

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI MILANO
SEZIONE PRIMA CIVILE**

composta dai magistrati:

dott. Amedeo Santosuosso - Presidente
dott.ssa Carla Romana Raineri- Consigliere
dott. Domenico Bonaretti- Consigliere Relatore

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa d'appello n. OMISSIS/2015 promossa

DA:

BANCA Spa

appellante

CONTRO

SOCIETÀ SRL

appellata

con atto di citazione in appello notificato a parte appellata a mezzo ufficiale giudiziario in data 25.05.2015.

Conclusioni delle parti

All'udienza collegiale del 11.04.2017 i procuratori delle parti rassegnavano le conclusioni come da fogli inviati telematicamente, le cui copie cartacee venivano allegate al verbale della predetta udienza.

CONCLUSIONI DI BANCA s.p.a.

Voglia la Corte, in riforma della sentenza n. 247/2015 del Tribunale di Corno in data 2.2.2015 depositata il 9.2.2015, così giudicare:

In via preliminare:

Dichiarare prescritto ogni diritto fatto valere da SOCIETÀ SPA (ora SOCIETÀ SRL in liquidazione).

In subordine:

Dichiarare le domande di ripetizione di indebito proposte da SOCIETÀ SPA (oggi SOCIETÀ SRL in liquidazione) non provate e per l'effetto respingerle.

Condannare l'appellata a restituire ad BANCA S.p.A. la somma di Euro 25.736,09 pagata in esecuzione della sentenza appellata.

Condannare l'appellata al pagamento delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

Como-Milano, 21 marzo 2017

Foglio di precisazione delle conclusioni per SOCIETÀ SRL. in liquidazione

Piaccia all'Ill.ma Corte d'Appello di Milano, *contrario reiectis*,

Respingere: le domande tutte *ex adverso* formulate dall'appellante in quanto infondate in fatto ed in diritto per i motivi esposti in narrativa, confermando la impugnata sentenza n. 247/2015, del 2 febbraio 2015, resa dal Tribunale di Como, nella persona del G.U. dott. A. Canepa e condannare la appellante al pagamento di spese e competenze della causa di appello, oltre rimborso forfetario spese generali (15%) IVA e CPA come per legge.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 247/2015, pubblicata il 09.02.2015, il Tribunale di Como, in composizione monocratica, esponeva come segue i fatti di causa e le ragioni delle sue determinazioni:

"La domanda presentata da parte attrice deve ritenersi fondata.

Preliminarmente deve essere rigettata l'eccezione di prescrizione presentata da parte convenuta.

Il CTU, considerata la mancanza agli atti di documentazione che consenta di conoscere in dettaglio i movimenti del conto corrente oggetto di causa, ha infatti motivatamente escluso la possibilità di ravvisare con ragionevole certezza l'esistenza di rimesse aventi natura solutoria; pertanto, applicati i criteri evidenziati da Cass. SS.UU. 24418/2010, il termine di prescrizione deve farsi decorrere dall'estinzione del rapporto con conseguente impossibilità di accogliere l'eccezione avanzata.

Non condivisibile è quanto affermato da parte convenuta circa il fatto che il conto corrente oggetto di causa dovrebbe considerarsi non affidato con la conseguenza che le rimesse su di esso effettuate avrebbero sempre natura solutoria.

È infatti sul punto da rilevare come incomba su chi solleva l'eccezione l'onere di dar prova dei fatti costitutivi della stessa e come pertanto avrebbe dovuto essere la Banca convenuta a dimostrare che il conto non era affidato e che ogni rimessa operata sul medesimo aveva quindi natura solutoria.

La tolleranza per lunghi periodi, da parte della convenuta, di saldi negativi così come l'applicazione della commissione di massimo scoperto, conducono peraltro a ritenere assai più plausibile proprio la tesi secondo cui all'attrice sarebbero state concesse aperture di credito.

Nel merito è in primo luogo da ritenere che l'esecuzione, da parte della Banca, degli adempimenti previsti dalla delibera CICR del 09 febbraio 2000 non valga a rendere legittima la pratica anatocistica per il periodo successivo al 01 luglio 2000.

Se infatti, relativamente al periodo precedente, l'anatocismo deve ritenersi illegittimo e conseguentemente inidoneo a produrre effetti, il successivo passaggio ad un regime di capitalizzazione periodica degli interessi, quantunque divenuto lecito alle condizioni sancite dalla

Sentenza, Corte d'Appello di Milano, Pres. Santosuosso - Rel Bonaretti, n. 3776 del 30 agosto 2017

suddetta delibera, è da considerarsi quale condizione peggiorativa per il correntista e come tale soggetta alla necessità di una sua esplicita approvazione ai sensi dell'art. 7 e. 3 della delibera stessa, approvazione che non risulta sussistere nel caso di specie.

