

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO**

Sezione Prima Civile

nelle persone dei seguenti magistrati: - dr. **OMISSIS** - dr.ssa **OMISSIS** - dr. **OMISSIS** relatore
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. XXX /2023 promossa in grado d'appello DA
OMISSIS s.p.a.

APPELLANTE

CONTRO

OMISSIS s.r.l.

E

OMISSIS - contumace **OMISSIS**

Avente ad oggetto: contratti bancari

##4" seguenti conclusioni: C## s.p.a.

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di **OMISSIS** contrarii reiectis, così giudicare: nel merito in via principale: - accertare e dichiarare la nullità della sentenza per i motivi esposti in atti; - accertata dichiarata per tutte le ragioni esposte in atti, e da intendersi qui per ritrascritte, la fondatezza dell'appello proposto, riformare la sentenza del Tribunale di ##4 n. **OMISSIS** /2023 pubblicata il **OMISSIS**, resa a definizione del giudizio n. XXX/2018 r.g., con conseguente rigetto di tutte le domande svolte dalla società **OMISSIS** s.r.l. in primo grado nei confronti di **OMISSIS** s.p.a. nel merito, in via subordinata: - nella denegata ipotesi di mancata integrale riforma della sentenza del Tribunale di **OMISSIS** xxx/2023 pubblicata il (DATA) resa nel giudizio n. xxx/2018 r.g., si chiede che la Corte di Appello adita, a parziale riforma della sentenza de qua, ridetermini, previo rinnovo/richiamo della CTU svolta nel primo grado l'eventuale minore importo dovuto da **OMISSIS** s.p.a. alla società **OMISSIS** s.r.l.; - nell'ipotesi in cui, nelle more, l'appellante avesse proceduto al pagamento delle somme oggetto della sentenza di primo grado, condannare gli appellati alla restituzione delle somme da quest'ultima quindi incassate, oltre a interesse e rivalutazione; - con vittoria di spese di entrambi i giudizi, compenso professionale, Iva e Cpa di legge, oltre rimborso forfettario delle spese nella misura del 15%.

s.r.l., appellata **OMISSIS** l'**OMISSIS** ma Corte d'Appello di **OMISSIS** rigettare nel merito il gravame proposto in quanto infondato in fatto ed in diritto confermando la sentenza emessa dal Tribunale di **OMISSIS** n. XXX/2023 pubblicata il :P 1:P a definizione del giudizio n. **OMISSIS** /2018 r.g.

Con condanna dell'appellante ai compensi ed alle spese di entrambi i gradi di giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. **OMISSIS** /2023 pubblicata in data **OMISSIS** il Tribunale Ordinario di **OMISSIS** definitivamente pronunciando sulla domanda proposta, disattesa ogni altra istanza e deduzione, così statuiva: - in accoglimento della domanda attorea, acclarato che, l'esatto dare/avere tra le parti (in favore di **OMISSIS** s.r.l.), in relazione al rapporto nr. **OMISSIS**, è pari ad euro 6.709,75 per rimesse solutorie sino alla data del 10.03.2008, e ad euro 107.050,14 quale saldo ricalcolato del suddetto conto corrente dalla data dell'11.03.2008 al 10.02.2017, condanna la convenuta **OMISSIS** s.p.a. in persona del legale rappresentante p. t., alla restituzione, in favore di **OMISSIS** s.r.l., della complessiva somma di euro 113.759,89 oltre interessi come per legge.

Per effetto di quanto al punto che precede, condanna **OMISSIS** S.p.a. in persona del legale rappresentante p.t. al pagamento in favore di **OMISSIS** s.r.l. delle spese e competenze di Causa, che liquida in complessivi euro 6.000,00 per onorario oltre euro 545,00 per spese (C.U. oltre diritti), oltre Iva se dovuta, Cpa ed RF, ed oltre alle spese di **OMISSIS**.

Compensa integralmente le spese e competenze di causa tra **OMISSIS** la **OMISSIS** s.r.l. e la **OMISSIS** s.p.a.

La vicenda può essere sunteggiata nei termini che seguono.

- Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. **OMISSIS** s.r.l. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di **OMISSIS** s.p.a. chiedendo, previa rideterminazione dell'esatto dare-avere tra le parti in relazione al rapporto di conto corrente nr. XXXX, nel rispetto delle indicazioni fornite e sulla base della documentazione in atti, la condanna del convenuto istituto bancario **OMISSIS** s.p.a. alla restituzione, in favore del ricorrente, delle somme illegittimamente addebitate nella misura da accettare in corso di giudizio e prudenzialmente indicate in euro 26.322,13 o in quella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, oltre spese di **OMISSIS** interessi dalla domanda al soddisfo e competenze ed onorari di causa. A fondamento della domanda eccepiva la nullità del contratto per difetto di forma scritta *ad substantiam*, la nullità delle clausole contrattuali che prevedevano la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, l'illegittimo addebito delle commissioni di massimo scoperto e di commissioni di affidamento e di istruttoria veloce e l'illegittima applicazione di tasso usurario nel calcolo degli interessi passivi, ritenendo pertanto sussistente il diritto della ricorrente alla restituzione di tutte le somme indebitamente versate alla banca in quanto i pagamenti erano stati eseguiti in mancanza di qualunque causa debendi.

