

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE DI ROMA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
XVII Sezione Civile**

Sezione Specializzata in materia di Impresa
in composizione collegiale, nelle persone dei Magistrati:
Dott.ssa Claudia Pedrelli Presidente;
Dott. Fausto Basile Giudice relatore;
Dott. Tommaso Martucci Giudice;
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. xxxxx del R.G.A.C.C. dell'anno 2019 e vertente
tra

FIDEIUSSORE

ATTORE

e

BANCA

CONVENUTA

OGGETTO: nullità fideiussione omnibus per violazione normativa antitrust.

CONCLUSIONI

All'udienza del 29.09.2021, i procuratori delle parti hanno precisato le conclusioni come da note di trattazione scritta, riportandosi a quelle formulate nei rispettivi scritti difensivi.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato, **FIDEIUSSORE** ha convenuto in giudizio, dinanzi all'intestato Tribunale – Sezione Specializzata in materia di Imprese, la **BANCA** chiedendo la declaratoria di nullità ex art. 2, L. n. 287/1990, del contratto di fideiussione (doc. 1, fasc. parte attrice), sottoscritto nell'interesse della **SOCIETA' DEBITRICE**, perché ritenuto conforme allo schema ABI/2002 e contenente, in particolare, le clausole di "sopravvivenza", "reviviscenza" e "rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c." censurate sia dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AGCOM con il Parere n. 14251 del 20.04.2005 (doc. 04, allegati atto di citazione, fasc. parte attrice) che dalla Banca d'Italia con il Provvedimento n. 55 del 02.05.2005 (doc. 05, allegati atto di citazione, fasc. parte attrice), in quanto contrastanti con la predetta Legge n. 287/1990.

L'attore ha chiesto pertanto di accertare e dichiarare che nessun obbligo sussiste in capo a sé in relazione al rapporto intercorrente tra la Società attrice principale e la Banca.

Si è costituita in giudizio la **BANCA**, e per essa in suo nome e per suo conto la **MANDATARIA**, che ha resistito e ha chiesto il rigetto di tutte le domande spiegate da parte attrice perché inammissibili e/o infondate in fatto ed in diritto e comunque non provate.

All'udienza di prima comparizione del 17.10.2019, il Giudice, ha disposto l'iscrizione della causa al Ruolo imprese e ha concesso i termini ex art. 183 c. VI c.p.c., rinviando per l'eventuale ammissione dei mezzi istruttori.

Con la prima memoria istruttoria, parte attrice, a modifica della domanda introduttiva, ha chiesto in via subordinata la nullità e/o inefficacia e/o invalidità, limitatamente agli articoli 2, 6 e 8 della fideiussione oggetto di causa.

All'udienza del 11.11.2020, ritenuta la causa documentalmente istruita e matura per la decisione, è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 29.09.2021, svolta mediante il deposito di note di trattazione scritta, la causa, sulle conclusioni in epigrafe indicate, è stata rimessa dinanzi al Collegio per la decisione, previa assegnazione dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

Va innanzitutto riconosciuta la competenza della Sezione specializzata in materia di Impresa in ordine alla domanda tesa a far dichiarare la nullità della fideiussione omnibus riprodotiva del contenuto dello schema contrattuale predisposto dall'ABI, contenente disposizioni contrastanti con l'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287 del 1990, in quanto l'azione diretta a dichiarare l'invalidità del contratto a valle implica l'accertamento della nullità dell'intesa vietata (Cass., 10/03/2021, n. 6523).

Neppure è fondata l'eccezione di difetto di interesse ad agire, sollevata dalla banca convenuta, sul presupposto che parte attrice non avrebbe allegato, né tantomeno provato, sia la sussistenza nel caso specifico della denunciata violazione (limitandosi al richiamo di precedenti giurisprudenziali senza verificarne la concreta ed effettiva applicabilità al caso di specie) sia il pregiudizio in concreto subito in conseguenza delle lamentate violazioni, viepiù che le clausole di cui viene invocata la nullità non hanno trovato applicazione nei rapporti inter partes.

Riguardo all'avvenuta violazione della normativa antitrust da parte dello schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI, l'attore non deve fornire specifica prova oltre al fatto che tale violazione è stata accertata dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55 del 2005. Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza della S.C. anche a tale provvedimento va riconosciuta la caratteristica di prova privilegiata dell'intesa vietata (Cass., 22/05/2019, n. 13846; cfr. anche le pronunce di seguito richiamate).

