

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO

Sezione XIV

Sezione specializzata in materia di impresa A

Il Tribunale in composizione collegiale, nella persona dei seguenti magistrati:

dott. Claudio Marangoni presidente rel.

dott. Vincenzo Barbuto giudice

dott.ssa Elisa Fazzini giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. xxxx/2018 R.G. promossa da:

FIDEIUSSORE

attori

contro:

BANCA;

convenuta

BANCA S.p.A. in qualità di procuratrice speciale di **SOCIETA' CESSIONARIA;**

terza intervenuta

Oggetto: Antitrust

CONCLUSIONI DELLE PARTI:

- per le parti attrici: “in via preliminare:
- sospendersi ex art. 295 c.p.c. il presente giudizio fino al passaggio in giudicato di quello pendente innanzi al tribunale al Tribunale di Treviso (rg. n. xxxx/2020);
- nel merito:
 - a) accertarsi e dichiararsi la nullità dei contratti «fidejussione omnibus con limitazione d’importo» sottoscritti dal Sig. **FIDEIUSSORE**, **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE s.r.l. 2**, rispettivamente il 1 agosto 2006, 14 maggio 2010 e 14 febbraio 2012, a favore della convenuta **BANCA** per violazione dell’art. 2, comma 2, lett. a), l. n. 287/1990, e per l’effetto accertarsi e dichiararsi che nulla devono gli attori alla banca a tale titolo;
 - b) in ogni caso dichiararsi, anche previo accertamento della nullità delle singole clausole di rinuncia al termine ex art. 1957 c.c. contenute nelle fidejussioni attoree, la liberazione dalle fidejussioni degli attori ai sensi dell’art. 1957 c.c., non avendo la banca, entro sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione principale, proposto le proprie istanze contro il debitore principale e continuate con diligenza;
 - c) accertarsi il diritto del Sig. **FIDEIUSSORE**, di **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE s.r.l. 2** al risarcimento di tutti i danni patiti e patienti (patrimoniali e non) per la «violata libertà contrattuale» e/o per l’iscrizione a sofferenza in Centrale rischi presso la Banca d’Italia, e per l’effetto, condannare la convenuta **Banca di credito cooperativo delle Prealpi**, in persona del suo legale rappresentante p.t., al pagamento nei confronti di ciascuno degli attori delle somme a titolo risarcitorio che si riterranno di giustizia, da liquidarsi anche in via equitativa, oltre interessi e rivalutazione sino al soddisfo;
 - d) accertarsi l’illegittima segnalazione/iscrizione Centrale rischi presso la Banca d’Italia operata a carico degli attori e ordinarsi alla banca convenuta la relativa cancellazione;
 - e) rigettarsi tutte le domande avversarie in quanto inammissibili e comunque infondate per l’effetto di quanto sopra accertato;
 - f) rigettarsi comunque tutte le domande avversarie in quanto inammissibili e comunque infondate a fronte dell’intervenuta decadenza ex art. 1957 c.c.
 - g) rigettarsi in ogni caso tutte le domande avversarie per inefficacia e/o annullabilità e/o invalidità delle fidejussioni rilasciate da **FIDEIUSSORE s.r.l. 2** e **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** per conflitto d’interesse, in violazione degli artt. 1387, 1394, 1395 c.c.;

Con le conseguenti statuizioni in ordine alle spese di lite, onorari distratti.”

- per parte convenuta **BANCA.**: “In via preliminare
- accertarsi e dichiararsi il difetto di legittimazione attiva in capo agli odierni attori, per tutto quanto esposto in narrativa;

Nel merito in via principale

- respingersi le domande formulate da parte attrice in quanto infondate in fatto e in diritto;

Nel merito in via riconvenzionale

- condannarsi il sig. **FIDEIUSSORE** residente in **OMISSIS**, la **FIDEIUSSORE s.r.l. 1**, con sede in **OMISSIS**, e la **FIDEIUSSORE s.r.l. 2**, con sede in **OMISSIS**, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. **OMISSIS**, al pagamento in favore della **SOCIETA' CESSIONARIA**, per il tramite della procuratrice speciale **BANCA S.p.A.**, della somma di € 2.841.041,08, oltre agli interessi al tasso contrattuale moratorio attualmente pari al 6,60% dal 28.06.2018 al saldo effettivo sulla somma capitale di € 2.709.797,31.

In ogni caso

- con vittoria di spese e compensi professionali.”

Per la terza intervenuta **BANCA S.p.A.**: “Nel merito in via principale

- respingersi le domande formulate da parte attrice in quanto infondate in fatto e in diritto;

Nel merito in via riconvenzionale

- condannarsi il sig. **FIDEIUSSORE**, residente in **OMISSIS**, la **FIDEIUSSORE s.r.l. 1S.r.l.**, con sede in **OMISSIS**, e la **FIDEIUSSORE s.r.l. 2**, con sede in **OMISSIS**, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. **OMISSIS**, al pagamento in favore di **BANCA** della somma di euro 2.841.041,08, oltre agli interessi al tasso contrattuale moratorio attualmente pari al 6,60% dal 28.06.2018 al saldo effettivo sulla somma capitale di euro 2.709.797,31;

In ogni caso

- con vittoria di spese e compensi professionali.”