- Si costituiva in giudizio **OMISSIS** s.p.a. la quale eccepiva in via preliminare l'incompetenza territoriale dell'organo giudicante adito.

Nel merito chiedeva accertarsi e dichiararsi la prescrizione del diritto della società attrice alla ripetizione per il periodo anteriore al 13.03.2008 con declaratoria di decadenza della **OMISSIS** s.r.l. dal diritto di contestazione degli estratti conto ex art. 1892 c.c. e conseguente reiezione di tutte le domande articolate in giudizio da parte attrice, nullo dovendo "3! s.p.a. alla società - **OMISSIS** s.r.l.

Instaurato il contraddittorio, il giudice di primo, vista la presenza in atti di tutti gli estratti conto, visti i relativi calcoli, visto l'art. 7 del TUB, verificata la mancata pattuizione del tasso debitorio infra-fido e quindi la necessità di applicazione dell'art. 7 TUB nonché la mancata pattuizione della c.d.f. e della c.t.v., invitava le parti ad una eventuale conciliazione della lite che non aveva luogo.

Pertanto, era disposta CTU contabile, la cui relazione peritale era ritualmente depositata.

All'udienza del 15.02.2023 la causa era trattenuta in decisione e decisa con la sentenza appellata con la quale l'organo decidente di primo grado, in accoglimento della domanda attorea, acclarato che l'esatto dare/avere tra le parti in favore di **OMISSIS** s.r.l. in relazione al rapporto nr. xxx è pari ad euro 6.709,75 per rimesse solutorie sino alla data del 10.03.2008 e ad euro 107.050,14 quale saldo ricalcolato del suddetto conto corrente, dalla data dell'11.03.2008 al 10.02.2017, condannava la convenuta **OMISSIS** s.p.a. alla restituzione in favore di **OMISSIS** s.r.l. della somma di euro 113.759,89 oltre interessi come per legge, oltre alla rifusione delle spese di lite liquidate in euro 6.000,00 per onorari ed euro 545,00 per spese oltre IVA e CPA se dovuti e maggiorazione del 15% per rimborso spese generali.

Erano invece compensate integralmente tra le parti le spese di causa tra **OMISSIS** la **OMISSIS** s.r.l. e la convenuta principale.

decidente di primo grado poneva a base della decisione le risultanze peritali di cui alla CTU espletata in corso causa, che richiamava nella motivazione, nella parte in cui il CTU rilevava che per il conto corrente ordinario nr. xxxxx, sulla base del saldo ricalcolato, relativo al periodo antecedente alla data del 10.03.2008, gli indebiti addebitati in conto corrente sino alla data del 10.03.2008 erano pari ad euro 6.709,75 ed erano costituiti da rimesse solutorie e dunque da operazioni intervenute in epoca anteriore al decennio decorrente dal primo atto interruttivo della prescrizione, mentre per il periodo successivo, e dunque dal 11.03.2008 a seguire, tutti gli addebiti effettuati in conto corrente risultano addebitati con rimesse la cui ripetizione non risulterebbe prescritta.

Il saldo ricalcolato per il periodo tra la data del 1'11.03.2008 ed quella del 10.02.2017, <<rielaborato secondo le date valuta, mantenendo invariate le spese, espungendo le

commissioni di massimo scoperto infra-fido, eliminando la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi dal 1.01.2014 senza procedere ad alcuna ricapitalizzazione, ricalcolando gli interessi passivi applicando ai saldi debitori infra-fido i tassi sostitutivi di cui all'art. 117 TUB (nella versione pro correntista) e ricalcolando gli interessi creditori applicando i tassi convenzionali recependo anche le variazioni dei tassi rispetto a quelli documentalmente provati come indicati negli estratti conto scalari», era pari ad euro 107.050,14 a credito del correntista, a fronte di un saldo da estratto conto alla medesima data pari ad euro 0,00, con rettifica a favore del correntista pari ad euro 107.050,14. **OMISSIS** di affidamenti per cassa era deducibile dall'andamento del conto corrente oggetto di indagine, dall'addebito della voce "commissioni per concessione/rinnovo fido", e dall'addebito della commissione di massimo scoperto, calcolata con aliquote differenti (una sul plafond dell'affidamento e un'altra sull'eccedenza del massimo scoperto del trimestre rispetto al plafond dell'affidamento).

