

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776
www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI ROMA
SEZIONE XVII
TRIBUNALE DELLE IMPRESE**

nella persona dei giudici
Claudia Pedrelli Presidente
Fausto Basile Giudice
Andrea Postiglione Relatore
ha emesso la seguente:

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. xxxxx R.G.A.C. dell'anno 2018 vertente

TRA

GARANTE

Attrice

E

BANCA MANDANTE

Convenuta

Oggetto: Fideiussione - Polizza fideiussoria

Causa trattenuta in decisione sulle seguenti conclusioni: come da citazione e comparsa di risposta.

ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

L'attrice afferma di avere in precedenza proposto opposizione nei confronti del decreto ingiuntivo n. XXXX emesso dal tribunale di Cassino per mezzo del quale le veniva ingiunto, nella sua qualità di garante, il pagamento in favore della **BANCA MANDANTE** in solido con **SOCIETA' DEBITRICE** dell'importo complessivo di euro 364.000,00 oltre interessi, quale scoperto del rapporto di conto corrente n. xxxxx intrattenuto dalla società presso l'istituto di credito ricorrente.

Le parti non hanno chiarito in giudizio l'esito della procedura di opposizione, che legittimerebbe il rilievo d'ufficio della inammissibilità dell'azione, posto che in sede di opposizione la questione della nullità della fideiussione poteva proporsi, al pari della altre questioni afferenti il titolo, come ragione di opposizione.

L'autorità del giudicato copre difatti sia il dedotto sia il deducibile, cioè non soltanto le ragioni giuridiche fatte espressamente valere, in via di azione o in via di eccezione, nel medesimo giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte quelle altre che, seppure non specificamente dedotte o enunciate, costituiscono, tuttavia, premesse necessarie della pretesa e dell'accertamento relativo, in quanto si pongono come precedenti logici essenziali e indefettibili della decisione (giudicato implicito) (Corte Suprema di Cassazione Ordinanza n. 16 del 3 gennaio 2020).

Rimanendo incerto l'esito del giudizio monitorio, che pure si fonda sulla validità della garanzia prestata, il collegio ritiene di potere entrare nel merito della vicenda.

Orbene, la garante agisce in via principale per l'accertamento della nullità della fideiussione prestata, in quanto, a suo dire, conforme allo schema negoziale predisposto dall'associazione bancaria italiana dichiarato nullo alla luce della contrarietà con quanto previsto dalla legge 287/90 art. 2 in materia di in divieto di intese restrittive della concorrenza ed in seguito all'emanazione del provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia.

Si costituiva in giudizio la **BANCA MANDATARIA** quale mandataria di **BANCA MANDANTE** resistendo alle domande attoree.

La causa veniva istruita con l'assegnazione dei termini di legge al cui spirare la causa veniva mandata in decisione.

Preliminarmente si deve osservare come la presente sentenza viene redatta in forma collegiale in quanto attratta dalla sfera di competenza del tribunale delle imprese alla luce della circostanza per cui parte opponente ha chiesto giudizialmente l'accertamento della nullità del contratto da lei sottoscritto sulla base della violazione della normativa antitrust. Sono difatti devolute al Tribunale delle Imprese istituito

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

con D.L. n. 1/2012, ai sensi dell' art. 3, comma 2, lett. c) e d) del decreto, tutte le controversie di cui all'art. 33, co. 2, della L. 10 ottobre 1990, n. 287 (controversie in materia di intese, abuso di posizione dominante ed operazioni di concentrazione).

L'azione è, nel merito, infondata.

La questione in oggetto trae origine dal provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi ai sensi degli artt. 14 e 20 L. n. 287 del 1990, vigenti fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far tempo dal 12 gennaio 2016, avente ad oggetto il denunciato contrasto tra lo schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI e l'articolo 2 della L. n. 287 del 1990 ("Legge Antitrust"), in virtù della quale "1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari; 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, (...); 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto."

La BANCA d'ITALIA nella sua qualità pro tempore di autorità di vigilanza sulla concorrenza e sul mercato finanziario (oggi deferita all'AGCM) ha quindi espresso un parere negativo (con riferimento agli artt. 2, 6 e 8 della bozza di accordo) in relazione allo schema contrattuale uniforme predisposto dall'associazione bancaria italiana "ABI" e da alcune associazioni di consumatori, avente ad oggetto uno schema di "fideiussione omnibus a garanzia delle operazioni bancarie".

Lo schema standard era costituito da 13 articoli che disciplinavano variamente gli obblighi del fideiussore (nn. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 10), gli obblighi della banca (art. 5) e contemplavano particolari disposizioni per i fideiussori che rivestivano la qualità di consumatori, ipotesi questa non di rilievo nel caso di specie atteso che la **GARANTE** deteneva il 95% delle quote sociali della **SOCIETA' DEBITRICE** e quindi, secondo i noti insegnamenti della CEG (C-75-15 "Alla luce di tali premesse, occorre rispondere alle questioni poste dichiarando che gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società"), deve ritenersi estranea alla qualifica di consumatore..

