



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

Sez III civ., riunita in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

- | | |
|------------------------------------|------------------|
| 1) dott.ssa Maria Silvana Fusillo | Presidente |
| 2) dott.ssa Marianna D'Avino | Consigliere |
| 3) dott.ssa Regina Marina Elefante | Consigliere rel. |

nel procedimento nr. 3361/2016, all'esito della camera di consiglio, ha emesso la seguente

SENTENZA

tra

[.....] (10810700152), in persona del procuratore p.t., rapp.ta e difesa dall'avv. [.....], come da procura in calce all'appello, con il quale elett.te dom.lia in Napoli, via [.....], 14.

APPELLANTE

contro

[.....] s.r.l., in persona del l.r.p.t., rapp.ta e difesa, come da procura rilasciata su foglio separato, dall'avv. Biagio Riccio (RCCBGI64S08B759D), con il quale elett.te domicilia in Cardito (NA) alla via Cesare Battisti n° 24.

APPELLATO

CONCLUSIONI

Per l'appellante: in via preliminare: accogliere l'appello e, per l'effetto, riformare la sentenza n. 6325/2016 del 19/05/2016 del Tribunale di



Napoli nella parte in cui il Giudice di prime cure, omettendo totalmente di pronunciarsi sul valore probatorio delle missive 2.09.2009 e del 24/11/09,

non ha dichiarato l'inammissibilità delle avverse domande, stante l'avvenuto riconoscimento del debito; nella parte in cui il Giudice di prime cure, in violazione del principio dell'onere della prova, non ha dichiarato l'inammissibilità delle domande spiegate dalla [.....] Srl, per la genericità delle stesse e per l'assoluta mancanza di elementi probatori posti a loro fondamento;

Nel merito: accogliere l'appello e per l'effetto rigettare le domande della [.....] S.r.l. ed, in accoglimento della domanda riconvenzionale, accertare e dichiarare che la Banca è creditrice della debitrice principale della somma di euro 248.602,40 corrispondente al saldo debitore alla data del 23/5/11 del conto corrente n. 27/09 e, per l'effetto, condannarla al pagamento della detta somma, oltre interessi dalla domanda sino all'effettivo soddisfo;

In via subordinata: accogliere il presente appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, condannare la [.....] S.r.l. al pagamento della somma di euro 139.213,51 elaborata con l'ultima relazione contabile del 26.01.2016, ipotesi n. 2 ed, in via ulteriormente gradata e salvo gravame, alla minor somma di euro 4.303,74 di cui alla detta relazione, ovvero, nella diversa somma che la Corte riterrà dovuta, anche a mezzo di eventuale CTU, essendo inapplicabile l'ipotesi posta a fondamento dell'impugnata sentenza e di cui alla penultima relazione tecnica, per tutti i motivi ampiamente esposti nel corso del primo grado di giudizio e con il presente appello; accogliere l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, condannare la [.....] S.r.l. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio e condannare l'appellata [.....] S.r.l. a restituire alla banca appellante quanto corrisposto in esecuzione della sentenza impugnata.



Per l'appellata: 1. in via preliminare, dichiarare l'inammissibilità, ex art. 342 c.p.c., del proposto appello; 2. nel merito, confermare in toto, in base alle argomentazioni di cui in narrativa, la sentenza di primo grado; 3. col favore delle spese e degli emolumenti dei due gradi di giudizio, da attribuire allo scrivente procuratore, il quale dichiara di averne fatto anticipo.

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

§.1. [.....] S.r.l., già [.....] S.p.A., convenne in giudizio il Banco [.....], per la ripetizione delle somme indebitamente incamerate dalla Banca in virtù di illegittime condizioni di c.c.

1.1. A tal fine dedusse di avere intrattenuto con il Banco [.....] un rapporto iniziato il 30/11/92, contrassegnato da c.c nr. 27/09 e conti anticipi nrrr. 08/19, 9138/01, 310348/7, 310358/5, cui la banca avrebbe applicato tassi non pattuiti (che avrebbero anche superato il tasso soglia), con capitalizzazione trimestrale, per cui essa correntista era in realtà creditrice della Banca per € 1.067.965,07.

1.2. Costitutosi, il Banco [.....] SpA eccepì la nullità della citazione e, in via preliminare, la prescrizione del diritto alla ripetizione; nel merito contestò la domanda di pagamento, spiegando domanda riconvenzionale per ottenere il pagamento del saldo negativo di c.c. pari ad € 248.602,40.

1.3. Il Tribunale, istruita la causa con acquisizione documentale ed espletamento della CTU contabile, condannò la Banca a rimborsare alla società attrice la somma di € 73.065,06, oltre interessi legali decorrenti dalla data di ciascuna rimessa indebita, al soddisfo, sul presupposto della malafede della Banca per avere applicato condizioni illegittime.

§.2. La sentenza nr. 6325/2016 del Tribunale di Napoli è stata impugnata dal Banco [.....].

La Corte, all'udienza del 01.07.2020, ha trattenuto la causa in decisione, previa concessione alle parti dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. (60+20).