Conseguentemente rilevava come la **OMISSIS s.r.l.** aveva sempre operato sul conto non con propria provvista, ma prendendola a prestito dalla **OMISSIS** mediante l'utilizzo del fido, privo di convenzione sul relativo tasso di interesse applicabile. Pertanto, non essendo documentata un'apertura di credito in senso tecnico, la pattuizione del relativo tasso sarebbe contraria all'art. 117 comma 4 TUB, con conseguente applicazione del tasso sostitutivo di cui all'art. 7 del predetto articolato di legge.

In ordine alla mancata pattuizione della commissione di massimo scoperto intra-fido, rilevava come nel caso di specie non risultavano disciplinati l'entità ed in meccanismi applicativi della stessa, non essendone previsto il tasso, con conseguente diritto dell'attrice alla ripetizione delle somme indebitamente trattenute dalla **OMISSIS** a tale titolo.

Per tali ragioni, ritenuto assolto da parte attrice il relativo onere probatorio, l'organo giudicante di primo grado acclarava il relativo diritto alla restituzione delle somme indebitamente addebitate dal convenuto istituto di credito **OMISSIS s.p.a.** sul conto corrente in oggetto, come quantificate nell'elaborato peritale, che quantificava in sentenza in euro 113.759,89 oltre interessi come per legge.

Avverso la predetta sentenza ha interposto appello **OMISSIS s.p.a.**

Con **PRIMO MOTIVO** di appello eccepiva la nullità della sentenza impugnata in quanto illogica e non adeguatamente motivata.

Con il **SECONDO MOTIVO** di appello censurava la sentenza appellata nella parte in cui riteneva provati i fatti dedotti in giudizio, asserendo l'insufficienza della documentazione prodotta e posta a fondamento della domanda.

Rilevava al riguardo che dalla stessa relazione peritale emergeva la mancata produzione degli estratti conto per una parte del rapporto, non essendo stati prodotti gli estratti conto per il solo periodo dal 1.07.2008 al 30.09.2008 e la documentazione dei movimenti a scalare del 2006 fino al 31.12.2006, il che aveva determinato l'impossibilità di individuare tutti i movimenti intervenuti e quindi l'impossibilità di ricostruire compiutamente il rapporto.

A fondamento delle suddette censure richiamava l'orientamento giurisprudenziale secondo cui è onere del correntista produrre integralmente gli estratti conto necessari per la ricostruzione del rapporto dare avere per l'intero periodo posto in contestazione, non potendosi altrimenti ritenere assolto il relativo onere probatorio e possibile la rideterminazione del rapporto dare-avere.

Con il terzo motivo di appello censurava la sentenza impugnata nella parte in cui individuava, in assenza di contratto scritto di affidamento, la presenza di un fido di fatto desumendolo dagli estratti conto e dall'analisi dei conti svolta in sede di **OMISSIS** Richiamava al riguardo l'orientamento giurisprudenziale (Cass. Civ. Sez. Un. 2.12.2010 n. 24418) per cui sarebbe onere del correntista che agisce in giudizio dimostrare la natura ripristinatoria delle rimesse oggetto di contestazione, dovendosi alle stesse, in assenza di elementi probatori specifici, attribuire natura solutoria ed in quanto tale, rivestendo il carattere di pagamento, avrebbe rilevanza per il decorso del termine di prescrizione.

Riteneva, inoltre, non condivisibile la scelta di chiedere al CTU di verificare la presenza di rimesse solutorie solo dopo aver ricalcolato il saldo atteso che l'unica modalità attendibile per verificare la natura delle rimesse intervenute sul conto corrente è quella fondata sul saldo emergente dagli estratti conto e non su quello epurato dagli asseriti illegittimi addebiti.

Con il quarto motivo di appello censurava la sentenza impugnata nella parte in cui rilevava di ufficio la presenza di un affidamento e la mancanza di pattuizioni di tassi debitori intra-fido, e chiedeva al CTU di sostituire il tasso debitore applicato dall'istituto bancario con quello sostitutivo ex art. 117 TUB.

Tanto premesso, nel caso di specie, assunto che il tasso debitore e la commissione di massimo scoperto erano stati pattuiti nel contratto di apertura del conto corrente e premesso che le doglianze di parte attrice relative agli interessi e commissioni non riguardavano l'assenza di pattuizione, ammettendo il delinarsi di una ipotesi di nullità, rilevava come sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia riconosciuto la possibilità che la nullità venga rilevata di ufficio dall'organo giudicante, tale possibilità deve comunque essere coordinata con l'onere di allegazione e probatorio, sicché il giudice, in caso di mancanza della parte, non potrebbe alla stessa sostituirsi.

