggetti.

Chiedeva pertanto al Presidente del Tribunale, per quanto qui interessa, di dichiarare l'illegittimità del trattamento dei dati personali effettuato dalla convenuta e di disporre la trasformazione in forma anonima e/o il blocco.

Il Presidente del Tribunale con decreto in data 22.4.2010, ritenendo che la questione sollevata attenesse alla disponibilità della prova e fosse pertanto di competenza del Collegio investito della trattazione della causa ed il proprio difetto di competenza a provvedere ai sensi degli invocati artt. 24, 141 e 143 d.lgs. 196/03, rimetteva la decisione al Tribunale in sede di cognizione del presente giudizio.

IL CASO.it

All'udienza del 23 aprile 2010 comparivano le parti tutte nonché il P.M.. L'avv. XXXXXXXXXXXX chiedeva che l'udienza venisse svolta in forma pubblica. Il P.M. si associava.

La banca convenuta chiedeva termine a difesa sulla memoria depositata prima dell'udienza, non ammissibile alla luce della disciplina del rito ordinario applicabile alla causa nella fase relativa all'ammissibilità della domanda. Il Tribunale concedeva termine alla convenuta per il deposito di memoria di replica, riservando ulteriori deduzioni attoree all'udienza e disponendo che, allo stato, l'udienza proseguisse in camera di consiglio.

Con memoria depositata il 14 maggio 2010 la banca convenuta replicava alle difese attoree, lamentando l'inammissibile ampliamento dell'oggetto del giudizio compiuto dall'avv. XXXXXXXXXXXX che aveva

dedotto ragioni di nullità delle clausole commissionali non enunciate in citazione. Era domanda nuova la deduzione della nullità delle nuove condizioni commissionali perché introdotte in asserito contrasto con la disciplina di cui all'art. 118 T.U.B. Costituivano ancora domanda nuova la nuova declinazione delle domande in via alternativa o cumulativa, la nuova formulazione di una richiesta di restituzione di somme percepite dalla banca, posto che in citazione si era chiesto il solo risarcimento del danno, la nuova richiesta di quantificazione del danno in via equitativa per il danno patrimoniale, richiesto in citazione soltanto per il danno non patrimoniale, la richiesta inibitoria peraltro estranea all'art. 140 bis cod. consumo. consistente nell'ordine alla banca di non addebitare sul conto le commissioni ritenute illegittime, come la richiesta espunzione di clausole contrattuali ritenute nulle.

La banca ribadiva le tesi già svolte in ordine al fatto che l'avv. XXXXXXXXXXXX non era un consumatore e che nessuna commissione gli era stata di fatto applicata. Sottolineava che la commissione di massimo scoperto era stata del tutto eliminata e che la legge 2/09 non aveva posto alcuna limitazione alla remunerazione del credito bancario tramite l'applicazione degli interessi debitori, nel cui ambito rientrava la disciplina del T.U.O.F., che comunque dipendeva sia dall'effettivo utilizzo dei fondi che dalla durata dello stesso, sì che soddisfaceva le condizioni previste dalla legge.

L'adeguamento dei contratti in corso ai sensi dell'art. 118 T.U.B. era legittimo perché espressamente autorizzato dal legislatore con l'art. 2 bis legge 2/09 per consentire la sostituzione della vietata commissione di massimo scoperto con altra disciplina.

Anche la commissione di scoperto di conto, non applicata all'attore, era legittima perché soddisfaceva le condizioni di legge in punto effettivo utilizzo dei fondi e durata.

La convenuta ribadiva che l'attore non era titolare di diritti identici a quelli degli altri appartenenti alla classe, dovendosi in ogni caso far riferimento non ad un interesse di classe, ma alla domanda in concreto proposta per poi verificare se con riguardo ad essa sussistessero gli identici diritti presupposti dall'art. 140 bis cod.cons.

Ancora la convenuta negava che vi fosse stata violazione della disciplina in tema di riservatezza perché i dati sensibili prodotti costituivano parte integrante dei documenti prodotti, indispensabili per verificare che tali documenti fossero stati prodotti nella loro integrità e dunque la congruenza della prova documentale offerta ai fini della pienezza della sua efficacia probatoria. Né poteva parlarsi di divulgazione stante il rito processuale e la destinazione dei documenti alle sole parti in causa.