I dubbi della BDI, quindi, trasfusi nel provvedimento invocato, si appuntavano in particolare sulla clausola di pagamento a prima richiesta (oggetto di valutazione non negativa in termini di possibile violazione della disciplina Antitrust) e solo secondariamente sulle clausole di reviviscenza della fideiussione (art. 2" il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo"), ovvero sulla permanenza del vincolo fideiussorio in ipotesi di vicende estintive e di nullità dell'obbligazione principale (art. 8 "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate), ed infine sulle deroghe all'art. 1957 c.c. (art. 6 : "i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato"). Queste ultime disposizioni hanno destato nell'Autorità di vigilanza dubbi sulla possibile distorsione della libera concorrenza, sottolineando sin d'ora come i dubbi di BANCA D'ITALIA nella sua qualità di garante vengano espressi spesso in forma dubitativa ed ipotetica:

-BDI osserva in particolare (punto n. 83) che la deroga all'art. 1957 c.c. "ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà – come ritiene l'ABI – quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a svantaggio del garante”.

-Il punto n. 84 sulla disciplina della “reviviscenza” motiva sul fatto che “Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l’obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso”.

-La clausola che salvaguarda l’obbligo fideiussorio dalla nullità del contratto principale è poi censurata nella misura in cui “una siffatta previsione non appare connaturata all’essenza del rapporto di garanzia e potrebbe, per converso, indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità o all’efficacia del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell’obbligazione di garanzia in capo al fideiussore omnibus al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate”.

Nel provvedimento citato, quindi, la Banca d’Italia, fatti precisi riferimenti all’utilità della standardizzazione contrattuale ed agli aspetti benefici sul mercato che la stessa può arrecare agevolando la predisposizione di linee-guida sulle fideiussioni utili alla semplificazione degli schemi contrattuali, appare suggerire che un’adozione cumulativa da parte di tutte le banche di regole uniformi come quelle contenute nello schema contrattuale sottoposto alla sua attenzione, determinerebbe un irrigidimento del mercato in quanto “la scelta della banca di cui avvalersi ben può essere influenzata dalla maggiore o minore severità delle condizioni di fideiussione” e quindi una violazione dell’art. 2a della legge 287/90 che, ricordiamo qui, vieta, sotto pena di nullità “le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza”.

Degno di menzione, e per certi versi dirimente nell’ottica dell’azione proposta dalla fideiussante, è il fatto quindi che, all’esito del giudizio della Banca d’Italia, lo schema contrattuale “incriminato” non appare di fatto mai essere stato formalmente adottato dall’Associazione Bancaria Italiana ABI che lo aveva presentato, la quale quindi ha apparentemente lasciato libere le singole banche di adottare degli schemi di fideiussione tra loro diversificati e divergenti da quello proposto. Anzi la stessa Banca d’Italia sembra affermare al punto n. 90 che lo schema in questione non era stato ancora diffuso presso le associate, pur dando atto della prassi vigente per cui le banche associate ABI fossero solite adottare con rigido automatismo gli schemi predisposti dall’associazione: “Le verifiche compiute nel corso dell’istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell’ABI. Tale uniformità discende da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell’ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall’effettiva introduzione di quest’ultimo”.

In assenza quindi di una formale adozione dello schema, ancor più verisimile alla luce del giudizio espresso dalla Bd’I, e di un’illiceità pronunciata quindi in formula ipotetica e dubitativa, emerge quindi la necessità (derivante dall’esercizio dei doveri di verifica ex officio della validità del contratto) e lo scrupolo di verificare se, nel caso concreto, vi sia stata quell’adozione cumulativa stigmatizzata dall’autorità garante e quindi quell’ “intesa” tra banche che sola può dar luogo alla violazione di cui all’art. 2 della legge 287/90.

Non si tratta quindi qui stricto sensu di un’azione fondata su di un provvedimento definitivo dell’autorità di vigilanza che accerta essere intervenuta un’intesa anticoncorrenziale, in quanto dal tenore letterale del provvedimento invocato dall’opponente emerge chiaramente che l’eventuale violazione del principio della libera concorrenza tra soggetti bancaria avrebbe potuto verificarsi solo nell’ipotesi di “adozione cumulativa” (nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme), pur dando atto (punto 60) che “l’esame della contrattualistica relativa alla fideiussione omnibus, pertanto, ha posto in evidenza come i testi negoziali in uso nella prassi bancaria disciplinano in maniera sostanzialmente uniforme le principali clausole oggetto di istruttoria; essi presentano aspetti di diversificazione rispetto allo schema dell’ABI che si traducono in un complessivo aggravamento della posizione contrattuale del garante”.