2.1. Con il primo motivo di appello, la Banca lamenta un'omessa pronuncia sul valore - di ricognizione di debito o di promessa di pagamento - delle scritture del 09.02.09 e del 24.11.09, con le quali la [.....] si era riconosciuta debitrice della Banca, nemmeno sotto il profilo probatorio di cui all'art. 115 c.p.c.

2.2. Con il secondo motivo, il Banco [.....] lamenta un'erronea applicazione del principio dell'onere della prova, in quanto il Tribunale era pervenuto all'accoglimento della domanda di ripetizione dell'indebito, formulata dalla correntista, nonostante la mancata produzione da parte di quest'ultima degli estratti conto e sulla base di una mera perizia di parte e della produzione della documentazione, da parte della correntista, su supporto informatico (CDROM), non accessibile alla controparte. A tal fine non era idonea ad invertire l'onere della prova la circostanza che essa Banca avesse formulato domanda riconvenzionale di pagamento del saldo negativo.

2.3. Con il terzo motivo, la Banca si duole del rigetto della propria domanda riconvenzionale. Sostiene di aver prodotto tutta la documentazione comprovante il proprio credito, in particolare di aver prodotto la copia della Gazzetta Ufficiale con cui aveva dato pubblicità alla propria clientela dell'adeguamento alla delibera CICR in tema di reciprocità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, nonché della corretta pattuizione della CMS, sicchè il conteggio dei rapporti dare/avere doveva considerare sia la capitalizzazione trimestrale degli interessi che la CMS.

2.4. Con il quarto motivo, il Banco [.....], dopo aver premesso che il CTU aveva elaborato ben quattro ricostruzioni dei rapporti dare/avere, si duole che il primo giudice abbia aderito alla terza ricostruzione, senzadare conto delle motivazioni che l'avevano condotto ad escludere le altre



ipotesi ricostruttive, aderendo alla ricostruzione che aveva escluso la capitalizzazione trimestrale degli interessi, benchè essa avesse provato di essersi adeguata alla delibera CICR del 09.02.2000.

Infine la Banca si duole che il CTU abbia escluso: tassi convenzionali, spese, competenze, cms e capitalizzazione nei conti anticipi, in quanto aveva ritenuto non esservi stata pattuizione a riguardo, senza tuttavia considerare che i suddetti conti non erano separati dal c.c. ordinario e, conseguentemente, erano regolati dalle stesse condizioni del c.c. ordinario.

3.5. Da ultimo la Banca si duole che il Tribunale aveva riconosciuto gli interessi sugli importi da restituire non dalla domanda, ma dalla data del versamento, sulla base della mala fede della Banca, senza che ne fosse stata data la prova da parte della correntista.

3.6. Costituitasi, la [.....] ha eccepito l'inammissibilità dell'appello ex art. 342 c.p.c.; nel merito ne ha chiesto il rigetto.

§.4. L'appello è solo in parte fondato e va accolto per quanto di ragione.

4.1. La ricognizione di debito, che nel primo motivo di gravame l'appellante ritiene idonea a comprovare il proprio credito, sollevandolo dal relativo onere della prova, com'è noto *“non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha solo effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando, ex art. 1988 c.c., un'astrazione meramente processuale della "causa debendi", da cui deriva una semplice "relevatio ab onere probandi" che dispensa il destinatario della dichiarazione dall'onere di provare quel rapporto, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindere sotto il profilo sostanziale, venendo, così, meno ogni effetto vincolante della ricognizione stessa ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto suddetto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una*



condizione o un altro elemento ad esso attinente che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento” (cfr. Cass.20689/2016).

Il debitore, dunque, può elidere l'effetto della ricognizione del debito, denunciando la nullità del rapporto sottostante o delle sue clausole.

Nel caso in esame la correntista, denunciando l'applicazione di clausole illegittime, dunque nulle, al rapporto di c.c. ha caducato l'effetto proprio della ricognizione di debito, di determinare l'inversione dell'onere della prova in favore del creditore, sicchè correttamente il Tribunale non ha tenuto in conto le ricognizioni di debito formulate dalla correntista, a fronte dell'eccepita nullità delle condizioni di c.c. applicate.

3.2. Infondata è altresì la censura di violazione dei principi in tema di onere della prova da parte del Tribunale. E' vero che nei rapporti di conto corrente bancario, il cliente che agisca per ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in presenza di clausole nulle, ha l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole nonché degli estratti di c.c., tuttavia laddove la Banca introduca nel giudizio una eccezione di prescrizione del credito, ovvero una domanda riconvenzionale di pagamento del saldo negativo, producendo essa i documenti che sarebbe stato onere del correntista produrre, il giudice può valutare tutti gli elementi di prova acquisiti in ossequio al principio di acquisizione processuale, secondo cui le risultanze istruttorie comunque ottenute, e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale siano formate, concorrono tutte indistintamente alla formazione del convincimento del giudice (cfr. Cass. 14284/2018).