IL CASO.it

All'udienza odierna il Tribunale rilevava preliminarmente la nullità dell'atto di costituzione per l'attore di un settimo difensore in aggiunta ai sei già costituiti, in quanto la procura alle liti di cui all'atto di costituzione depositato in cancelleria non conteneva il nome di detto difensore. Il Tribunale pronunciava sulla questione preliminare relativa alla violazione delle regole in tema di riservatezza e di pubblicità dell'udienza, respingendo la domanda di cancellazione e blocco dei dati sensibili in quanto si trattava di documenti indispensabili ad assicurare l'integrità della prova offerta dalla convenuta e non sussisteva, nella fase del giudizio di classe relativo all'ammissibilità della domanda, pericolo di divulgazione di dati sensibili essendo le parti comunque tenute al segreto su di esse gravante in virtù della disciplina contrattuale e non essendo i documenti relativi alla prova della legittimazione dell'attore destinati ad essere conosciuti dai futuri aderenti all'azione.

Il Tribunale disponeva inoltre che l'udienza si svolgesse in forma pubblica, ai sensi degli artt. 128 c.p.c. e 6 CEDU avendo tutte le parti espresso il loro consenso, essendo in tal modo superata la

questione in ordine all'applicabilità dell'art. 83 disp.att. c.p.c. Esperito il tentativo di conciliazione, dopo che parte attrice aveva precisato le proprie conclusioni così come riportato in epigrafe ed il Pubblico Ministero le aveva formalizzate (cfr. epigrafe) depositando atto d'intervento, ed all'esito della discussione orale, il Tribunale riservava la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

IL CASO.it

1. E' opportuno premettere all'esame delle diverse questioni sollevate dalle parti alcuni rilievi in ordine alla disciplina dell'azione di classe introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 140 bis cod. consumo, nel testo modificato dall'art. 49, comma 1, legge 23 luglio 2009, n. 99, ed al giudizio di ammissibilità della domanda cui il Tribunale è chiamato in via preliminare.

L'art. 140 bis nuovo testo riconosce l'azione di classe per la tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti. Il primo comma della norma precisa che tali diritti sono tutelabili anche con l'azione di classe ed attribuisce la legittimazione a ciascun componente della classe, che può agire anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa. Il riferimento in punto legittimazione ai consumatori ed utenti è ribadito dalla disciplina contenuta nei commi 2, 3, 12 dell'art. 140 bis.

Occorre dunque ai fini della legittimazione attiva che attore sia un consumatore od utente. La nozione di consumatore e di utente deve essere mutuata dal codice del consumo e a tale proposito l'art. 3 di tale codice fornisce un'unica ed identica nozione di consumatore ed utente, qualificato come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta".

Se è richiamata la nozione di consumatore od utente, il legislatore non rinvia alla nozione parallela di professionista, che è generalmente utilizzata per individuare la controparte del rapporto di consumo. Si rinvia invece alla nozione di «impresa» (comma 4), cui si affiancano quella di «produttore» (comma 2), nonché quella di «gestore di servizi pubblici» o «di pubblica utilità» (comma 12).

A differenza di quanto previsto dalla precedente disciplina originariamente introdotta dall'art. 2, comma 446, legge 24 dicembre 2007, n. 244, mai entrata in vigore, il legislatore non attribuisce più la legittimazione ad enti esponenziali, quali le associazioni dei consumatori. Si preferisce invece, adottando il sistema opt-in, attribuire la legittimazione a ciascun consumatore od utente, a condizione che la posizione giuridica soggettiva da lui vantata sia caratterizzata da omogeneità rispetto a quella degli altri componenti della classe. A tale requisito si aggiunge poi quello dell'individualità del diritto vantato.

Occorre però subito aggiungere che se la legittimazione attiva è attribuita a ciascun esponente della classe, questi può agire per il tramite di associazioni cui dà mandato o di comitati cui partecipa, secondo il meccanismo della rappresentanza processuale (art. 140 bis, comma 1), come è appunto avvenuto nel caso di specie in cui l'attore avv. XXXXXXXXXXXXX ha dato mandato al XXXXXXXXXXXXX.

Ancora va sottolineato che l'art. 140 bis non crea nuovi diritti, ma disciplina soltanto un nuovo mezzo di tutela, l'azione di classe, che si aggiunge alle azioni individuali già spettanti ai singoli consumatori od utenti. Costoro, salvo che facciano ricorso all'azione di classe o vi aderiscano, rimangono liberi di agire con i mezzi di tutela individuale preesistenti. Questa è appunto la caratteristica del sistema di opt-in prescelto: l'azione di classe non preclude la tutela individuale a differenza del sistema americano, che con il diverso meccanismo dell'opt-out coinvolge tutti i partecipanti alla classe, salvo che espressamente dichiarino di non voler essere coinvolti nell'azione di classe.