Il provvedimento n. 55 appare avere pertanto una chiara funzione “preventiva” e di monito rispetto alla futura ipotetica adozione collettiva di regole comportamentali e contrattuali, che, se valutate nel loro insieme, potevano dare luogo ad una distorsione della concorrenza.

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

Non vi è quindi evidenza che lo schema incriminato sia stato poi formalmente adottato dalle Banche aderenti all'ABI, né tale prova è stata fornita dall'attrice mediante la documentazione prodotta.

Quanto al delicato e testé menzionato tema della prova dell'illecito, si richiama qui la copiosa giurisprudenza anche della Suprema Corte sull'onere della prova nella materia anticoncorrenziale (vedi per tutte Cass. N. 11654-2015), ricordando come nel caso di specie, trattandosi a tutti gli effetti di private enforcement, lo scrutinio sulla conformità della garanzia prestata allo schema ABI, necessità dell'esistenza in atti della prova (vedi anche Cass. N. 13846-19):

1) Dell'esistenza e delle dimensioni di un'intesa anticoncorrenziale orizzontale contestuale o pregressa alla delibera di BDI ovvero successiva nella misura in cui, nonostante il parere negativo di BDI si dimostri che le Banche abbiano comunque in data successiva al 2005 adottato e perpetuato cumulativamente lo schema già rigettato dall'autorità garante,

2) Che l'Istituto di credito con cui l'attore/opponente ha contratto la garanzia sia (stato) parte del cartello;

3) Che lo schema contrattuale cui è acceduto il garante ed a lui sottoposto da una delle banche "cartelliste" sia corrispondente a quello derivante dal predetto illecito;

A tal fine, ed alla facile obiezione per cui l'attore difficilmente potrebbe dare dimostrazione dell'esistenza di un'intesa interbancaria lesiva delle sue posizioni soggettive, si può rispondere che ben possono supplire i poteri di cui dispone il giudice nell'ambito della disciplina del private enforcement disciplinato con Decreto legislativo n. 3/2017 quali l'ordine di esibizione alle parti o ai terzi disciplinato dall'art. 3, l'acquisizione di atti di indagine dell'autorità sulla concorrenza (art. 4), l'interpello, la consulenza tecnica d'ufficio, il tutto però a condizione che le circostanze di fatto sottostanti l'azione proposta (esistenza di un cartello anticoncorrenziale tra banche nello specifico settore delle garanzie fidejussorie contestuale o successivo alla delibera n. 55), siano state specificatamente allegate dall'attore/opponente nell'atto introduttivo e non semplicemente sulla base di un comodo automatismo per cui alla pretesa illiceità della proposta di accordo dell'anno 2005 consegua la nullità di ogni contratto analogo a tale schema fino all'anno 2013 e per gli anni a venire.

Non appare quindi sufficiente, in astratto, a determinare gli effetti caducatori cui aspira l'attrice allegare in citazione o in atto di opposizione la generica conformità tra la fidejussione sottoscritta ed uno schema risalente all'anno 2005 e mai formalmente adottato dall'ABI. Difatti, sebbene gli accertamenti dell'AGCM (ovvero pro tempore della Banca d'Italia) costituiscano "prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso", non solo nel caso di specie l'accertamento di Banca d'Italia non si è spinto all'affermazione di un'intesa in atto, bensì di una possibile intesa distorsiva delle dinamiche del mercato, ma permane anche il potere delle controparti inquisite, gli istituti di credito interessati, di argomentare e portare prove a discarico sul punto (vedi ancora Cass. N.13846-19: "il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui alla L. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale... e il giudice del merito è tenuto ad apprezzarne il contenuto complessivo e a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario"), anche alla luce della circostanza, spesso sottaciuta, per cui l'accertamento di Bankitalia nell'anno 2005 non godeva delle precise e prudenziali forme di contraddittorio propedeutiche all'emanazione del provvedimento sanzionatorio che presiedono gli odierni accertamenti effettuati dall'AGCOM.

Inoltre, in relazione al sopra accennato preteso profilo caducatorio quindi, posto che le intese vietate e quindi nulle sono quelle che "abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e che la standardizzazione contrattuale è anticoncorrenziale nel caso in cui gli schemi contrattuali prevedano clausole, incidenti su aspetti importanti del negozio, che impediscano un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti", anche allorché lo schema contrattuale della singola fidejussione sottoposta all'attenzione del giudice appaia speculare rispetto a quello stigmatizzato dalla Banca d'Italia, e data per acquisita la dimostrazione di un'intesa anticoncorrenziale a monte, ciò tuttavia non comporterebbe automaticamente, come allegato da parte attrice, la pronuncia di nullità del contratto fidejussorio "a valle", in quanto ciò che viene ad

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

essere colpito di nullità è semmai l'accordo concorrenziale, non già i singoli contratti stipulati dai singoli istituti di credito eventualmente recettivi dello stesso.