Per quanto riguarda, invece, l'interesse ad agire sotteso alla domanda di nullità di un contratto, la S.C. ha precisato che, mentre per le parti contraenti l'interesse ad agire è "in re ipsa", in dipendenza dell'attitudine del contratto di cui si invoca la nullità ad incidere nella loro sfera giuridica, soltanto il terzo deve dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse alla declaratoria di nullità (Cass., 05/02/2020, n. 2670).

Nella fattispecie, è infatti evidente l'interesse concreto dell'attore ad ottenere la declaratoria di nullità del contratto di fideiussione rilasciato a garanzia di obbligazioni principali non ancora estinte e di cui egli potrà essere chiamato a rispondere dal creditore.

Nel merito, la questione alla base della controversia in esame trae origine dal provvedimento n. 55 del 02/05/2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, il quale ha dichiarato che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI nell'ottobre del 2002 contenesse disposizioni che, ove applicate in modo uniforme, risultavano in contrasto con l'art. 2, co. II, lettera a) della legge n. 287/1990 ("Legge Antitrust").

In particolare, l'art. 2 prevedeva la cosiddetta "clausola di reviviscenza", ovvero la clausola che imponeva al fideiussore di tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento in virtù delle quali la banca si sia trovata a dover restituire il pagamento ricevuto (la più ricorrente, la dichiarazione di inefficacia del pagamento ex art. 67 L.F.); l'art. 6 prevedeva la deroga all'art. 1957 c.c.; l'art. 8 estendeva la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale.

L'anticoncorrenzialità di dette clausole è stata ravvisata nell'attitudine delle stesse non tanto nell'ostacolare l'accesso al credito (funzionalità riconosciuta e ritenuta congruamente perseguita anche

dalla clausola di pagamento “a prima richiesta”), quanto nell’addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall’inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, ovvero dall’invalidità o dall’inefficacia dell’obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

Difatti, le argomentazioni della Banca d’Italia hanno tratto le mosse dal presupposto che la standardizzazione contrattuale frutto di un’attività associativa non fosse di per sé lesiva della concorrenza, ben potendo incentivare la stessa. Per cui, al fine di determinare le ipotesi di contrasto di tale standardizzazione con le regole della concorrenza, ha evidenziato alcune tipologie di schemi, precisamente “gli schemi contrattuali atti a: - fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti; - precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull’insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto. Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza”.

L’Autorità di Vigilanza ha quindi ritenuto che lo schema predisposto dall’ABI potesse essere idoneo a determinare una situazione di standardizzazione considerato che, già all’epoca dell’istruttoria, i testi di fideiussione omnibus in uso nella prassi bancaria disciplinavano in modo sostanzialmente uniforme le clausole oggetto dell’istruttoria, differenziandosi rispetto allo schema in esame per un aggravamento della posizione contrattuale del garante.

La Banca d’Italia, nella veste (che all’epoca rivestiva) di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ha pertanto concluso che le intese vietate 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”.

Da detto provvedimento – che secondo il costante orientamento della S.C. costituisce prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato e del suo eventuale abuso (Cass., n. 3640/2009; Cass. ord. n. 18176/2019; Cass., n. 13846/2019; n. 7039/2012; Cass., n. 13486/2011) – discende allora che la deliberazione dell’ABI di approvazione delle Norme Bancarie Uniformi ABI relative allo schema negoziale standard di fideiussione omnibus integra gli estremi dell’intesa illecita ex art. 2 L. 287/1990, in quanto contenente clausole contrarie a norme imperative e che le clausole ritenute non direttamente funzionali ad assicurare l’accesso al credito e l’effettività delle garanzie personali costituiscono un ostacolo al libero dispiegarsi del mercato creditizio secondo il gioco della libera concorrenza.

Di conseguenza, si è posto il problema degli effetti prodotti sulle fideiussioni stipulate a valle dall’illecito antitrust rilevato a monte dal provvedimento della Banca d’Italia; ovvero se, nel caso di fideiussioni omnibus rilasciate dai clienti alle banche in cui siano inserite le predette clausole di natura anticoncorrenziale, al garante spetti soltanto una tutela di tipo risarcitorio, oppure anche una tutela reale che colpisca la validità stessa del contratto di garanzia.

Riguardo a tale problematica, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato tre diverse soluzioni interpretative: 1) nullità assoluta della fideiussione a valle dell’intesa vietata a monte; 2) nullità parziale delle sole clausole della fideiussione a valle riproduttive di quelle dello schema ABI di cui l’Autorità Garante ha accertato la natura anticoncorrenziale; 3) tutela meramente risarcitoria per il cliente che ha rilasciato alla banca la fideiussione riproduttiva delle medesime clausole anticoncorrenziali.