In sede di ammissione il Tribunale è chiamato a valutare l'ammissibilità della domanda, ovvero ai sensi del comma 6 dell'art. 140 bis a stabilire se: a) il proponente appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe; b) se i diritti individuali tutelabili quali descritti dal comma 2 della norma, siano identici; c) se sussista conflitto d'interessi in capo al proponente; d) se la domanda sia manifestamente infondata.

IL CASO.it

L'ammissibilità della domanda presuppone peraltro, come in tutti i giudizi, la sussistenza delle condizioni dell'azione, prima di tutto in punto legittimazione dell'attore, con riferimento alla richiesta qualità di consumatore o utente, e alla sussistenza dell'interesse ad agire.

Sotto tale profilo va subito detto che, contrariamente a quanto sostenuto dall'attore, non va

fatto riferimento ad un interesse ad agire ed ad una legittimazione di classe diversi da quelli che presiedono alla legittimazione nelle azioni ordinarie individuali.

Come precisa il primo comma dell'art. 140 bis l'azione di classe tutela i diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti ed a tal fine può agire ciascun componente. Solo il soggetto che assume tale iniziativa processuale assume la qualità di parte processuale, mentre coloro che aderiscono all'azione ai sensi del comma 3 ne subiscono gli effetti, ma non assumono la qualità di parte essendo privi di poteri di impulso processuale e della possibilità di impugnare la decisione, che fa comunque stato nei loro confronti. Ne deriva che l'attore per potersi legittimare deve essere prima di tutto titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe che intende rappresentare. Di conseguenza la legittimazione attiva non è regolata in termini diversi da quelli propri di qualunque altra azione. In altre parole non sussiste la legittimazione perchè il proponente intende rappresentare gli interessi della classe, ma perchè il suo interesse coincide con quello della classe essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolari gli appartenenti alla classe.

IL CASO.it

D'altra parte, come si è accennato, il legislatore ha abbandonato l'impostazione che aveva adottato nella prima versione della legge, che attribuiva la legittimazione alle associazioni di consumatori ed alle altre associazioni e comitati adeguatamente rappresentative di interessi collettivi, optando per una soluzione in cui il proponente deve essere egli stesso membro della classe e titolare dei diritti che s'intende tutelare per mezzo dell'azione collettiva, azione dunque che prima di essere collettiva deve avere i requisiti previsti per tutte le azioni individuali.

2. E' ora opportuno prendere in esame la questione della sussistenza in capo all'attore della qualità di consumatore. Già si è detto che la nozione di consumatore, ai fini della legittimazione all'esperimento dell'azione, è quella stabilita dall'art. 3 cod. consumo.

Tale conclusione è contestata dall'attore, che ha sostenuto che la nozione dettata dall'art. 3 varrebbe soltanto per l'esercizio dei diritti previsti dagli artt. 33 e ss. del codice. Una più ampia legittimazione sarebbe giustificata dalla necessità di non privare di tutela soggetti che, pur non rivestendo la qualità di consumatore in senso stretto, si trovano tuttavia nella posizione di soggetto debole che è tipica dei rapporti tra consumatore e professionista, in ragione della disparità di forze e dell'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto. Si è dedotta l'illegittimità costituzionale della normativa, se diversamente interpretata, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. perchè situazioni uguali sarebbero trattate in modo difforme.

In proposito è sufficiente osservare che in base agli ordinari principi ermeneutici appare impensabile che il legislatore abbia inteso derogare alla nozione stabilita nell'art. 3 del codice del consumo in una norma destinata ad inserirsi nel medesimo testo di legge, senza indicarlo espressamente. Lo stesso art. 3, infatti, nel suo esordio, ha cura di precisare che le definizioni di seguito espresse valgono "Ai fini del presente codice, ove non diversamente previsto..." ed è significativo che mentre, come si è detto, legittimato passivo all'azione collettiva è la «impresa» (comma 4), cui si affianca la nozione di «produttore» (comma 2) e quella di «gestore di servizi pubblici» o «di pubblica utilità» (comma 12), legittimato attivo sia il consumatore od utente, senza alcuna espressa deroga alla definizione contenuta nell'art. 3.