Non ignora il presente giudice l'accesso dibattito vigente tra i propugnatori della nullità a cascata "a valle" e la corrente più prudenziale sugli effetti della nullità accertata "a monte".

Va preliminarmente precisato come la Corte Europea Di Giustizia nella nota pronuncia "Société de Vente de Ciments et Bétons de l'est/Kerpen & Kerpen" C-319-82 abbia chiaramente affermato il principio per cui esula dalla disciplina comunitaria l'indagine sulla validità dei contratti sottoscritti sulla base di un'intesa anticoncorrenziale riconosciuta violativa dell'articolo 101/102 EU, e che tale accertamento compete esclusivamente alle singole giurisdizioni nazionali secondo le regole del diritto interno.

La questione della validità dei contratti "a valle" è quindi materia di esclusiva spettanza della giurisdizione nazionale, la quale può alternativamente scegliere di orientarsi per la nullità del contratto derivato (così come avviene in Francia o in Belgio con le precisazioni che seguiranno) ovvero, al contrario, per il tendenziale mantenimento della validità dei contratti (come è avvenuto in Germania o in Austria), ipotesi questa nella quale la violazione della normativa comunitaria sulle intese anticoncorrenziali determina effetti eminentemente risarcitori (sull'imprescindibilità degli effetti risarcitori, anche estesi, di un'intesa anticoncorrenziale si è chiaramente espressa la Sentenza CEG "Courage/Crehan C 453-99" di cui si dirà in seguito).

Non va poi sottaciuto come la stessa Direttiva Enforcement n. 2014/104/UE, madre della normativa nazionale disciplinante l'illecito Antitrust, operi una netta preferenza per i rimedi risarcitori (art. 3 e 4 della direttiva) imponendo agli Stati membri di provvedere "affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza". L'art. 12 della direttiva raccomanda poi agli Stati membri di curare che "il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione, e affinché siano evitati sia un risarcimento del danno superiore al danno causato all'attore dalla violazione del diritto della concorrenza sia l'assenza di responsabilità in capo all'autore della violazione".

Appare quindi preferibile che ad un eventuale accertamento della nullità dell'accordo anticoncorrenziale non consegua quindi, come astrattamente invocato da parte attrice, un rimedio di carattere caducatorio, bensì un più agevole rimedio di carattere risarcitorio, dovendosi necessariamente indennizzare il garante o il contraente in generale delle conseguenze pregiudizievoli derivanti nella sua sfera giuridica dall'intesa restrittiva e non potendosi, dall'altro lato, determinare nella sfera giuridica del contraente quell'effetto di "arricchimento" o "sovracompensazione" espressamente osteggiato dalla direttiva europea e dalla legge nazionale di recepimento, come invece accadrebbe nell'ipotesi in cui il garante si trovasse improvvisamente liberato da un'obbligazione liberamente contratta, e ciò per il solo fatto del coinvolgimento della Banca in un'intesa anticoncorrenziale a lui perfettamente ignota.

L'intesa anticoncorrenziale è difatti per sua stessa natura illecita per l'effetto. Non così invece i contratti che di tale intesa costituiscono l'espressione. Una cosa difatti è la stipula di un accordo illecito, altra invece è la sorte del contratto concluso con i terzi ignari dell'accordo illecito.

Merita quindi uno specifico approfondimento l'innegabile connessione tra contratto cd "a valle" e accordo anticoncorrenziale a monte, attingendo anche alla copiosa giurisprudenza che sul tema si è formata nei paesi di lingua tedesca, dove già alla metà degli anni '50 ci si è interrogati sugli effetti caducatori nei confronti dei terzi di un'intesa concorrenziale di carattere "orizzontale".

Da parte della giurisprudenza di oltralpe si è quindi proceduto a distinguere i cosiddetti "contratti esecutivi" di un'intesa anticoncorrenziale (Ausführungsverträge) dai cosiddetti "contratti consecutivi" ad un'intesa anticoncorrenziale (Folgeberträge), laddove i primi sarebbero rappresentati da quei contratti che integrano, assicurano e stabilizzano l'accordo concorrenziale e che sono in "inscindibile nesso causale" con l'intesa concorrenziale (Untrennbarer Zusammenhang), mentre i secondi sarebbero i contratti conclusi con i terzi ignari ed estranei all'accordo anticoncorrenziale in mera esecuzione dello stesso.