Su tali basi, in via istruttoria, chiedeva disporsi nuova ricostruzione del saldo del c/c de quo considerando valida la pattuizione dei tassi di interesse anche entro il fido dall'accensione, ovvero utilizzando i tassi di interessi applicati dalla **OMISSIS** secondo le variazioni via via intervenute e risultanti dagli estratti conto scalari, il tutto nei limiti della pattuizione originaria. Con il quinto motivo di appello adduceva che il giudice di primo grado aveva rilevato di ufficio la presenza di un affidamento e la mancata pattuizione delle commissioni di massimo scoperto intra-fido chiedendo al CTU di espungerla.

Invece il tasso debitore e la commissione di massimo scoperto erano stati pattuiti nel contratto di apertura del conto corrente; contro parte non avrebbe dimostrato la natura affidata del conto corrente ed il giudice non avrebbe dovuto indagare circa l'eventuale pattuizione delle condizioni relative all'affidamento.

Inoltre, le doglianze di controparte relative ad interessi e commissioni non riguardavano l'assenza di pattuizione. - Si costituiva in giudizio +F +F 9 s.r.l. contestando integralmente l'atto di gravame, e ritenendo infondati i motivi articolati e corretto il costruito a base della decisione chiedeva la conferma della sentenza appellata.

In ordine all'assolvimento dell'onere probatorio a proprio carico rilevava che la documentazione prodotta in atti e segnatamente gli estratti conto bancari coprivano la maggior parte del periodo di articolazione del rapporto di conto corrente, risultando non coperti da supporto documentale un esiguo arco temporale, non incidente nella ricostruzione del rapporto dare/avere. Al riguardo richiamava l'assunto giurisprudenziale (Cass. Civ. 9.02.2023 n. 4084) secondo cui nel rapporto di conto corrente bancario, il correntista che agisce per la ripetizione di denaro che affermi essere stato indebitamente corrisposto all'istituto di credito nel corso dell'intera durata del rapporto o per addebiti non previsti in contratto, è onerato della prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida causa debendi, mediante deposito degli estratti conto periodici di tale conto corrente riferito all'intera durata del rapporto con la conseguenza che qualora egli depositi solo alcuni di essi, se da un lato non costituisce fatto impediente il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell'avere tra le parti per la parte del rapporto non documentata, dall'altro tale omissione non costituisce fatto impediente il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell'avere tra le parti per la parte documentalmente riscontrata.

Deduciva inoltre che nel caso di mancata consegna del contratto al correntista da parte dell'istituto di credito, nonostante il dettato dell'art. 119 TUB, l'esistenza di un affidamento di fatto può dedursi da una serie di circostanze, giurisprudenzialmente tipizzate, individuate dal CTU nel caso di specie e considerate dall'organo giudicante di primo grado nella sentenza appellata. ##4/ bancario avrebbe sin dall'inizio consentito una stabile passività di conto corrente

concedendo una consistente disponibilità di provvista alla società correntista ed applicando ab origine CMS calcolate con aliquote differenti.

Su tali basi doveva ritenersi che il conto corrente in oggetto fosse affidato.

Adduceva inoltre la corretta applicazione da parte del CTU del criterio del saldo rettificato nella determinazione dei rapporti di dare/avere. Su tali basi chiedeva il rigetto del gravame.

Restava contumace. All'udienza del 23.10.2024 la causa era trattenuta in decisione ex art. 352 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

OMISSIS proposto dalla società appellante appare parzialmente fondato e va accolto nei limiti di seguito indicati.

Preliminarmente va rilevata l'infondatezza del primo motivo di appello atteso che nella parte motiva della sentenza di primo grado sono esaminate in dettaglio tutte le problematiche giuridiche e fattuali conferenti agli argomenti difensivi articolati dalle difese delle parti in causa, facendo riferimento alle risultanze peritali, poste a fondamento della decisione.

Ne consegue che la sentenza impugnata risulta immune da carenze o insufficienze motivatorie tali da invalidarne il costruito sotto il profilo della carenza di motivazione.

Del pari infondato risulta il secondo motivo di appello - con cui si censurava la sentenza appellata nella parte in cui riteneva provati i fatti dedotti in giudizio, asserendo l'insufficienza della documentazione prodotta e posta a fondamento della domanda in ragione della mancata produzione, per alcuni periodi dell'articolazione del rapporto, degli estratti conto, il che, non avendo parte attrice assolto al relativo onere probatorio, avrebbe dovuto comportare il rigetto della domanda - vale in primis rilevare che la mancata produzione degli estratti conto attiene ad un limitato arco temporale, compreso tra il **OMISSIS** ed il **OMISSIS** e, per i movimenti a scalare, fino al 31.12.2006 dell'anno 2006, il che, in ragione dell'ampiezza del periodo per il quale si è articolato il rapporto di conto corrente intercorso tra le parti, risalente ad epoca assai anteriore, è del tutto ininfluenza nella ricostruzione della movimentazione del rapporto che, con la sola eccezione dei predetti assai limitati archi temporali, è coperto da idonea produzione documentale.