Gli addebiti derivanti da capitalizzazione periodica degli interessi dovranno quindi essere oggetto di restituzione all'attore per l'intera durata del rapporto di conto corrente.

In secondo luogo e contrariamente a quanto affermato dalla convenuta, deve ritenersi condivisibile il metodo utilizzato dal CTU per il calcolo delle somme dovute a parte attrice; il tecnico incaricato ha infatti motivatamente evidenziato come il suddetto computo, ancorché effettuato soltanto sulla base degli estratti conto trimestrali a scalare, presenti un margine di attendibilità assai elevato.

Sul punto è in ogni caso da ricordare come la prova del fatto costitutivo di una pretesa non debba necessariamente presentarsi in termini di certezza potendo ritenersi sufficiente una dimostrazione dell'alta probabilità di verifica del fatto stesso.

Considerati i criteri sopra esaminati e ritenuta altresì illegittima, in assenza della prova dell'espressa pattuizione scritta, l'applicazione di interessi oltre la misura legale, della commissione di massimo scoperto e delle spese di chiusura del conto (non risulta infatti prodotto agli atti il contratto oggetto di giudizio), la somma che la convenuta dovrà restituire all'attore ammonta ad euro 18.850,44 (cfr. tabella riepilogativi a pag. 20 della CTU).

All'ammontare complessivo da restituire devono aggiungersi gli interessi legali dalla domanda giudiziale al saldo.

Quanto alle spese di lite le stesse, liquidate come in dispositivo sulla base delle tariffe vigenti e dell'attività difensiva concretamente espletata, devono porsi a carico della convenuta soccombente la quale, per i medesimi motivi, dovrà pure sostenere le spese di CTU."

Infine, il Tribunale di Como pronunciava il seguente dispositivo:

"Il Tribunale, definitivamente pronunciando:

- 1) Condanna BANCA SPA in persona del legale rappresentante pro tempore a corrispondere a SOCIETÀ SPA- la somma di euro 18.850,44 oltre interessi legali dalla domanda giudiziale al saldo.
 - 2) Condanna BANCA SPA in persona del legale rappresentante pro tempore a rifondere SOCIETÀ SPA delle spese di giudizio che si liquidano in euro 700,00 per spese ed euro 5000,00 per compenso professionale oltre IVA ed oneri di legge se dovuti, con distrazione in favore del procuratore antistatario.
 - 3) Pone le spese di CTU a carico di BANCA SPA in persona del legale rappresentante pro tempore."
- Detta sentenza non veniva notificata.

Con atto di citazione in appello notificato in data 25.05.2015, la BANCA interponeva rituale impugnazione contro la predetta decisione innanzi a questa Corte, chiedendo che, in riforma di essa, venissero accolte le conclusioni in epigrafe riportate.

Si costituiva in giudizio l'appellata SOCIETÀ SRL in liquidazione, con comparsa di risposta, con cui chiedeva che fosse rigettato l'appello *ex adverso* proposto avverso la sentenza n. 247/2015 del Tribunale di Como, in quanto infondato in fatto e in diritto.

All'udienza collegiale del 11.04.2017 i procuratori delle parti precisavano le rispettive conclusioni riportate in epigrafe e la causa veniva trattenuta in decisione dal Collegio con la concessione del termine di giorni 55 per il deposito delle comparse conclusionali e di ulteriori giorni 20 per il deposito delle memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE.

Il Collegio ritiene che l'appello promosso dalla BANCA SPA debba essere accolto, in quanto fondato.

Con la sua **PRIMA DOGLIANZA**, l'appellante censura la sentenza del Tribunale di Como per aver erroneamente rigettato l'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione esperita da SOCIETÀ SRL in liquidazione, dal momento che risulta che solo dal 28.02.2001 il conto ha sempre avuto saldo positivo sino alla sua chiusura e che, pertanto, **il termine di prescrizione è iniziato a decorrere proprio dal momento del ritorno all'attivo del conto e non dalla sua chiusura.**

Inoltre, **non era onere della BANCA provare la natura solutoria delle rimesse dimostrando che il conto non era affidato**, perché, per il principio di vicinanza della prova, solo la società odierna appellata poteva effettivamente avere nella propria disponibilità il documento contrattuale che dimostrasse la concessione di credito da allegare.