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

Alla luce di questa fondamentale distinzione, la giurisprudenza di lingua tedesca ha relegato la nullità contrattuale (*Unwirksamkeit*) alla sola ipotesi dei contratti esecutivi dell'intesa concorrenziale, di norma conclusi tra i compartecipi dell'accordo ovvero dai loro delegati, tra i quali rientrerebbero sicuramente oltre allo stesso accordo anticoncorrenziale, esemplificativamente anche i contratti inscindibilmente connessi quali la costituzione di una società partecipata dai cartellisti o le vendite tra i cartellisti.

Al contrario invece i contratti con i terzi conseguenti all'intesa concorrenziale sono stati originariamente sottratti ad un giudizio di nullità sulla base della duplice considerazione per cui "l'estensione a tutti i contratti consecutivi della sanzione della nullità darebbe luogo a conseguenze imprevedibili ed incontrollabili oltre che ad alterazioni dell'assetto economico" (Corte Suprema Tedesca BGH del 23.09.1955) e per cui "il terzo non può essere esposto all'incertezza sulla validità del contratto che ha sottoscritto".

Il tribunale di Düsseldorf, chiamato poi a pronunciarsi sulla spinosa tematica dell'efficacia riflessa delle intese anticoncorrenziali, ha avuto modo quindi di affermare che i contratti esecutivi delle intese concorrenziali sono solo quelli che riguardano i soli partecipanti al cartello (OLG Düsseldorf n. 29/86) mentre tutti i contratti con i terzi sarebbero riconducibili ai contratti "conseguenti" ad un'intesa concorrenziale e come tali sottratti alla declaratoria di nullità. Corollario di tale consolidato inquadramento giuridico è stata l'impossibilità per gli stessi partecipanti del cartello di far valere loro stessi la nullità dell'accordo anticoncorrenziale, alla luce del principio per cui avevano scientemente dato causa alla medesima invalidità.

Una simile impostazione ha tuttavia subito un affievolimento a seguito della pronuncia della sopra menzionata sentenza della Corte Europea di Giustizia (C-453-99) che ha chiaramente sancito il principio per cui ciascuna persona (e quindi anche lo stesso partecipante all'intesa concorrenziale) può agire per il risarcimento del danno derivante nella propria sfera giuridica da un'intesa anticoncorrenziale, e quindi, di riflesso, anche per la sua nullità (così la CEG: "Tale nullità, che può essere fatta valere da chiunque, s'impone al giudice quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 85, n. 1 e l'accordo di cui trattasi non può giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato (su quest'ultimo punto, v. in particolare sentenza 9 luglio 1969, causa 10/69, Portelange, Racc. pag. 309, punto 10). Posto che la nullità di cui all'art. 85, n. 2, è assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto ai terzi). Peralto, ed a testimonianza della persistenza del principio, la medesima sentenza ha avuto modo di riaffermare quanto già pronunciato nel 1983 nella precedente causa (*Société de Vente/Kemper*) per cui "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani", pur ammettendo quindi in linea di principio la possibilità che i singoli ordinamenti dei paesi possano limitare, sulla base della normativa nazionale, i rimedi risarcitori per coloro che hanno fattivamente determinato la distorsione della concorrenza.

Anche quindi nella dottrina di oltralpe si è fatta recentemente strada l'idea per cui anche i contratti "conseguenziali ad un'intesa concorrenziale" (i cd. "Folgeverträge") potessero essere suscettibili di declaratoria di invalidità, almeno nella misura in cui gli stessi fossero, loro stessi, perpetuatori della medesima intesa anticoncorrenziale sanzionata a monte, con la precisazione per cui la nullità del contratto, però, sarebbe sempre una nullità parziale e relativa alle sole clausole abusive, e non quindi una nullità che interferisce con l'intero assetto contrattuale, in maniera da salvaguardare quella tutela dei terzi in buona fede sulla validità del contratto sottoscritto stigmatizzata dalla giurisprudenza antecedente, nullità parziale, peraltro, circoscritta alle sole ipotesi in cui le prestazioni contrattuali non siano già state eseguite da entrambe le parti.

Tale ultima ricostruzione appare in linea con le pronunce della nostra Corte Suprema, la quale recentemente, nella sentenza n. 4175 del 19 febbraio 2020, pur avendo affrontato la problematica del riverbero della nullità del patto anticoncorrenziale sulla fidejussione al di fuori di una effettiva contestualizzazione fattuale, e quindi indulgendo ad un facile automatismo nello scrutinio della nullità

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

(la Corte ha dato atto in sentenza la questione è stata sollevata per la prima volta in sede di legittimità senza alcuna verifica fattuale: “tale questione, nuova e mai dedotta nelle difese precedenti, coinvolge un contratto a valle dell’intesa illecita, predisposto ancor prima dell’accertata violazione da parte dell’Autorità preposta, in tesi corrispondente allo schema contrattuale accertato come invalido e riferito a un’intesa dell’ABI del 2001”), ha purtuttavia avuto parole chiare nella modulazione astratta della disciplina del riverbero a valle delle nullità sussistentia monte, affermando il principio per cui “il cosiddetto contratto “a valle” costituisce lo sbocco dell’intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti” tanto per cui “siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall’ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l’effetto di una collusione “a monte”, ha a propria disposizione, ancorchè non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l’azione di accertamento della nullità dell’intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33, azione la cui cognizione è rimessa da quest’ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d’appello (materia adesso attratta dalla competenza dei Tribunali delle Imprese n.d.r.)”.

