

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE di NAPOLI**

Sezione specializzata in materia di imprese

Il Tribunale di Napoli, sezione specializzata in materia di imprese, nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Nicola Graziano Presidente Relatore

dott. Ilaria Grimaldi Giudice

dott. Viviana Criscuolo Giudice

riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. xxxx/2020 R.Gen.Aff.Cont., pendente

TRA

FIDEIUSSORI

ATTORI

CONTRO

BANCA

CONVENUTA

Oggetto: accertamento violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) e comma 3 Legge 287/90 e conseguente declaratoria nullità clausola di contratto di fideiussione ex art. 1957 c.c.

Conclusioni: come in atti.

Rimessa in decisione con ordinanza fuori udienza del 16 febbraio 2021 resa a seguito di trattazione scritta, previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

MOTIVI della DECISIONE

Gli attori hanno citato la banca convenuta **BANCA**, chiedendo la declaratoria di nullità delle fideiussioni da essi prestate per violazione della normativa antitrust. Assumevano gli attori che le fideiussioni per cui era causa erano state costituite mediante l'utilizzo di un modulo di contratto corrispondente allo schema negoziale predisposto dall'ABI, contenente: la clausola c.d. di reviviscenza (clausola n. 2); la clausola di rinuncia alla facoltà prevista dall'art. 1957 c.c. (clausola n. 6); la clausola c.d. di sopravvivenza (clausola n. 8) e che le predette clausole, così come recate nel modello ABI, erano state oggetto di provvedimento sanzionatorio n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca di Italia (all'epoca Autorità Garante della Concorrenza e del mercato nel settore bancario, ex art. 20 L. 287/90) che, fin da quella data, ne ebbe a proibire l'utilizzo, in quanto violative della Legge 287/90 - art. 2, comma 2, lett. a) con conseguente nullità delle fideiussioni per violazione del loro diritto di libertà contrattuale nella scelta tra prodotti disponibili sul mercato.

In particolare gli attori, dopo aver ricostruito i rapporti intercorsi tra i soggetti coinvolti nelle vicende contrattuali di cui alle sopra dette fideiussioni, così concludevano: Voglia l'adito Tribunale 1) Dichiarare nulle le fideiussioni contraddistinte dai numeri **omissis, omissis, omissis, omissis, omissis, omissis, omissis** per le ragioni meglio rappresentate e illustrate nel presente atto; 2) Per l'effetto, dichiarare liberati da ogni vincolo di natura fideiussoria gli odierni istanti in relazione ai crediti vantati dalla **BANCA** nei confronti della **società (omissis)** che, pertanto, rimane unica ed esclusiva debitrice del cennato Istituto di Credito; 3) In conseguenza, ordinare alla **BANCA** la restituzione di ogni somma già incassata dalla stessa per effetto delle menzionate fideiussioni; 4) Dichiarare, altresì, il **FIDEIUSSORE** liberato dalla garanzia fideiussoria contraddistinta dal n. **omissis** e **omissis**, rilasciate a favore dei sigg. **FIDEIUSSORE**, nato a e **FIDEIUSSORE** nato a il ; 5) Vinte le spese di lite.”

Con regolare atto di comparso di costituzione e risposta si costituiva la Banca che in via preliminare e pregiudiziale, chiedeva accertarsi e dichiararsi l'improcedibilità della spiegata azione giudiziale, stante

il mancato esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria, con ogni conseguente ed opportuno provvedimento; nel merito, rigettarsi le domande tutte proposte dagli attori nei confronti della Banca convenuta, siccome infondate, in fatto e in diritto, con vittoria di spese e competenze di lite, oltre agli accessori di legge.

In particolare la Banca convenuta contestava l'infondatezza delle pretese attoree, sostenendo che il provvedimento della Banca d'Italia n.55/2005, in quanto espressamente riferito soltanto alle ipotesi di fideiussione omnibus, non sarebbe applicabile alla fattispecie, in cui si verterebbe in un'ipotesi di operazione specifica (aggiungeva che vi era una sola fideiussione omnibus la n. **omissis**, sottoscritta da **FIDEIUSSORE** in qualità di garante, in relazione alla pratica di affidamento n. **omissis** (scilicet: apertura di credito in conto corrente n. **omissis** e apertura di credito in conto corrente per anticipi su fatture, crediti, effetti ed altri documenti n. **omissis**), nell'interesse della (**omissis**) S.r.l.) e che tale fideiussione era stata estinta in data 13 marzo 2015 e, comunque, mai era stata escussa dalla Banca, con conseguente cessazione, in relazione a tale contratto, della materia del contendere).