Tanto premesso vale al riguardo richiamare l'assunto giurisprudenziale secondo cui (Cass. 9.02.2023 n. 4084) nel rapporto di conto corrente bancario, il correntista che agisce in giudizio per la ripetizione di denaro che afferma essere stato indebitamente corrisposto all'istituto di credito nel corso dell'intera durata del rapporto o per addebiti non previsti in contratto, è onerato della prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida causa debendi, mediante deposito degli estratti conto periodici di tale conto corrente riferito all'intera durata del rapporto con la conseguenza che qualora siano depositati solo alcuni di essi, se da un lato ciò impedisce la ricostruzione del rapporto di dare/avere tra le parti per la parte del rapporto non documentata, dall'altro tale omissione non costituisce fatto impediente il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell'avere tra le parti per la parte documentalmente riscontrata (in tal senso anche Cass. Civ. n. 3597/2022), che ben può essere in concreto operata, risultando pertanto assolto da parte del correntista che ne chiede l'accertamento il relativo onere probatorio.

Va altresì considerato che, come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, l'estratto conto non costituisce l'unico mezzo di prova attraverso cui operare la ricostruzione delle movimentazioni del rapporto, non potendo di certo escludersi che la movimentazione del conto possa essere accertata anche a mezzo di elementi documentali rappresentativi delle movimentazioni intercorse.

Nel caso di specie, come appena evidenziato, gli estratti conto prodotti coprono, per il periodo di articolazione del rapporto di conto corrente, compreso tra il **OMISSIS** - data di apertura del conto - ed il **OMISSIS** - data di estinzione del rapporto - la quasi totalità dell'articolazione del rapporto, risultando mancanti per un arco temporale alquanto marginale, compreso tra il **OMISSIS** ed il **OMISSIS**. Pertanto, in ragione dell'ampio arco temporale di vita del rapporto di

conto corrente in esame, come ritenuto dall'organo giudicante di primo grado, deve considerarsi assolto l'onere probatorio da parte attrice avendo la stessa, provata l'avvenuta chiusura del conto, depositati in atti gli estratti conto per il periodo innanzi indicato, idonei a rilevare l'effettivo andamento del rapporto e l'individuazione delle operazioni contestate, sulla cui base il CTU ha compiutamente operato la ricostruzione del rapporto di dare/avere relativo al conto corrente in oggetto. In particolare, il OMISSIS sulla base della documentazione in atti, ha potuto ricavare non solo l'esistenza ma anche il limite dell'affidamento distinguendo le rimesse di tipo ripristinatorio da quelle di tipo solutorio ai fini della valutazione del decorso del termine di prescrizione.

In modo assolutamente corretto il CTU ha collegato il periodo immediatamente precedente all'1.07.2008 ed il periodo immediatamente successivo al 30.09.2008 tramite operazione di raccordo tra i due periodi.

Segue il rigetto del secondo motivo di appello.

Del pari va rilevata l'infondatezza del terzo motivo di appello - con cui si censurava la sentenza impugnata nella parte in cui individuava, in assenza di contratto scritto di affidamento, la presenza di un fido di fatto desumendolo dagli estratti conto e dall'analisi dei conti svolta in sede di CTU - del quarto motivo di appello - con cui si censurava la sentenza impugnata nella parte in cui rilevava di ufficio la presenza di un affidamento e la mancanza di pattuizioni di tassi debitori intra-fido, e chiedeva al CTU di sostituire il tasso debitore applicato dall'istituto bancario con quello sostitutivo ex art. 117 TUB - e del quinto motivo di appello - con cui si adduceva che il giudice di primo grado aveva rilevato di ufficio la presenza di un affidamento e la mancata pattuizione delle commissioni di massimo scoperto intra-fido chiedendo al CTU di espungerle - che possono essere congiuntamente esaminati.