Tale ultima pronuncia quIndi, pur non addentrandosi in una ricostruzione sistematica dell’istituto, sottolinea, così come la menzionata giurisprudenza comunitaria, la prevalenza dei rimedi risarcitori (Cass. 4175/2020) su di un accertamento della nullità limitato alle singole clausole contrattuali, con esclusione quindi della professata nullità integrale del contratto “a valle”, rimedio non solo sovrabbondante, con particolare riferimento all’interesse dei terzi al mantenimento della validità e degli effetti del contratto, ma anche sproporzionato e, come variamente accennato, potenzialmente perturbativo degli effetti del mercato. E d’altronde anche nei paesi europei ove la soluzione prediletta appare essere quella della nullità contrattuale (Francia ove l’art. L 420-3 del codice di commercio prevede che “è nullo ogni accordo o convenzione o clausola contrattuale riferita ad un pratica proibita dagli articoli L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2”) il rimedio caducatorio del contratto a valle appare essere stato espressamente introdotto e voluto dal Legislatore nazionale (l’art. L 420-3 è parzialmente derogativo della disciplina ordinaria della nullità) sulla falsariga di quanto statuito dalla ECJ nella sopra menzionata sentenza “Société de vente des Bétons/Kerpen”.

Alla luce della superiore ricostruzione giuridica, e tenendo a mente i preziosi orientamenti della giurisprudenza nazionale ed europea, ancor più preziosi se si considera che sono tutti applicativi di una medesima normativa di carattere sovranazionale, questo collegio non ritiene di dover qualificare i contratti fideiussori potenzialmente affetti dalla decisione n. 55 di Banca d’Italia né quali “indissolubilmente” o “inscindibilmente” collegati all’ intesa concorrenziale, né quali contratti “perpetuatori” e latori di disposizioni anticoncorrenziali.

Pur essendo - come si è detto - ormai labile la linea di demarcazione fra i contratti che in un’ottica europea possono essere definiti “esecutivi” ovvero “consecutivi” all’intesa concorrenziale, questo collegio reputa di fare tesoro della copiosa e consolidata giurisprudenza nazionale relativa al collegamento negoziale, anche con specifico riferimento all’invalidità cd. “derivata” dei contratti, riportando, da un lato, la tipologia dei contratti strumentali (ovvero gli Ausführungsverträge) unitamente alla categoria dei contratti consecutivi (Folgeverträge) nei quali comunque “troverebbe espressione l’accordo anticoncorrenziale”, alla generale categoria dei contratti che la nostra Giurisprudenza qualifica come “causalmente collegati” (ovvero a quei contratti Cass. III Sez. Civ. 21417-2014: “attraverso i quali le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi”, tanto che, qualora l’interesse unitario perseguito vada ad incidere, orientandola, sulla causa dei contratti concorrenti, il vincolo teleologico che si stabilisce li rende reciprocamente dipendenti, con l’ulteriore effetto che l’efficacia e l’adempimento di uno influenzano la validità, l’efficacia e l’adempimento degli altri”), relegando i restanti contratti, quali quelli che oggi ci occupano, alla categoria dei contratti “occasionalmente” collegati, nei quali, evidentemente, è assente ovvero affievolito il collegamento funzionale con l’accordo anticoncorrenziale e tra i quali non è percepibile un interesse unitario che unifichi i contratti in un unico regolamento di interessi.

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

A tale ultimo proposito merita menzione la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione del 21.09.2011 n. 19211-11 che ha testualmente affermato “In caso di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo casualmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sicché la loro unione non influenza la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano. Il collegamento è, invece, funzionale quando i diversi e distinti negozi, cui le parti diano vita nell'esercizio della loro autonomia negoziale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza”.

Le pronunce del Supremo collegio, approfondendo la sopra accennata tematica del collegamento negoziale fra i contratti, si sono spinte ad affermare poi, al fine della positiva valutazione di un vincolo teleologico fra gli stessi, della necessaria compresenza non solo di un elemento oggettivo cd “causale” ma anche di un elemento soggettivo, costituito dalla conoscenza o conoscibilità, in capo ai contraenti, della sussistenza del nesso funzionale stesso (vedi le numerose pronunce sul cd. “mutuo di scopo” Cass. n. 12454/2012; Cass. n. 19211/2011; Cass. n. 11974/2010).