Né la proposta questione di legittimità costituzionale supera la delibazione di non manifesta infondatezza essendo la scelta dei soggetti legittimati all'esperimento dell'azione collettiva materia di scelte discrezionali del legislatore, non censurabili dal giudice delle leggi. Per altro verso la qualità di consumatore consente di individuare in capo al soggetto tutelato, secondo criteri fondati sull'id quod plerumque accidit, quella condizione di soggetto debole che altrimenti non potrebbe non essere verificata che caso per caso, sì che la soluzione adottata appare anche razionale, fondando il trattamento differenziato su un parametro di carattere oggettivo che esclude il carattere discriminatorio della disciplina(in tal senso si veda anche Corte Cost. 469/02).

3. Deve peraltro escludersi che l'avv. XXXXXXXXXXX non abbia i requisiti per essere qualificato come consumatore.

IL CASO.it

La convenuta ha negato la sussistenza di tali requisiti osservando che il XXXXXXXXXXX è titolare di conto corrente n. 52177119, conto assistito da apertura di credito sino alla concorrenza di euro 15.000, acceso nel 1994; che ai fini della concessione di tale fido il

XXXXXXXXXXXX aveva dichiarato di essere "avvocato" indicando anche il fatturato annuo; che esaminando le movimentazioni del conto risultavano operazioni che potevano essere ricondotte senza dubbio all'attività professionale del XXXXXXXXXXXX, in particolare il pagamento di imposte tramite moduli F24 relative all'attività professionale, l'acquisto di banche dati e riviste giuridiche, l'accredito di due bonifici da parte di clienti dello studio, il tutto per un ammontare complessivo pari a circa il 30% delle movimentazioni relative all'anno 2009. Ha aggiunto la convenuta che la giurisprudenza aveva affermato che in caso di attività promiscua in parte riferibile alla qualità di consumatore ed in parte a quella di professionista, doveva ritenersi di essere di fronte ad un professionista.

Va osservato in primo luogo che non pare accoglibile la tesi sostenuta da parte attrice sul carattere "neutro" del conto corrente, che in quanto utilizzato ed utilizzabile con riferimento a qualunque attività, non potrebbe di per se stesso individuare la figura del professionista.

La definizione di consumatore contenuta nell'art. 3 cod.consumo ("la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale") impone di far riferimento all'attività, non al bene o servizio che n'è oggetto. Ne deriva che determinati beni personali (parte attrice ha fatto riferimento alle scarpe) non sono riferibili all'attività professionale non perchè abbiano carattere neutro, ma perchè il loro utilizzo non è significativo dell'impiego nella professione essendo essi relativi a primarie esigenze di vita della persona. Così le stesse scarpe cessano di essere neutre quando sia questione di calzature tecniche utilizzate in una determinata attività lavorativa.

In questo senso si è ripetutamente espressa la Suprema Corte, con riferimento alla definizione di consumatore dettata dall'art. 1469 bis c.c., il cui testo è stato poi trasfuso nel codice del consumo, affermando che "Ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1469 bis e segg. cod. civ. , relativa ai contratti del consumatore, deve essere considerato "consumatore" la persona fisica che, pur svolgendo attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di tale attività, mentre deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto "nel quadro" della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del "professionista" non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente - come si evince dalla parola "quadro" - che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale" (Cass. 23.2.2007, n.4208; Cass. 8.6.2007, n. 13377).

IL CASO.it

Se è vero che l'attuale definizione di professionista non contiene più le parole "nel quadro", va sottolineato che l'attuale definizione dettata dall'art. 3 fa chiaramente riferimento sia per il consumatore che per il professionista all'attività esercitata e sottolinea con riguardo al primo che in tanto si tratta di consumatore in quanto egli agisca "per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta" con ciò ribadendo expressis verbis l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza.

Non pare dubbio che i contratti bancari, e tra questi il conto corrente ed il contratto di apertura di credito, possano essere strumentali all'attività imprenditoriale e professionale del cliente e che tale strumentalità possa essere verificata soltanto con un'indagine in concreto sulle specifiche caratteristiche del rapporto nel caso in esame.

In proposito ritiene il Tribunale di poter condividere le conclusioni cui è pervenuto il P.M., alla luce del dato, provato dall'attore, di aver acceso dopo l'entrata in vigore della legge Bersani (art. 35, comma 12, D.L. 4.7.2006, n. 433, convertito in legge 4 agosto 2006, n.248, recante modifica dell'art. 19 D.P.R. 600/73) ed in ossequio alla disciplina contenuta in tale legge, un secondo conto corrente presso la banca convenuta dedicato in via esclusiva alle operazioni relative alla sua attività professionale.