Ancora la Banca deduceva la derogabilità normativamente ammessa delle clausole della fideiussione per operazione specifica, lamentando la mancata allegazione di prove circa il presunto abuso di posizione dominante da parte della Banca e della violazione delle norme concorrenziali; infine, aveva dedotto l'inapplicabilità della sanzione di nullità assoluta per l'asserita violazione delle clausole n. 2,6,8 dello schema ABI, in forza del principio di conservazione del negozio giuridico ex art. 1419, co. 1, c.c., per il quale la nullità parziale o delle singole clausole non comporterebbe nullità dell'intero contratto se non risulta che i contraenti, in mancanza di tale parte, non avrebbero mai concluso il contratto.

All'udienza del 16 febbraio 2021 la causa veniva assegnata in decisione con la concessione alle parti dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

2. L'azione è infondata e, pertanto, non può essere accolta.

Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione proposta dalla parte convenuta che ha sostenuto la improcedibilità della spiegata azione giudiziale stante l'omessa attivazione del necessario procedimento di mediazione ex D.Lgs. 28/2010.

Sostiene la parte convenuta che l'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010 fa generico riferimento ai contratti bancari sicché sembra che la norma trovi applicazione sia nell'ipotesi in cui sia il debitore a proporre opposizione sia nel caso in cui il giudizio sia promosso dal fideiussore, soprattutto tenendo conto del fatto che la fideiussione - se è vero che non è un contratto bancario - è una garanzia accessoria rispetto all'obbligazione principale, rispetto alla quale sarebbe sperequato applicare una diversa regola processuale, in omaggio al principio generale in base al quale ubi lex voluit dixit. Ebbene, a suo giudizio, nel caso di specie, le fideiussioni oggetto di contestazione sono contratti accessori a mutui chirografari, vale a dire a contratti bancari, che costituiscono la fonte dell'obbligazione garantita e, per tanto, vanno assoggettati alla medesima disciplina processuale.

Osserva il Collegio che l'eccezione non coglie nel segno.

In effetti va negato che la presente controversia rientra nell' art. 5, d.lgs 28/2010, non integrando un'azione relativa ad una controversia in materia di contratti bancari.

In primo luogo, appare condivisibile l'assunto che la fideiussione non rientra tra i contratti bancari stricto sensu ma è piuttosto un contratto di garanzia previsto e disciplinato dal codice civile (T. Verona 15.9.2014; T. Palermo, 18.1.2018).

Ma soprattutto, rileva il Collegio che, alla luce della domanda come prospettata dall'attore, la presente controversia rientra tra quelle in materia di antitrust.

E' noto che l'art. 18, comma 1, lett. b) del dlgs. n. 3 del 19 gennaio 2017, modificando l'articolo 4 del dlgs. n. 168/2003, stabilisce che, per le controversie di cui all'art. 3, comma 1, lettere c) e d), anche quando ricorrono i presupposti del comma 1-bis, sono inderogabilmente competenti la sezione specializzata in materia di impresa di Milano, la sezione specializzata in materia di impresa di Roma e la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli.

Le controversie di cui all'art. 3 cit. sono rispettivamente quelle contemplate dall'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e quelle relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione Europea.

Ebbene, la competenza per materia si determina in base al *petitum* sostanziale della domanda, identificabile in funzione soprattutto della causa *petendi*; l'accertamento cui è chiamato il Tribunale, nelle controversie antitrust è volto a verificare l'esistenza di un'intesa illecita "a monte" da cui discende la nullità dei contratti "a valle". Appare, cioè, evidente che l'oggetto dell'accertamento del tribunale è la esistenza di una intesa illecita "a monte"; la nullità del contratto "a valle" è conseguenza della intesa illecita accertata, sicchè appare evidente come l'oggetto della controversia non è il contratto "a valle" in sé, ma in quanto recepisce in tutto o in parte i contenuti dell'intesa illecita accertata.

Tale accertamento caratterizza sia le azioni *follow on*, cioè promosse a seguito di un accertamento dell'illecito da parte dell'AGCM sia le azioni *stand alone*, ove manca tale accertamento. Nelle prime, infatti, la violazione del diritto della concorrenza sarà provato dall'accertamento dell'AGCM, vincolante per il Tribunale nei limiti di quanto statuito dall'art. 7 del d.lgs. 3/2017; nelle seconde, al contrario, tale accertamento dovrà avvenire sulla base di quanto specificamente allegato e provato dall'istante su cui incombe l'onus probandi.