Ritiene quindi questo collegio che la fideiussione eventualmente sottoscritta secondo il modello ABI censurato nell'anno 2005, con le premesse fattuali sopra argomentate sull'onere della dimostrazione dell'effettiva sussistenza dello stesso, non possedeva, in un'ottica astratta, alcuna stretta ed indissolubile connessione causale con il preteso accordo violativo della concorrenza, né sotto il profilo soggettivo né sotto quello oggettivo e debba quindi essere qualificata come contratto “occasionalmente” collegato all'eventuale intesa anticoncorrenziale, sicché è da escludersi, sempre, ogni riflesso anche parziale su singole clausole del contratto dell'eventuale nullità accertata “a monte”.

E questo per due ordini di motivi.

Da un lato non può affermarsi che le Banche con tali clausole contrattuali abbiano operato una consapevole e preordinata distorsione delle regole di mercato, né direttamente né di riflesso a danno del consumatore o dell'utente, non essendo tali disposizioni finalizzate a danneggiare direttamente i clienti, avendo le banche - ovvero l'ABI - visibilmente e ex professo, inteso semmai precostituirsi delle condizioni comuni più agevoli nella gestione delle pratiche dei contratti di garanzia a prima richiesta al fine di semplificare la gestione del credito. Si tratta quindi di un'intesa che dogmaticamente può essere definita “per effetto” e non quindi di un'intesa “per oggetto”, se è vero che nella stessa Ordinanza n. 55 si dà atto della sussistenza di validi elementi per ritenere che alcune forme di standardizzazione dei contratti rivestano un ruolo positivo nel mercato di riferimento. E quindi anche sotto il profilo di un'eventuale perturbazione del mercato appare di difficile concretezza l'idea per cui il fideiussori potessero stipulare le garanzie con soggetti altri rispetto quelli con i quali i garantiti avevano materialmente concordato i finanziamenti (l'elemento distorsivo del mercato è stato, come precedentemente detto, individuato nei rapporti fra ente finanziatore e il garante, e quindi in un momento in cui la scelta della controparte contrattuale, il finanziatore, era già stata imposta dall'obbligato principale, il garantito).

Dall'altro lato, poi, va evidenziato come sussista, fisiologicamente, un vincolo causale e teleologico molto più forte tra il rapporto fidejussorio e l'obbligazione garantita.

Enfatizzare lo stretto rapporto teleologico/funzionale tra accordo anticoncorrenziale e garanzia, attraendo quest'ultima nel contesto “esecutivo” dell'accordo anticoncorrenziale, porterebbe a indebolire l'innegabile vincolo che sussiste tra garantito e garante, laddove invece è proprio nel rapporto tra garantito e garante che si colloca la funzione causale del negozio che si suppone invalido.

Lo spostamento del baricentro del collegamento negoziale dal rapporto garante/garantito a quello tra garante/banca è alla base della consistente proliferazione di controversie finalizzate all'accertamento dell'invalidità riflessa della fideiussione prestata secondo degli schemi sanzionati dall'autorità della concorrenza: il tentativo di spostare il fulcro dell'assetto contrattuale e degli interessi dal rapporto fra garante/garantito al diverso rapporto fra garante e soggetto finanziatore è funzionale a trarre giovamento di riflesso per il garante da un'invalidità preconfezionata, laddove è evidente che l'elemento di forza dell'assetto contrattuale è proprio quello che lega il garante al garantito, il quale si espone con il proprio patrimonio e con quello dei soggetti a lui limitrofi, secondo noti schemi economici, per portare avanti un'attività imprenditoriale.

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel. Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

Di questo dà atto lo stesso provvedimento n. 55 al punto n. 62 quando recita: “La fideiussione viene di norma richiesta nei casi in cui le valutazioni sul merito di credito segnalano elementi di incertezza circa la capacità di rimborso del debitore e non sono disponibili garanzie di natura reale. Nella maggior parte dei casi il fideiussore è una persona che ha un interesse diretto all’erogazione del finanziamento e, pertanto, non richiede un corrispettivo economico al debitore della banca. Di norma, si tratta di un congiunto dell’imprenditore che presta la garanzia a favore dell’impresa familiare gestita da quest’ultimo”. I punti dal n. 63 al n. 71 dell’Ordinanza n. 55 chiariscono inequivocabilmente come la funzione della garanzia sia quella di determinare un contenimento del rischio e conseguentemente dei tassi più agevolati di finanziamento per il beneficiario.