Occorre ancora sottolineare che la qualità di consumatore, come tutte le condizioni dell'azione deve sussistere al momento della pronuncia del giudice, sì che non ha rilevanza che l'avv. XXXXXXXXXXXX nel lontano 1994 al fine di ottenere la concessione dell'affidamento si sia qualificato "avvocato" ed abbia indicato il proprio fatturato. Né rilevano le movimentazioni del conto corrente prima dell'entrata in vigore della legge Bersani e della conseguente apertura di un diverso conto sul quale, com'è pacifico, sono confluite nella stragrande maggioranza le operazioni relative all'attività di studio.

Anche le operazioni di carattere professionale annotate sul conto nell'anno 2009 (pagamenti

imposte per 25.348,64 euro, bonifici accreditati per 2.900 euro, pagamenti di abbonamenti a riviste e banche dati per euro 2.052,6) sono scarsamente significative.

Tali operazioni sono infatti anteriori all'instaurazione del giudizio ed assumono pertanto, a tutto concedere, un valore indiziario dell'aver operato sul conto anche successivamente in qualità di professionista, senza poter dimostrare compiutamente la situazione in essere all'atto della proposizione della domanda.

IL CASO.it

Si tratta poi di operazioni di numero ed ammontare limitato. Se è vero che la giurisprudenza invocata dalla convenuta ha affermato, in tutt'altra fattispecie, che l'attività promiscua non consente di qualificare come consumatore chi la pone in essere (Cass. 22.5.2006, n. 11933; Corte Giustizia CE, sez. II, 20.1.2005, n. 464), occorre pur sempre che il conto sia utilizzato per fini legati all'esercizio della professione in modo non occasionale.

A tal proposito va tenuto conto non soltanto dell'ammontare delle operazioni riferibili all'attività professionale, comunque nell'ordine soltanto del 30% del totale delle operazioni compiute nell'anno 2009, ma anche e soprattutto del numero delle operazioni poste in essere, rispetto al quale le operazioni a carattere "professionale" sono sicuramente minoritarie.

Ed occorre inoltre considerare da un lato che parte convenuta non ha in alcun modo provato che gli incassi di assegni per euro 25.750, che essa pure ha invocato, fossero effettivamente riferibili all'attività professionale dell'attore e dall'altro che dalle dichiarazioni prodotte all'udienza del 27 maggio 2010 (che in questa sede di delibazione dell'ammissibilità dell'azione possono essere valutate come argomenti di prova) risulta che l'autore dei bonifici già conosceva il numero di conto corrente in esame, sì che la scelta di provvedere al pagamento su tale conto non è dipesa da indicazioni fornite dall'avv. XXXXXXXXXXXX nell'anno 2009, mentre gli abbonamenti a riviste giuridiche e banche dati erano stati effettuati nell'interesse di XXXXXXXX XXXXXXXXXXXX, studente di giurisprudenza, e non del padre.

Soprattutto va sottolineato che la banca ha riconosciuto di aver applicato all'avv. XXXXXXXXXXXX, a seguito dei provvedimenti normativi in tema di commissioni, le nuove condizioni economiche previste per i clienti consumatori affidati (cfr. comparsa risposta, p. 14), a suo dire per una scelta di carattere prudenziale stante la difficoltà di verificare le effettive modalità di utilizzo del conto.

Si tratta di circostanza che conferma il carattere marginale dell'attività professionale transitata sul conto, se la stessa banca non era in grado di percepirla ed ha ritenuto di applicare all'attore il trattamento previsto per i consumatori.

4. Occorre ora ricostruire la disciplina dettata dall'art. 2 bis legge 2/09 e il contenuto delle clausole commissionali introdotte dalla banca convenuta nei rapporti con i suoi clienti ed in particolare con l'attore, al fine di verificare anzitutto la sussistenza dell'interesse ad agire del XXXXXXXXXXXX.

IL CASO.it

L'art. 2 bis legge 2/09 ha in primo luogo vietato la commissione di massimo scoperto, usualmente presente tra le condizioni generali di contratto adottate dalle banche nei confronti dei propri correntisti. Nel vietare tale clausola, fulminata con la sanzione di nullità (ad eccezione dei casi in cui il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo non inferiore a trenta giorni ovvero nel caso di utilizzi in assenza di fido - così l'art. 2 bis, comma 1, primo periodo), il legislatore non ne ha definito il contenuto, contenuto sul quale esisteva in dottrina e giurisprudenza un ampio dibattito, discutendosi soprattutto se tale commissione costituisse il corrispettivo della messa a disposizione del cliente affidato da parte della banca della provvista oggetto dell'apertura di credito (così Cass. 18.1.2006, n. 870, in motivazione) o se invece essa dipendesse dall'effettivo utilizzo di tale provvista.