Orbene, ritiene il Collegio che proprio la natura dell'accertamento cui è chiamato il tribunale nelle controversie antitrust, volto a verificare l'esistenza di un'intesa illecita "a monte" da cui discende la nullità dei contratti "a valle", determina la competenza inderogabile delle sezioni specializzate delle imprese.

La circostanza contingente che, nello specifico caso, il contratto "a valle" sia un contratto bancario, finanziario o assicurativo, non connota la controversia come relativa ad un contratto bancario, finanziario o assicurativo; invero la natura e la tipologia del contratto "a valle" resta irrilevante, ai fini dell'accertamento cui è chiamata la Sezione specializzata delle imprese, che ha ad oggetto l'esistenza di una intesa vietata da cui consegue, ove il contratto "a valle" recepisca in tutto o in parte i contenuti dell'intesa illecita accertata, la sua invalidità totale o parziale.

Osserva, altresì il Collegio, che nemmeno può ritenersi che la applicazione alla presente controversia della negoziazione assistita obbligatoria possa discendere dall'art. 3, del d.l. 132/2014.

Detto articolo applica infatti la negoziazione assistita obbligatoria a chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. Nel caso di specie la domanda di pagamento è conseguenza di una domanda di accertamento volta a verificare l'esistenza di un'intesa illecita "a monte" da cui discende la nullità dei contratti "a valle", che si pone come preliminare logico e giuridico della domanda di pagamento della somma richiesta a titolo di risarcimento danni. Ne consegue che neanche alla luce di tale disposizione normativa può ritenersi che la presente controversia rientri tra quelle per le quali è obbligatoria la negoziazione assistita; ne consegue, come sopra già detto, che la eccezione preliminare di improcedibilità della domanda è infondata.

Passando all'esame del merito, parte attrice domanda l'accertamento della nullità derivata delle indicate clausole del contratto di fideiussione in atti, per violazione dell'art. 2, co. 2, lett. a, L. 287/1990, deducendo quale prova privilegiata, a sostegno della natura anticoncorrenziale delle clausole impugnate, il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia (ratione temporis competente in materia).

Con detto provvedimento l'istituto ha concluso l'istruttoria circa la conformità all'art. 2, comma 2°, della l. 287/1990, delle condizioni generali di contratto per le fideiussioni a garanzia delle "operazioni bancarie" affermando che "gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287/1990".

Le clausole impugnate da parte attrice riproducono gli articoli censurati nella loro funzione lesiva della concorrenza.

Tuttavia, nel caso di specie, la fattispecie concreta dedotta in giudizio non è sussumibile nella cornice astratta che pure ha trovato accoglimento nelle recenti pronunce in argomento del Giudice di legittimità (cfr. Cass. civ., sez. I, 22.05.2019, n. 13846; Cass. civ., sez. I, 12.12.2017, n. 29810; Cass. civ., sez. I, 28.11.2018, n. 30818).

Invero, come risulta dalla lettera del dictum della Banca d'Italia, l'oggetto dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale nel provvedimento del 2005 è costituito dalle condizioni generali della fideiussione c.d. omnibus, ossia di quella particolare garanzia personale di natura obbligatoria, in uso nei rapporti bancari, che per effetto della c.d. clausola estensiva impone al fideiussore il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il debitore principale ha assunto entro un limite massimo predeterminato, ai sensi dell'art. 1938 c.c.

Ciò significa che, qualora taluno si sia obbligato rispetto ad una fideiussione avente i caratteri su esposti e così qualificata potrà invocare la natura di prova privilegiata (cfr. Cass., 28 maggio 2014, n. 11904) della decisione della Banca d'Italia del 2 maggio 2005 e porla a fondamento della tutela richiesta.

Ma, con riferimento ai fatti di causa, la parte attrice ha dedotto una serie di rapporti che devono essere esattamente qualificati.

Essi si indicano nello specifico.