In ragione delle conclusioni formulate dal CTU in esito agli accertamenti peritali svolti e segnatamente in relazione alla individuazione di rimesse qualificate come solutorie in ragione della accertata circostanza che il conto era assistito da affidamento, va premesso che, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, a fronte della comprovata esistenza di un contratto di conto corrente assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti emerge dagli estratti conto che il correntista, attore in via di ripetizione, ha onere di produrre in giudizio, ed incide conseguentemente sul decorso del termine prescrizione in relazione al diritto alla ripetizione, rivestendo le rimesse solutorie natura di pagamento, e quelle ripristinatorie di semplice ripristino della provvista. In particolare, nel caso in cui i versamenti abbiano avuto natura ripristinatoria della provvista, il termine di prescrizione del diritto alla ripetizione decorre non dalla data di annotazione in conto ma dalla data di chiusura del rapporto in ragione della continuità del rapporto di provvista perdurante sino al momento estintivo del rapporto e della funzione meramente ripristinatoria della provvista svolta dai versamenti, mentre, nel caso in cui il conto non sia assistito da affidamento o in caso di operazioni extra-fido, il versamento riveste natura solutoria in quanto volto a ripianare una passività costituente voce di debito e pertanto, rivestendo natura di pagamento, il termine di prescrizione decorre dalla data della singola operazione (Cass. Civ. Sez. Un. n. 24418/2010). t## di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, opponga l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme debitamente addebitate sul conto corrente nel corso dell'esplicazione del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte, e, in materia di contratto di conto corrente bancario, poiché la decorrenza della prescrizione è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti effettuati dal cliente, essa matura sempre alla data del pagamento, qualora il conto risulti in passivo e non sia stata concessa al cliente un'apertura di credito, oppure quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accertamento.

Ne discende che, eccetto dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'addebito per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata

(Cass. Civ. 11.11.2022 n.).

Tanto premesso, nel caso di specie, come ritenuto con la sentenza di primo grado, è comprovato che il conto corrente oggetto di causa era assistito da affidamento.

Al riguardo consolidata giurisprudenza di merito (OMISSIS 24.07.2018, App. Bari 3.08.2020, App. Napoli 28.12.2016, Trib. OMISSIS 11.01.2017, Trib. Torino 8.01.2021 ecc.) ha costantemente affermato che anche in difetto di una espressa pattuizione scritta può ritenersi sussistente un contratto di apertura di credito, c.d. fido di fatto, in presenza di specifici elementi sintomatici idonei a dimostrare l'esistenza dell'affidamento, costituiti dalla stabilità e non occasionalità dell'esposizione debitoria protratta nel tempo, dalla mancata richiesta da parte dell'istituto di credito di rientro dallo scoperto di conto corrente, dalla previsione ed applicazione di distinti tassi debitori.

Vale rilevare che la nullità dell'apertura di credito derivante dal difetto di forma scritta richiesta dal dettato dell'art. 117 TUB integra una nullità di protezione eccepibile solo dal soggetto a beneficio del quale e configurata o dal giudice nel caso risulti vantaggiosa per il cliente correntista.

Conseguentemente non può essere preclusa al cliente la facoltà di provare la esistenza di un affidamento di fatto, non assistito da forma scritta.

Dalla documentazione in atti e sulla base della ricostruzione della movimentazione del conto operata dal /:P4f+F di cui è dato ampio e dettagliato conto nel corpo dell'elaborato peritale, emerge in modo chiaro ed oggettivo come l'istituto di credito abbia sin dall'inizio dell'articolazione del rapporto consentito una stabile passività di conto corrente concedendo una consistente disponibilità di provvista alla società correntista, il che comprova la sussistenza di fatto dell'affidamento.

Al riguardo vale rilevare come il **OMISSIS** sulla base della documentazione in atti, abbia non soltanto accertato che il conto era affidato, ma anche determinato il limite dell'affidamento, potendo conseguentemente discernere le rimesse ripristinatorie da quelle solutorie, tali risultando, in presenza di affidamento, quelle relative a operazioni extra-fido.

In particolare l'esistenza degli affidamenti per cassa è stata rilevata da una serie di fattori e segnatamente dall'analisi dell'andamento del conto corrente ed in specie dall'esame degli estratti conto scalari - che ha evidenziato l'esistenza di aperture di credito per elasticità di cassa - dall'esame degli scalari degli estratti conto - nei quali risultano indicati due, e in alcuni casi anche tre, tassi di interesse con medesima data di decorrenza - dall'addebito della voce «commissioni per concessione/rinnovo fido», nonché dall'addebito commissione di massimo scoperto, calcolata con aliquote differenti, una sul planfond dell'affidamento ed un'altra sull'eccedenza del massimo scoperto del trimestre rispetto al planfond dell'affidamento.

Ne consegue che la banca sin dall'inizio dell'articolazione del rapporto ha consentito alla società correntista la tenuta di una stabile e protratta passività di conto, concedendo conseguentemente di fatto una provvista alla società correntista, con applicazione, ab origine, di commissioni di massimo scoperto calcolate con aliquote differenti, situazione univocamente riferibile ad una scopertura attuata con il consapevole consenso dell'istituto di credito che ha inequivocabilmente mostrato di voler considerare il conto non già propriamente scoperto ma semplicemente passivo sull'implicito chiaro presupposto del riconoscimento di un affidamento per cassa, operando con addebiti sotto voce di «commissioni per concessione/rinnovo fido».