Giurisprudenza di merito ha recentemente indicato i diversi significati attribuiti alla commissione di massimo scoperto (Trib. Mondovì 17.2.2009, in Giur.Merito, 2009,IV, 973) secondo le varie tipologie cui si è conformata nel tempo la prassi bancaria. In prima approssimazione deve farsi riferimento alla nozione accolta dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura - Aggiornamento febbraio 2006 (§. C5, Gazz.Uff. serie generale n. 74, 29.3.2006), citate da parte convenuta, secondo le quali la C.M.S. "nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso ...viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un

determinato numero di giorni - viene calcolato sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento".

IL CASO.it

E' peraltro certo secondo tutti i commentatori che la C.M.S., quale che sia la sua natura, nella prassi bancaria presuppone che il saldo di conto corrente debba risultare a debito per un certo numero di giorni e viene applicata in misura percentuale secca sul massimo saldo debitore del periodo di riferimento, quale che sia stata la durata dell'utilizzo. Può dunque affermarsi che le nuove commissioni o compensi introdotti dalla convenuta in sostituzione della commissione di massimo scoperto, non costituiscono una modifica soltanto terminologica della disciplina contrattuale, come pure ha sostenuto parte attrice, perchè essi non si applicano sul saldo massimo debitore in misura percentuale secca.

La convenuta ha introdotto in luogo della commissione di massimo scoperto, modificando unilateralmente la disciplina contrattuale ai sensi dell'art. 118 T.U.B., due diversi tipi di compensi. La commissione di scoperto di conto (C.S.C.) si applica " nella misura di 2 €. per ogni giorno in cui sul conto si è determinato un saldo debitore e per ogni 1.000 euro di saldo debitore (o frazione)" (cfr. doc. 16 parte convenuta), con la precisazione che "l'importo massimo addebitabile sul conto per un trimestre solare è di 100 euro". Va aggiunto che la convenuta, evidentemente preoccupata che la commissione in parola possa essere ritenuta priva di causa aggiungendosi alla remunerazione prevista attraverso la corresponsione degli interessi passivi, ha affermato che essa si spiega "in considerazione dei rischi ed oneri di gestione cui si trova esposta la Banca nel far fronte e monitorare gli scoperti in assenza di affidamento, tanto più quelli che si protraggono nel tempo". In proposito può osservarsi che, come evidenziato da tempo dalla giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 7.2.2007, n. 2711; Cass. 3.6.2004, n. 10579) in caso di conto non affidato la banca non è obbligata ad onorare gli impegni del cliente, sì che ogni forma di utilizzo costituisce nuovo atto di erogazione del credito retribuito oltre che con gli interessi, con la commissione in parola.

La C.S.C. si applica ai soli correntisti non affidati e dunque non all'attore che, com'è pacifico in causa, gode di un'apertura di credito in conto corrente sino all'ammontare di 15.000 euro. Per i conti affidati la convenuta ha invece introdotto il T.U.O.F. o "Tasso debitore di utilizzo oltre fido" applicato in misura pari al 12,5%, poi ridotto al 12%, nel caso in cui "sul conto corrente sul quale è concessa l'apertura di credito si determina un saldo debitore superiore all'importo dell'apertura di credito stessa".

Caratteristica del T.U.O.F. è che esso si applica non sullo sconfinamento rispetto al fido in essere, ma sull'intero saldo passivo per tutto il periodo per cui dura lo sconfinamento.

Una volta escluso che le due nuove forme di compenso (la convenuta sostiene che il T.U.O.F. non sarebbe una commissione, ma soltanto una forma di interessi) rientrino nell'ambito della commissione di massimo scoperto, sarebbe questione di accertare se essi violino la restante parte della disciplina dettata dall'art. 2 bis legge 2/09.

La norma vieta le forme di remunerazione del credito bancario "comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente" (art. 2 bis, comma 1, secondo periodo).

Il legislatore ha poi precisato a quali condizioni le clausole che derogano ai criteri così stabiliti non siano affette da sanzione di nullità ("salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente, e sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento". Con il d.l. 1.7.2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102, il legislatore ha poi aggiunto che "l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione" (art. 2 bis, comma 1, terzo periodo).