Vi è in primo luogo la fideiussione omnibus n. **omissis** che però è stata estinta in data 13 marzo 2015 e, comunque, mai escussa dalla Banca per cui con riferimento alla stessa va considerata una sorta di cessazione della materia del contendere e comunque il Tribunale si pronuncia nel senso del rigetto della domanda in parte qua per carenza del presupposto della stessa (trattasi di fideiussione omnibus n. **omissis** che **FIDEIUSSORE** in data 23.10.2012, ebbe a sottoscrivere a favore dell'allora **BANCA ALFA** oggi **Banca**. La sopra detta fideiussione veniva sottoscritta a favore della (**omissis**) s.r.l. (di cui il legale rappresentante era ed è proprio esso **FIDEIUSSORE**), sino alla concorrenza di € 143.000,00, in relazione alla pratica di affidamento n. **omissis** che prevedeva sia l'apertura di credito in c/c dell'importo di € 10.000,00, contrassegnato con il n. **1405636** e sia un'apertura di credito in c/c per anticipi su fatture, crediti, effetti ed altri documenti dell'importo di € 100.000,00 contrassegnato con il n. **omissis**).

Per le altre fideiussioni va detto che esse, come si ricava dalla documentazione in atti, sono prestate con riferimento ad un unico e specifico rapporto di finanziamento per cui non vi sono dubbi sul fatto che non si tratta di fideiussioni a garanzia di una serie indeterminata di operazioni bancarie tra il debitore principale e l'istituto di credito, con indicazione dell'esposizione massima garantita. Ne consegue che i rapporti di garanzia dedotti non sono qualificabili nei termini di una fideiussione omnibus e non è possibile, quindi, riscontrare nel merito la sussistenza dei presupposti per pervenire ad una censura di invalidità delle clausole nei termini dedotti dall'attore, ossia valendosi della prova privilegiata costituita dalla delibera della Banca d'Italia richiamata.

Questi, infatti, avrebbe dovuto, in punto di allegazione fattuale e documentale, non affidarsi all'istruttoria della Banca d'Italia, per avvalersi della sua particolare funzione probatoria, ma avrebbe dovuto introdurre un'autonoma fattispecie di comportamento anticoncorrenziale, allegando autonomi fatti idonei a censurare l'esistenza di prassi contrattuale diffusa presso gli istituti di credito violatrice, per le modalità di applicazione uniformi, dell'articolo 2, co. 2, lett. a), L. n. 287/1990, anche con riferimento agli schemi solitamente utilizzati per la stipulazione di fidejussioni ordinarie, d'accordo tra più istituti di credito e, dunque, in violazione delle regole del mercato e della concorrenza.

Tanto non è avvenuto, per cui, in difetto di sufficiente allegazione, non è possibile neppure procedere ad eventuali interventi officiosi, nei limiti in cui ciò è consentito.

Se ne ricava allora che la domanda relativa alle fidejussioni contrassegnate ai nn. **omissis**, **omissis** e **omissis** deve essere rigettata perché riferite a garanzie specifiche, concesse in relazione a contratti di mutuo (il riferimento è alla documentazione in atti dalla quale emerge che **FIDEIUSSORE**, unitamente a **FIDEIUSSORE**, nato a e **FIDEIUSSORE**, nato a, a loro volta, soci della (omissis) s.r.l., in data 07.10.2016, ebbero a sottoscrivere in favore della **BANCA**, una fideiussione contraddistinta dal n. **omissis** per l'importo di € 200.000,00. Detta fideiussione venne rilasciata a favore della citata Banca Popolare dell'Emilia Romagna a garanzia del mutuo chirografario contrassegnato dal n. **omissis** di pari importo deliberato in data 27.09.2016. Sempre esso **FIDEIUSSORE** ebbe a sottoscrivere, altresì, altre due fidejussioni e, precisamente, una fideiussione di € 200.000,00 contraddistinta dal n. **omissis** per garantire l'erogazione di un mutuo chirografario concesso in data 04.03.2015 n. **omissis**, a favore di **FIDEIUSSORE** e fideiussione n. **omissis** di € 200.000,00 per la erogazione di un mutuo chirografario di pari importo n. 3792915 deliberato in data 05.03.2015 a favore di (**omissis**)

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo, applicando i parametri vigenti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, III sezione civile, specializzata in materia di imprese, definitivamente pronunciando nella controversia come sopra proposta tra le parti, così provvede:

- 1) Rigetta la domanda;
- 2) Condanna parte attrice al pagamento delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 per compensi, oltre accessori di legge.

Così deciso in Napoli, lì 24 maggio 2021

Il Presidente estensore
dott. Nicola Graziano

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