Nel solco della terza impostazione si era collocata la precedente giurisprudenza di questa Sezione Specializzata. Tuttavia, nelle more della presente decisione sulla questione in esame è stato pronunciato

l'importante arresto delle Sezioni Unite civili n. 41994 del 30.12.2021 che, dopo aver tracciato il quadro normativo di riferimento e ripercorso le diverse opzioni interpretative, ha ritenuto, con approfondita e condivisibile motivazione, che tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore, "quella che perviene a risultati più in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un'ipotesi di <<nullità parziale>>".

Nel pervenire a tale conclusione, i Giudici di legittimità richiamano la precedente pronuncia delle medesime SS.UU. n. 2207/2005 laddove precisava che la legge antitrust "<<detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato>>, in particolare i consumatori, tenuto conto che il <<contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti>>" e sottolinea che, in tale prospettiva "la pronuncia legittima il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria".

Infatti, secondo il recente arresto delle SS.UU., "è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust".

La tutela reale riconosciuta dall'ordinamento interno in caso di illecito antitrust non trova ostacoli nemmeno nel diritto unionale e nelle pronunce della Corte di Giustizia, atteso che, sempre secondo le SS.UU., "il diritto al risarcimento del danno derivante dalla contrattazione a valle dell'intesa vietata a monte, costituisce il comune denominatore – per l'intero spazio europeo – e la forma di tutela di base da assicurare ai consumatori, ferma restando la competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario".

Si tratta – proseguono le SS.UU. - di una "speciale" ipotesi di nullità funzionale prevista dalla normativa antitrust – l'art- 2, comma 3, della legge n. 287/1990 stabilisce che "le intese vietate sono nulle ad ogni effetto" – che prescinde da un vero e proprio collegamento negoziale tra l'intesa illecita a monte e la fideiussione stipulata a valle.

Siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento, "in quanto colpisce anche atti, o combinazione di atti avvinti da un <<nesso funzionale>>, non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale". La ratio di tale speciale regime va individuata "nell'esigenza di salvaguardia dell'ordine pubblico economico", a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust".

Pertanto, "i contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust – in quanto costituenti <<lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti>> (Cass. Sez. U. n. 2207/2005) – partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati della medesima forma di invalidità che colpisce i primi".

Secondo le SS.UU., con tale forma di nullità, tanto il legislatore europeo, quanto quello nazionale, "intendendo sanzionare un <<risultato economico>>, ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza" hanno dato rilievo "anche a comportamenti <<non contrattuali>> o <<non negoziali>>".

In tale prospettiva, richiamano il risalente orientamento – ribadito anche dalla più recente ordinanza n. 29810 del 12/12/2017 – secondo il quale sotto il profilo della distorsione della concorrenza si rende rilevante "qualsiasi condotta di mercato (anche realizzante in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di <<intesa>> rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici [n.d.r. come nel caso oggetto del presente giudizio] meramente unilaterali (Cass., 01/02/1999, n. 827)".

Da ciò consegue “che, allorché l’articolo 2 della legge n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle <<intese>>, non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all’eventuale negozio giuridico originario postosi all’origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva.

La recente pronuncia delle SS.UU. ribadisce quindi che la violazione della normativa nazionale ed eurounitaria antitrust “È riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti <<funzionale>> a produrre un effetto anticoncorrenziale”.

Il predetto “nesso funzionale” tra l’intesa a monte e il contratto a valle si riscontra proprio quando quest’ultimo (nella fattispecie, la fideiussione omnibus) “è interamente o parzialmente riproduttivo dell’<<intesa>> a monte, dichiarata nulla dall’autorità amministrativa di vigilanza, da quando l’atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell’atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell’intesa anticoncorrenziale”.

In tale prospettiva, le SS.UU. tengono a precisare che la deroga isolata all’archetipo codicistico della fideiussione nei singoli contratti tra banca e cliente, in particolare, agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., non determina alcun effetto anticoncorrenziale.

Una volta riconosciuto che a garanzia della realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust soccorrono tanto la tutela risarcitoria, quanto la tutela reale della nullità di tutta la complessiva situazione, anche a valle dell’intesa, che ostacola il libero gioco della concorrenza, le SS.UU. hanno ritenuto “che la forma di tutela più adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata – appunto - a tali clausole”.