IL CASO.it

Sostiene parte convenuta che entrambe le clausole, la C.S.C. ed il T.U.O.F., non violano la disciplina stabilita dall'art. 2 bis legge 2/09 perchè entrambe dipendono sia dall'effettivo utilizzo della provvista messa a disposizione dalla banca sia dalla durata di tale utilizzo, come

richiesto dalla legge.

Prima ancora peraltro parte convenuta ha eccepito la novità della domanda con cui l'attore ha chiesto accertarsi la nullità del T.U.O.F. (traendone poi conseguenze sul piano risarcitorio), perchè tale domanda sarebbe stata formulata per la prima volta nella memoria depositata il 20 aprile 2010.

Non ritiene il Collegio che tale eccezione sia fondata atteso che la nullità del T.U.O.F. era già stata dedotta da parte attrice in atto di citazione, ove a p. 8, dopo aver fatto riferimento alle "penalizzanti clausole nulle ai sensi della citata legge" (il D.L. 185/2008 n.d.r.) e dopo aver menzionato la commissione per scoperto di conto, si è affermato che "Per l'extrafido sono imposte delle commissioni (c.d. TUOF) per il numero di giorni per cui si manifesta lo scoperto (nella misura del 12,5%)...", per poi chiedere nelle conclusioni la declaratoria di illegittimità delle "commissioni bancarie applicate a seguito dell'entrata in vigore della legge 28 gennaio 2009, n. 2, di conversione del D.L. 29 novembre 2008, n. 185..." e l'ordine di "espunzione dal contratto delle clausole accertate come nulle...". Com'è noto per costante giurisprudenza il contenuto delle conclusioni va stabilito avendo riguardo all'intero tenore degli scritti difensivi (Cass. 19.12.2002, n. 18096; Cass. 15.12.2003, n. 19188), sì che la pur generica formulazione delle conclusioni contenute in atto di citazione va valutata alla luce del chiaro passaggio argomentativo contenuto nell'atto introduttivo. Nella memoria l'attore non ha dunque ampliato il thema decidendum, limitandosi a meglio precisare il contenuto della domanda originariamente formulata.

Non così può dirsi in ordine alla domanda di nullità avanzata dall'attore che ha sostenuto (questa volta soltanto nella già ricordata memoria del 20 aprile 2010) che le nuove commissioni e compensi introdotti dalla convenuta sarebbero nulli perchè frutto di modifica unilaterale delle condizioni di contratto non giustificata ai sensi dell'art. 118 T.U.B. perchè nella specie non avrebbero trovato luogo le condizioni cui l'art. 2 bis legge 2/09 legittimava siffatte modifiche unilaterali.

IL CASO.it

Così chiarito l'oggetto del contendere, va ora sottolineato che è pacifico in causa che la nuova C.S.C. non è mai stata applicata all'avv. XXXXXXXXXXXX essendo essa prevista per gli scoperti maturati sui conti non affidati, godendo l'attore, come si è detto, di apertura di credito in conto corrente. Che la prima lettera del 11.5.2009, che comunicava all'avv. XXXXXXXXXXXX l'introduzione nella disciplina contrattuale della C.S.C. fosse frutto di errore, risulta dai documenti prodotti dalla convenuta (comunicazione 11.5.2009 doc. 17 e doc. sintesi 6/2009 doc. 9) e non è stato sostanzialmente contestato dall'attore.

Di conseguenza l'attore non risulta legittimato ad impugnare la validità di tale pattuizione contrattuale, difettando in capo allo stesso l'interesse ad agire in quanto allo stato egli non è stato in alcun modo leso nei suoi diritti dall'introduzione di tale disciplina.

Parte attrice ha contestato tale conclusione osservando che, se è vero che ad oggi la C.S.C. non potrebbe essergli applicata, tale situazione potrebbe mutare in ogni momento, sol che venisse meno l'apertura di credito in conto corrente di cui attualmente gode. In tale ipotesi al XXXXXXXXXXXX verrebbe applicata, in caso di scoperto di conto, la C.S.C. donde il suo interesse a sentir accertare la nullità della clausola commissionale in parola.

Tale rilievo non può essere accolto. E' principio pacifico che l'interesse ad agire deve essere concreto ed attuale (Cass. 20.7.2007, n. 16159; Cass. 15.4.2002, n. 5420; Cass. 11.1.2001, n. 338) e di conseguenza non può ritenersi esistente in un caso in cui l'applicazione della disciplina contrattuale di cui s'è detto è puramente ipotetica.