Inoltre, come rilevato dall'organo giudicante di primo grado, nel contratto in oggetto risulta indicato solo il tasso debitore, non già due tassi, e segnatamente quello infra-fido e quello extra-fido, sicché la banca ha applicato il ridetto tasso di interessi anche per il calcolo degli interessi

passivi, considerando le rimesse via via intervenute, come solutorie invece che, quali erano, ripristinatorie.

Ne consegue che # # # s.r.l. ha continuativamente sempre operato sul conto non con provvista propria va prendendola a prestito dalla banca, mediante l'utilizzo del fido, di fatto concesso dall'istituto di credito anche in assenza di una specifica convenzione scritta in ordine al relativo tasso applicabile.

Ne consegue che attraverso la produzione degli estratti conto, **OMISSIS s.r.l.** ha fornito la prova dell'esistenza tra la stessa e **OMISSIS s.p.a.** di un accordo sull'affidamento che ha avuto effettiva e continuata applicazione.

In assenza di una apertura di credito in senso tecnico, il relativo tasso pattuito risulta contrario al dettato dell'art. 117 comma 4 TUB, il che comporta l'applicazione del tasso sostitutivo di comma 7 del surriferito articolato normativo.

Vale rilevare al riguardo che, pur trattandosi di questione posta al vaglio dell'organo giudicante di primo grado e, comunque, emersa in corso di causa, trattandosi di violazione di norme sulla trasparenza bancaria sanzionata dal dettato dell'art.117 TUB, la nullità è rilevabile di ufficio come espressamente previsto dall'art. 117 comma 6 TUB, e riconosciuto dalla stessa appellante nell'atto di gravame.

Con riferimento alla mancata pattuizione delle commissioni di massimo scoperto intra-fido occorre rilevare che l'applicazione delle stesse è valida solo se pattuita per iscritto ed in modo dettagliato, in ossequio al dettato di cui all'art. 117 TUB. Nel caso di specie, la pattuizione della commissione in oggetto, pur resa per iscritto, non disciplina l'entità ed i meccanismi applicativi della stessa, atteso che la clausola che la prevede non specifica in modo chiaro e dettagliato il tasso, la base di calcolo, il criterio e la periodicità dell'addebito, il che, rendendo inesistente l'accordo al riguardo, comporta il diritto del correntista di ripetere le somme indebitamente trattenute a tale titolo dall'istituto di credito.

Comprovato che il conto era affidato, correttamente il CTU ha applicato il criterio del saldo rettificato escludendo la presenza di rimesse solutorie dall'11.03.2008, con la conseguenza che l'eccezione di prescrizione sollevata dall'istituto di credito appellante non poteva certamente trovare accoglimento in quanto i versamenti di natura ripristinatoria non costituiscono pagamenti e pertanto sfuggono alla prescrizione decennale dell'azione di ripetizione delle somme addebitate a far data dal singolo addebito, iniziando invece a decorrere dalla chiusura del conto e nel caso di specie dalla data del 10.02.2017. Se il contratto risulta viziato da nullità parziali gli estratti conto porteranno dei saldi viziati che non potranno definire se quella eccezione sia una rimessa solutoria o solutoria. Solo previa epurazione degli estratti conto dagli effetti delle clausole nulle con conseguenti addebiti illegittimi, può pervenirsi al saldo ricalcolato, individuando di fatto il limite dell'affidamento oltre il quale l'operazione è da considerare extra-fido, permettendo quindi di verificare se quella specifica operazione sia solutoria conformemente a quanto statuito dalla esaminata giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ. Sez. Un. 2.12.2010 n. 24418). Vale al riguardo richiamare l'assunto giurisprudenziale per cui per verificare se un versamento effettuato dal correntista nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente abbia avuto natura solutoria o solo ripristinatoria, occorre, all'esito della declaratoria di nullità delle clausole anatocistiche, eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente determinare il reale passivo del correntista e ciò anche al fine di verificare se quest'ultimo ecceda o meno i limiti del concesso affidamento (Cass. Civ. Sez. I, 19.05.2020 9141). Su tali basi anche la giurisprudenza di merito (OMISSIS 20.01.2020 n. 176/2020) ha dunque affermato che la quantificazione delle rimesse deve essere effettuata sul saldo rideterminato non già sul saldo contabile.

Su tali basi appaiono condivisibili e correttamente elaborate le conclusioni peritali.