A tale riguardo viene richiamata la regola – ribadita in diverse pronunce di legittimità – della nullità parziale sancita dall’art. 1419, co. I, c.c., espressione del generale favore dell’ordinamento per la “conservazione”, per quanto possibile, dei atti di autonomia negoziale, ancorché difforme dallo schema legale, dal quale discende il carattere eccezionale dell’estensione della nullità che colpisce una parte dell’intero contratto, con la conseguenza che rimane a carico della parte interessata ad estendere la nullità all’intero negozio fornire la prova dell’interdipendenza del resto del contratto dalla clausola nulla, restando precluso al giudice rilevare d’ufficio l’effetto estensivo della nullità parziale all’intero contratto.

Pertanto, le SS.UU. ribadiscono il principio secondo il quale, nel caso in esame, ben difficilmente potrebbero trovare riscontro i presupposti dell’estensione all’intero contratto di fideiussione della nullità delle singole clausole, dal momento che, “avuto riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l’effetto di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione. D’altro canto, però, il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) - salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario - avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. [...] Al contempo, è del tutto evidente che anche l’imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l’alternativa sarebbe quella dell’assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti”.

Quanto poi all’accertamento dell’esistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza vietata dall’art. 2 della l. n. 287 del 1990, con particolare riguardo alle clausole relative ai contratti di fideiussione omnibus utilizzati dalle banche, le SS.UU. hanno richiamato il consolidato orientamento di legittimità secondo il

quale “la produzione del provvedimento dell’Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione”.

Segnatamente, ha richiamato la recente pronuncia secondo la quale “il provvedimento della Banca d’Italia di accertamento dell’infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall’art. 19, comma 11, della l. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un’elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano in esso pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell’intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all’attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento con cui è stato imposto all’ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario” (Cass., 22/05/2019).

Ne consegue che il giudice, lungi dal dover accertare se successivamente le banche hanno dato concreta attuazione all’intesa restrittiva della concorrenza attraverso l’uniforme applicazione delle clausole (nn. 2, 6 e 8) dello schema ABI ritenute illecite dal provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005, deve limitarsi a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente (anche a distanza di anni dal citato provvedimento) coincidono o meno con le condizioni oggetto dell’intesa restrittiva della concorrenza.

Applicati i principi sanciti da SS.UU. n. 41994 del 30.12.2021 alla fattispecie concreta ed esaminati i documenti a confronto, emerge che le clausole contenute nella fideiussione omnibus con il quale il **FIDEIUSSORE** si è costituito fideiussore della **SOCIETA’ DEBITRICE** in favore della **BANCA** fino alla concorrenza dell’importo massimo garantito di euro 320.000,00 (doc. 1 fasc. parte attrice) costituiscono pedissequa applicazione delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ritenute concorrenzialmente illecite dal provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005 in quanto in contrasto con l’articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90.

Sicché, rigettata la domanda principale di nullità del contratto di fideiussione, in accoglimento della subordinata, va dichiarata la nullità (derivata), per violazione dell’art. 2, comma 1, lett. a), della Legge n. 287 del 1990 degli articoli 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione omnibus per cui è causa, lasciando in vita tutte le altre clausole negoziali.

Quanto alle spese di lite, tenuto conto dell’accoglimento limitato alla domanda subordinata di nullità parziale della fideiussione, esse vanno compensate nella misura della metà e poste a carico di parte convenuta per la restante metà, nella misura liquidata in dispositivo secondo i parametri minimi del D.M. 55/2014, per lo scaglione di riferimento.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma - Sezione Specializzata in materia di Impresa, definitivamente pronunciando, disattesa o assorbita ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- 1) rigetta la domanda principale di nullità, per violazione dell’art. 2 della l. n. 287/1990, della fideiussione omnibus sottoscritta da **FIDEIUSSORE** a garanzia del pagamento delle obbligazioni assunte dalla **SOCIETA’ DEBITRICE** nei confronti della **BANCA** (doc. n. 1 fasc. parte attrice);
- 2) in accoglimento della domanda subordinata, dichiara la nullità, per violazione dell’art. 2, comma 1, lett. a), della Legge n. 287 del 1990, degli articoli 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione omnibus per cui è causa, meglio descritto sub 1, lasciando in vita tutte le altre clausole negoziali;
- 2) compensa le spese processuali in ragione della metà e condanna la **BANCA** alla rifusione dell’altra metà in favore di parte convenuta, che liquida in euro 272,00 per esborsi ed euro 6.339,00 per compenso professionale, oltre al rimborso forfettario delle spese generali, IVA e CPA.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 27 gennaio 2022

IL GIUDICE ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Dott. Fausto Basile

Dott.ssa Claudia Pedrelli

**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