Parte appellante sostiene anche che gli indici fattuali rilevati dal Tribunale e consistiti nella tolleranza da parte della BANCA per lunghi periodi di scoperti protratti nel tempo e nell'applicazione delle CMS sul conto del correntista, non possano essere valutati come idonei a presumere un'apertura di credito, che costituisce un'ipotesi contrattuale ben diversa dallo sconfinamento in assenza di fido, che invece ricorrerebbe nel caso per cui è causa.

La Corte ritiene tale censura fondata.

Sul punto, si osserva che non appare condivisibile il ragionamento seguito dal Tribunale di Como sulla possibilità di configurare un affidamento di conto corrente laddove esso non risulti da un contratto scritto.

Infatti proprio l'art. 117, co. 3 TUB impone la forma scritta per ogni rapporto bancario, comminando la sanzione della nullità a quelli privi della forma richiesta.

La Corte ritiene che i soli indizi di fatto indicati dal Tribunale non possano sostituirsi alla volontà negoziale delle parti di volersi vincolare con un contratto di affidamento bancario;

perciò, la mancanza di forma scritta dello stesso contratto di affidamento rende nullo il rapporto bancario, se mai vi sia effettivamente stato.

La forma scritta è stata prevista a pena di nullità nei contratti bancari solo dalla L. 154/1992 e quindi perfettamente applicabile al rapporto de quo.

La conseguenza di questo ragionamento è che in assenza di un valido contratto di affidamento, stipulato in conformità alle previsioni legislative, le rimesse intervenute sul conto corrente, in quanto destinate a ripianare una esposizione debitoria del cliente, e cioè uno sconfinamento in assenza di fido, devono considerarsi di natura solutoria, proprio per l'assenza di prova sull'esistenza di un fido da ripristinare, che quindi, per una recente giurisprudenza, non può risultare stipulato per *facta concludentia* (cfr. C.app. Torino 12 gennaio 2017, n. 60).

Autorevole, anche se non recente conferma del qui accolto convincimento negativo circa la possibilità della stipula di un'apertura di credito per *facta concludentia*, si rinviene nelle seguenti pronunce del Supremo Collegio.

Con sentenza n. 3487 del 1998 la Corte di Cassazione ha affermato:

" Il fatto che una banca abbia talvolta consentito il superamento del limite del fido, in relazione ad importi accreditati ma non ancora effettivamente incassati ed acquisiti, di per sé non integra una manifestazione di volontà idonea a sostituire le clausole pattuite fra le parti, con difformi " clausole

Sentenza, Corte d'Appello di Milano, Pres. Santosuosso - Rel Bonaretti, n. 3776 del 30 agosto 2017

d'uso", ben potendo costituire espressione di tolleranza ed esplicazione di una facoltà discrezionale di volta in volta esercitata dalla banca secondo le circostanze del caso concreto".

Con sentenza n. 12497 del 1992 la Corte Suprema ha affermato: "L'annotazione nel libro fidi di una banca degli estremi di un affidamento, con riferimento sia al limite dello scoperto sia alla delibera interna di concessione, ancorchè trovi corrispondenza in una situazione di fatto caratterizzata dallo svolgimento di un conto passivo con adempimenti reiterati, da parte della banca, di ordini di pagamento del correntista, anche in assenza di provvista e nell'ambito dei limiti di rischio dalla stessa banca preventivamente valutati, non dimostra in sé la stipulazione, per fatti concludenti, di un contratto di apertura di credito in conto corrente, con obbligo della banca di eseguire operazioni di credito passive, potendo la suddetta situazione di fatto trovare fondamento in una posizione di mera tolleranza da parte della banca, che ha la possibilità di controllare la situazione patrimoniale e finanziaria del correntista e fare immediato ricorso a forme sollecite di copertura e tutela".

Da quanto sopra detto deriva ulteriormente che il termine di prescrizione decennale per l'esperibilità dell'azione di ripetizione non decorrerà dal momento in cui è stato chiuso il conto, come se le rimesse fossero state ripristinatorie, ma decorrerà dall'inizio del decennio precedente la notifica della citazione introduttiva del primo grado di giudizio (23.03.2011), e cioè coprirà tutto il periodo antecedente i dieci anni precedenti detta notifica, vale a dire il periodo fino al 23.03.2001.