In particolare, il CTU evidenziava che «per il conto corrente ordinario nr. 40649230, dalla ricostruzione effettuata sulla base del saldo ricalcolato (che considera il periodo antecedente al 10.03.2008 - la cui rielaborazione risulta riportata nel prospetto allegato sub 1), è stato verificato

come: 1) gli indebiti addebitati in conto sino alla data del 10.03.2008, pari a complessivi euro 6.709,75 risultano essere stati pagati da rimesse solutorie, "operazioni" tutte intervenute e/o annotate in epoca antecedente al decennio decorrente dal primo atto introduttivo idoneo ad interrompere il decorso del termine di prescrizione (datato 10.03.2018); rimesse solutorie la cui ripetizione risulterebbe pertanto prescritta; 2) tutti gli addebiti in conto corrente in conto a partire dal 11.03.2008 risultano essere stati pagati con rimesse annotate in conto corrente in epoca successiva al 10.03.2008, "operazioni" la cui ripetizione, secondo quanto l'insegnamento della S.C. Cassazione nr. 24418 risulterebbe non prescritta>>>.

Il CTU rilevava inoltre che «il saldo ricalcolato del conto corrente ordinario nr. 40649230, dalla data del 11.03.2008 al 10.02.2017 (la cui rielaborazione risulta riportata nel prospetto allegato sub 2), rielaborato secondo le date valuta, mantenendo invariate le spese, espungendo le commissioni di massimo scoperto infra-fido, eliminando la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi dal 1.01.2014 senza procedere ad alcuna ricapitalizzazione, ricalcolando gli interessi passivi applicando ai saldi debitori infra-fido i tassi sostitutivi di cui all'art. 117 TUB (nella versione pro correntista) e ricalcolando gli interessi creditori applicando i tassi convenzionali recependo anche le variazioni dei tassi rispetto a quelli documentalmente provati come indicati negli estratti conto scalari, è pari ad euro 107.050,14 a credito del correntista, a fronte di un saldo da estratto conto alla medesima data pari ad euro 0,00; pertanto la rettifica a favore del correntista ammonta ad euro 107.050,14».

Ne consegue che gli indebiti addebitati in conto sino alla data del 10.03.2008, computati dal CTU in complessivi euro 6.709,75 risultano essere stati pagati da rimesse solutorie, e pertanto per esse, quali "operazioni" intervenute e/o annotate in epoca antecedente al decennio decorrente dal primo atto introduttivo idoneo ad interrompere il decorso del termine di prescrizione, datato 10.03.2018, risulta prescritto il diritto di ripetizione.

Invece le rimesse annotate successivamente all'11.03.2008, non essendo per essere decorso il termine di prescrizione decennale, sono suscettive di ripetizione.

Pertanto, differentemente da quanto ritenuto dall'organo giudicante di primo grado, il saldo ricalcolato del conto corrente ordinario nr. 40649230, dalla data del 11.03.2008 al 10.02.2017 è da riconoscere in euro 107.050,14 a credito del correntista, a fronte di un saldo da estratto conto alla medesima data pari ad euro 0,00.

Ne consegue che la rettifica a favore del correntista va determinata in euro 107.050,14.

Nei predetti termini va parzialmente riformata la sentenza appellata che resta nel resto confermata.

Le spese di lite, in ragione del parziale accoglimento dell'appello proposto da OMISSIS s.p.a. vanno compensate tra le parti nella misura di 4/5 e poste nella restante parte a carico di parte appellata.

Pertanto, parte appellata va condannata alla rifusione in favore di s.p.a. delle spese di lite liquidate in complessivi euro 2.000,00 -pari ad 1/5 dell'ammontare complessivo liquidabile - oltre maggiorazione del 15% per rimborso spese forfetarie CPA ed IVA come dovuti, pari ad 1/5 dell'importo a tale titolo liquidabile.

Nella restante misura dei 4/4 le spese di lite restano compensate tra le parti

P.Q.M.

La Corte d'Appello di **OMISSIS** definitivamente pronunciando sull'appello proposto da **OMISSIS**: s.p.a. nei confronti di **OMISSIS** s.r.l. e **OMISSIS** avverso la sentenza n. **OMISSIS** /2023 pubblicata in data **OMISSIS** del Tribunale Ordinario di **OMISSIS** ogni altra istanza, eccezione, domanda respinta, così dispone: - in parziale accoglimento dell'appello ed in parziale riforma della sentenza appellata, accertato in euro 107.050,14 il saldo ricalcolato del suddetto conto corrente in favore di **OMISSIS** s.r.l., condanna **OMISSIS** s.p.a. in persona del rappresentante pro tempore alla restituzione in favore di **OMISSIS** s.r.l. della complessiva somma di euro 107.050,14 oltre interessi come per legge, confermando nel resto la sentenza appellata. - Dispone la compensazione tra le parti delle spese di lite nella misura di 4/5, e per

l'effetto, per la restante parte pari ad 1/5, condanna l'appellata OMISSIS s.r.l. alla rifusione in favore di OMISSIS s.p.a. del complessivo importo di euro 2.000,00 per compensi difensivi, oltre maggiorazione del 15% per rimborso spese generali, CPA ed IVA come dovuti.

EX PARTE