3.3. Anche le doglianze sulla capitalizzazione trimestrale degli interessi e sulla CMS sono infondate.



La pubblicizzazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi con condizione di reciprocità,

da parte della Banca, non è idonea a soddisfare i requisiti di forma previsti nel TUB. La Banca deve dare la prova sia che detta pattuizione risulti dal contratto, ma anche che la medesima si è adeguata alla nuova disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 120 TUB, non solo mediante pubblicazione della modifica contrattuale sulla Gazzetta Ufficiale, ma altresì mediante comunicazione della variazione al singolo correntista entro la fine dell'anno 2000.

Difatti, dichiarata la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, l'adeguamento alle disposizione della Delibera CICR delle condizioni nei contratti già in essere, comportando una regolazione ex novo dell'anatocismo, "laddove esso si riverberi in danno delle posiziona debito, la norma applicabile sarà quella dell'art. 7 comma 3 ("Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela")", con la conseguenza che occorre l'approvazione del correntista per la variazione contrattuale (cfr. Cass. 26768/2019).

Anche la CMS è stata correttamente ritenuta nulla dal primo giudice, poiché risulta indeterminata non essendone stata indicata la base di calcolo.

Da quanto esposto consegue che correttamente il primo giudice ha espunto dal calcolo sia la capitalizzazione trimestrale degli interessi che la CMS.

3.4. Quanto al calcolo del saldo dei conti anticipi, la Banca lamenta che ad essi il Tribunale ha negato l'applicazione delle condizioni contrattuali



indicate nel c.c. ordinario, cui essi afferivano, con particolare riguardo ai tassi d'interesse.

Occorre considerare che ai sensi dell'art. 117 II co. TUB, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possono essere stipulati in altra forma, per cui laddove la correntista ha accettato le condizioni di concessione del credito in c.c. o dei conti anticipi, ed in particolare il tasso debitore ivi indicato, mediante il fatto concludente della utilizzazione del credito o delle anticipazioni, ai suddetti rapporti regolati in c.c. dovevano essere applicati i tassi convenzionali ivi previste comunicati ed accettati dalla correntista per *facta concludentia*.

Come ha chiarito la Suprema Corte, *“in tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 1992 e successivamente l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, abilitano la Banca d'Italia, su conforme delibera del C.I.C.R. a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta, "in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto", va inteso nel senso che l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicale soppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio". (Nella specie, la S.C. ha - confermando la sentenza di appello - respinto il ricorso della banca che, sulla base della sola menzione di condizioni quadro contenute nel contratto di conto corrente, senza previsione di regole relative alla parte economica, chiedeva di considerare valido il contratto di apertura di credito, concluso per "facta concludentia"). (cfr. Cass. 27836/2017). Ne discende che, in forza della Delib. C.I.C.R. 4 marzo*



2003, *il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto a pena di nullità*" (Cass. Sez.1, 27 marzo 2017, n. 7763), *pur precisando che "l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicalesoppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio"*" (Cass. Sez. 1, 27 novembre 2017, n. 27386). Del resto già in precedenza, ma sempre con riferimento al regime successivo all'entrata in vigore della L. 17 febbraio 1992, n. 154, art. 3, questa Corte aveva espressamente ammesso la dimostrazione del contratto di apertura di credito "anche *per facta concludentia*", nel caso in cui risulti applicabile la deroga al requisito della forma scritta, prevista nelle disposizioni adottate dal C.I.C.R. e dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 117 del t.u.l.b. (e, anteriormente, della L. n. 154 del 1992, ex art. 3), per essere stato tale contratto già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto" (Cass. Sez. 1, 15 settembre 2006, n. 19941 e 9 luglio 2005, n. 14470) (Verdi da ultimo Cass. 2463/2019).

Ne consegue che laddove il contratto madre, come nel caso in esame, non contenga l'indicazione delle condizioni economiche, il contratto figlio, che su di esso si innesta, dovrà necessariamente rivestire, *ad substantiam*, la forma scritta, che, nel caso di specie, manca.

I conti anticipi non trovando regolamentazione nel contratto 27/01, ove non solo non è previsto che eventuali contratti collegati siano regolati alle medesime condizioni, ma non sono affatto indicate le condizioni applicate neanche ala c.c. ordinario 27/01. Dunque i conti anticipi



La Corte d'Appello di Napoli, definitivamente pronunciando, sull'appello proposto dal Banco [.....] SPA nei confronti di [.....] Srl, avverso la sentenza nr. 6325/2016 del Tribunale di Napoli, così provvede:

1. Accoglie in parte l'appello e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, dispone che gli interessi legali da corrispondere sulla somma di € 73.065,60 decorrano dalla data della domanda giudiziale.
2. Compensa le spese di lite nella misura di 1/6 e pone i restanti 5/6 a carico del Banco [.....] SpA, che liquida per tale porzione, quanto al primo grado, in € 12.000,00 per compensi ed € 350,00 per spese, oltre iva, cpa e spese generali al 15% e, quanto al secondo grado, in complessivi € 10.000,00 per compensi ed € 80,00 per spese, oltre iva, cpa e spese generali al 15 %, con attribuzione.

Così deciso in Napoli, il 04.12.2020.

Il Cons. Est.

dott.ssa Regina Marina Elefante

Il Presidente

dott.ssa Maria Silvana Fusillo