Inoltre non può essere condiviso l'assunto rilevato dal Tribunale secondo cui l'applicazione della CMS da parte della banca indicherebbe l'esistenza di un fido, perché l'art. 2 bis del d.l. n. 185/2008 prevede che "Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido."

Lo stesso può dirsi per la prolungata tolleranza di saldi debitori, che dimostra soltanto una scopertura o piuttosto sconfinamenti in assenza di fido, da cui non è possibile desumere la concessione di un fido, tanto che l'art. 117 bis TUB prevede che "A fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento."

Per concludere circa il primo motivo di doglianza, deve affermarsi la estinzione per prescrizione di tutti i diritti alla restituzione di interessi passivi illegittimamente applicati dalla BANCA nel presente rapporto bancario fino al 23.03.2001.

Con la sua **SECONDA CENSURA**, l'istituto di credito appellante censura la sentenza del Tribunale di Como per aver ritenuto erroneamente assolto l'onere probatorio che incombeva sulla SOCIETÀ SRL con la sola produzione di estratti conto scalari piuttosto che con la produzione di quelli analitici.

Ritiene la Corte che la doglianza sia comunque assorbita dall'accoglimento del primo motivo di appello, perché, siano gli estratti conto esaminati dal CTU analitici ovvero "scalari", comunque le somme ritenute dal CTU indebitamente pagate dalla SOCIETÀ SRL sono relative al periodo antecedente il 23.03.2001, periodo, che si è già visto essere coperto da prescrizione.

Ancora, con il **TERZO MOTIVO** di impugnazione parte appellante lamenta che il Tribunale non si sia pronunciato sulla richiesta subordinata di conversione della capitalizzazione trimestrale degli interessi in capitalizzazione semestrale o annuale, considerata la possibilità di intravedere nel nostro ordinamento l'applicazione di un uso normativo di capitalizzazione semestrale o annuale, poichè recepito in varie disposizioni di legge.

Sentenza, Corte d'Appello di Milano, Pres. Santosuosso - Rel Bonaretti, n. 3776 del 30 agosto 2017

Orbene, ritiene la Corte che anche questo motivo di impugnazione sia assorbito dall'accoglimento del primo; infatti le somme addebitate alla cliente dalla banca si riferiscono ovviamente ad interessi anatocistici relativi alla capitalizzazione di interessi debitori: questi ultimi sono maturati, come si evince dagli atti di causa, fino al 28.02.2001, epoca dalla quale il conto corrente in questione è stato sempre in attivo: quindi il diritto alla restituzione di essi è prescritto poiché è praticamente coincidente la data fino alla quale di diritti della cliente sono prescritti (23.03.2001) con quella da cui inizia il periodo di andamento a credito del conto medesimo (28.02.2001).

Conclusivamente, per le motivazioni sopra esposte, l'impugnazione proposta dalla BANCA SPA deve essere accolta e, per l'effetto, la sentenza impugnata deve essere riformata per intero.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza.

PQM

La Corte d'Appello di Milano, Sezione Prima Civile, definitivamente pronunciando, così dispone:

-. accoglie l'appello promosso dalla BANCA SPA e riforma per intero la sentenza impugnata n. 247/2015 del Tribunale di Como, pubblicata il 09.02.2015, e per l'effetto.

-. dichiara prescritto ogni diritto vantato da SOCIETÀ SRL in liquidazione nei confronti di BANCA SPA e rigetta ogni sua domanda;

-. condanna l'appellata SOCIETÀ SRL in liquidazione, già SOCIETÀ Spa, a restituire a. BANCA SPA la somma di euro 25.736,09, pagata in esecuzione della sentenza impugnata, oltre interessi legali dal dì del pagamento al saldo;

-. condanna l'appellata SOCIETÀ SRL in liquidazione, già SOCIETÀ Spa alla rifusione in favore di BANCA Spa delle spese di lite del primo grado di giudizio, che si liquidano in euro 700,00 per spese e 5.000,00 per compensi professionali oltre 15% per spese generali ed IVA e CPA come per legge, nonché delle spese di lite del presente grado di giudizio, che si liquidano in euro 382,50 per contributo e marca e in euro 3.600,00 per compensi professionali oltre 15% per spese generali ed iva e cpa come per legge;

-. pone le spese della CTU contabile eseguita in primo grado interamente a carico della SOCIETÀ SRL s.r.l. in liquidazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 05 luglio 2017.

Il Presidente
Dott. Amedeo Santosuosso
Consigliere Relatore
Dott. Domenico Bonaretti-

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