Lo strumento risarcitorio apparrebbe, alla luce delle professate considerazioni, quindi quello più logico e duttile per venire incontro alle esigenze dei soggetti potenzialmente lesi dall’intesa anticoncorrenziale, in quanto nelle singole azioni proposte dai soggetti asseritamente colpiti dalle clausole abusive, gli stessi possono dare dimostrazione, indipendentemente dalla questione della validità ed efficacia dei contratti sottoscritti, dei danni che hanno specificamente patito dall’intesa concorrenziale ognuno nel proprio contesto economico, ottenendo quindi il ristoro della situazione in cui essi si sarebbero trovati se l’intesa anticoncorrenziale da loro denunciata non avesse avuto luogo, danno che - per esempio - può essere concretizzato nel maggior prezzo sborsato per la fideiussione o nelle maggiori immobilizzazioni cui si è dovuto fare fronte.

E difatti, in un’ottica controfattuale dell’operazione, se è vero difatti che la sottoscrizione di una fideiussione a condizioni più gravose di quelle ipotizzabili in un regime di concorrenza perfetta può avere dato luogo ad un danno risarcibile in capo al garante (per immobilizzazione di somme di denaro o per la perdita di migliori condizioni di mercato), non può essere revocato in dubbio il fatto che la liberazione tout court del fideiussore costituirebbe una indubbia sovracompensazione, essendo evidente come, in assenza di vincolo fideiussorio, il finanziamento non sarebbe mai stato erogato dalla banca e comunque non alle condizioni economiche, più favorevoli al garantito, effettivamente praticate.

Questo collegio, in sintesi, ritiene che l’attore, al fine di invocare legittimamente gli effetti sulla fideiussione sottoscritta dalla violazione dello schema ABI ex provvedimento d.d. 2 maggio 2005 debba quindi:

1. Allegare la conformità della fideiussione da lui sottoscritta totalmente o parzialmente allo schema ABI di cui deve necessariamente produrre copia in giudizio, non trattandosi di atto di natura normativa;
2. Allegare e provare l’esistenza di un accordo anticoncorrenziale a monte del contratto, sfruttando anche i poteri istruttori conferiti dall’Ordinamento ed invocando i poteri officiosi attribuiti dal D.Lgs 3/2017, ricordando qui come Cass. N. 13846/19 abbia qualificato i provvedimenti dell’AGCM quale semplice “prova presuntiva qualificata” dell’esistenza di un accordo anticoncorrenziale, il quale, in quanto tale, non è però sottratto all’ordinario onere di allegazione e prova che incombe all’attore o all’opponente;
3. Allegare la lesione della sua sfera di libertà economica ed indicare e provare il danno patito, ribadendo qui come appaia strumentale e fonte di squilibrio fra le invocare invece la nullità assoluta della garanzia prestata.

Quanto al caso di specie, richiamando qui quanto sopra argomentato, l’azione non può essere accolta per difetto di prova.

Il collegio osserva che parte attrice non ha però allegato e provato in alcun modo che vi sia stata all’epoca della sottoscrizione di tale fideiussione un’intesa tra i principali soggetti bancari cui abbia aderito anche **BANCA MANDANTE**, banca cui ha rilasciato la garanzia, né ha allegato e provato di aver patito alcun danno; si aggiunga in punto di fatto che l’opponente risulta essere stata socia al 95% della **SOCIETA’ DEBITRICE** e tutti e due hanno quindi con ogni verosimiglianza inteso garantire con il proprio patrimonio l’attività imprenditoriale che andavano a svolgere in forma individuale/associata.

È quindi da escludersi ogni compressione della libertà contrattuale dei fideiubenti se è vero che sin dal 2005 la società a loro riferibile intratteneva due rapporti di conto corrente con **BANCA**. All’atto della prestazione della garanzia la garante quindi verosimilmente inteso permettere alla sua società di conseguire l’ulteriore provvista necessaria alla prosecuzione dell’attività di impresa, successivamente naufragata.

L’invocata nullità della garanzia in virtù della paventata esistenza di un pregresso e perdurante cartello fra le banche appare quindi un facile e comodo escamotage, volto evidentemente, con ardità

Sentenza, Tribunale di Roma, Pres. Pedrelli-Rel.Postiglione del 27.10.2021 n. 16776

ricostruzione giuridica, a sottrarsi alle conseguenze di un progetto imprenditoriale non andato a buon fine.

Le spese seguiranno la soccombenza.

P.Q.M.

Il tribunale, definitivamente pronunciando nella controversia di cui in epigrafe

-rigetta la domanda;

-condanna la **GARANTE** alla rifusione delle spese nei confronti di **BANCA MANDATARIA**, quale procuratore di **BANCA MANDANTE** che liquida in complessivi euro 7.000,00 di cui euro 1.500,00 per la fase di studio, euro 1.000,00 per la fase introduttiva, euro 2.000,00 per la fase istruttoria ed euro 2.500,00 per la fase decisoria. Accessori.

Roma il 22/10/2021

Il Presidente Il giudice estensore
Claudia Pedrelli Andrea Postiglione

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

EX PARTE CREDITORIS