E' poi quasi superfluo aggiungere, alla luce delle considerazioni che si sono già svolte, che l'interesse ad agire non può ricavarsi dall'esistenza di altri correntisti in ipotesi lesi dalla clausola commissionale, posto che esso, anche nell'azione c.d. collettiva, deve in primo luogo essere individuato in capo al proponente, soltanto in un secondo momento dovendosi verificare se l'esistenza del medesimo interesse in capo ad altri soggetti portatori del medesimo diritto consenta di ravvisare l'esistenza della "classe".

Per quanto poi concerne la posizione dell'attore con riferimento al T.U.O.F., va osservato che il XXXXXXXXXXXX ha documentato di aver tratto il 29.12.2009 un assegno bancario per 15.000 euro sul conto oggetto di causa, con ciò utilizzando completamente il fido di cui godeva e determinando il sorgere di un saldo passivo per oltre 2.000 euro. La circostanza non è stata smentita dalla banca convenuta che l'ha anzi confermata nella propria memoria versata in atti, producendo copia dell'assegno tratto dall'attore.

Va peraltro sottolineato che parte convenuta ha dichiarato di aver applicato all'avv.

XXXXXXXXXXXX il T.U.O.F. addebitandogli il medesimo tasso previsto per il credito concesso nei limiti del fido, vale a dire il 12%. Anche questa circostanza non è stata contestata dall'attore, che ha soltanto osservato nelle sue difese che, se era vero che in questo modo l'applicazione del T.U.O.F. non determinava alcun pregiudizio, la situazione avrebbe potuto mutare in ogni momento, sol che la banca si fosse avvalsa della facoltà di modificare il tasso d'interesse per gli utilizzi di provvista nei limiti del fido, sì da rendere gli interessi intra-fido minori di quelli previsti in caso di sconfinamento extra-fido.

Ciò peraltro a tutt'oggi non è avvenuto.

Ne deriva che anche per quanto concerne il T.U.O.F., l'attore, in assenza di pregiudizio derivatogli dall'applicazione della disciplina contrattuale, è privo di un interesse concreto ed attuale a far valere la nullità della clausola contrattuale.

E tanto basta per concludere che, in difetto d'interesse ad agire, l'azione proposta dall'avv. XXXXXXXXXXXX va dichiarata inammissibile.

Va soltanto aggiunto per completezza che in sede di discussione orale la difesa di parte attrice ha sostenuto la nullità delle clausole in esame, in particolare del T.U.O.F., sotto diverso profilo, trattandosi di clausola penale illegittima ai sensi dell'art. 33, comma 1, lett. f) cod. consumo, in quanto gli interessi corrisposti nel caso di sconfinamento oltre i limiti del fido da parte del correntista avrebbero carattere moratorio.

IL CASO.it

In proposito è sufficiente osservare che sotto questo profilo la domanda è indubbiamente nuova, perché mai formulata in precedenza, comportando un'indagine su di un fatto diverso da quello originariamente allegato, in primo luogo sull'esistenza di un inadempimento del correntista (peraltro di dubbia configurazione posto che la banca non è obbligata a prestare credito oltre i limiti dell'affidamento) e poi sul carattere moratorio degli interessi.

Sussistono giusti motivi, avuto riguardo alla novità ed alla complessità delle questioni oggetto di lite, per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

Non sussistono i presupposti per la condanna dell'attore ex art. 96 c.p.c. e 140 bis, comma 8, cod. consumo.

Non può trovare accoglimento la domanda di parte convenuta di condanna del XXXXXXXXXXXX alle spese trattandosi soltanto del rappresentante processuale dell'attore che, come tale, non ha assunto la qualità di parte.

Ai sensi dell'art. 140 bis, comma 8 già citato, va ordinata la pubblicazione della presente ordinanza a spese di parte attrice, per estratto e per una volta, sul quotidiano Il Sole 24 Ore.

P.Q.M.

Il Tribunale,

dichiara inammissibili le domande tutte proposte ai sensi dell'art. 140 bis cod.consumo da XXXXXXXXXXXX, nella persona del procuratore speciale XXXXXXXXXXXX - XXXXXXXXXXXXXXX, nei confronti di BANCA XXXXXXXXXXXX. con atto di citazione notificato il 2 gennaio 2010;

– dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite;

– ordina la pubblicazione della presente ordinanza, a spese dell'attore, per estratto e per una volta sul quotidiano Il Sole 24 Ore.

Così deciso in Torino, nella camera di consiglio della I sezione civile, addì 27 maggio 2010.