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO

1. **FIDEIUSSORE** ha dedotto di aver sottoscritto in data 1.8.2016 in favore della **BANCA** il modulo di fidejussione omnibus con limitazione d'importo fino alla concorrenza di 3.250.000,00 euro, a garanzia di qualunque operazione riferibile alla società **DEBITRICE PRINCIPALE**, debitrice principale dell'istituto di credito.

Le medesime garanzie sono state prestate anche dalle altre ulteriori parti attrici, ovvero **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE S.R.L. 2**, con le fidejussioni omnibus rispettivamente sottoscritte in data 14.5.2010 e in data 14.2.2012.

Allegano le parti attrici che tra le condizioni presenti nelle fidejussioni da esse sottoscritte sono ricomprese alcune clausole derogatorie del codice civile, tra cui quelle di cd. “sopravvivenza della fideiussione” (secondo cui il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla stessa banca fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti, o per qualsiasi altro motivo) e la clausola cd. “di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c.” secondo cui i diritti derivanti alla banca della 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 c.c., che si intende derogato.

In data 27.3.2018 la banca convenuta aveva inoltrato alla debitrice principale e agli odierni attori un formale atto di diffida di pagamento del debito fino a quel momento maturato, pari cioè a 250.724,58 euro, minacciando al contempo l'escussione della fideiussione e la segnalazione alla Centrale rischi presso Banca d'Italia, per la relativa iscrizione a sofferenza.

Le parti attrici agiscono in questa sede per chiedere la nullità di tali fideiussioni in funzione del loro carattere ritenuto contrastante con l'art. 2, comma 2, l.n. 287/1990 in quanto riprodurrebbero fedelmente le clausole predisposte dal circuito bancario ABI, riconosciute quali generatrici di intesa restrittiva della concorrenza, prima dall'AGCM e poi della Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005 del 2 maggio 2005.

Contestualmente hanno chiesto inoltre il risarcimento del danno per indebita restrizione della libertà di scelta contrattuale di ciascun attore, rispetto ai prodotti disponibili, quale diretta conseguenza dell'asserito illecito anticoncorrenziale, profilando altresì un ulteriore danno (patrimoniale e non, se si considera quello d'immagine) che conseguirebbe alla segnalazione e iscrizione a sofferenza in Centrale rischi presso la Banca d'Italia.

La banca convenuta, costituitasi regolarmente in giudizio, ha contestato la fondatezza delle domande proposte dalle parti attrici.

Ha eccepito in via preliminare l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento del tentativo di mediazione obbligatorio ai sensi del novellato art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010.

Nel merito, ha affermato che i testi delle fideiussioni oggetto di contestazione sottoscritte dai diversi attori, differiscono non solo tra loro, ma anche dallo schema standard predisposto dall'ABI e sottoposto successivamente all'attenzione dell'Autorità Garante.

In particolare, le fideiussioni omnibus sottoscritte tanto dalla **FIDEIUSSORE s.r.l. 1**, quanto dalla **FIDEIUSSORE S.R.L. 2.**, non conterrebbero né le clausole c.d. "di reviviscenza" e "di sopravvivenza", né clausola derogativa dell'art. 1957 c.c.

Quanto alla fideiussione sottoscritta dal **FIDEIUSSORE**, seppur il contratto effettivamente conteneva le clausole ritenute restrittive della libera concorrenza, la loro esistenza risulterebbe di fatto totalmente irrilevante, dal momento che:

- i) riguardo alla clausola c.d. "di reviviscenza", la Banca non ha incassato alcuna somma in pagamento delle obbligazioni garantite, né è stata sollevata (o sarebbe possibile sollevare) alcuna eccezione di annullamento, inefficacia o revoca di pagamenti, nella specie mai intervenuti;
- ii) riguardo alla clausola c.d. "di sopravvivenza", le obbligazioni garantite non solo non sono state dichiarate invalide, ma non sono neppure state oggetto di contestazione né da parte della debitrice principale, né da parte dei garanti – odierni attori;
- iii) riguardo alla clausola derogativa dell'art. 1957 c.c., il termine semestrale ivi prescritto non sarebbe ancora scaduto, atteso che nel caso del contratto di mutuo il debito non potrebbe considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata e, nella specie, malgrado la diffida ad adempiere di data 27.3.2018, né la debitrice principale, né i garanti hanno provveduto al pagamento delle rate scadute, di talché il contratto di mutuo si è risolto ex art. 1456 c.c. in data 26.4.2018.

Nella denegata ipotesi di dichiarata nullità dei contratti di fideiussione di cui si discute, parte convenuta ha affermato che la sanzione di nullità prescritta dall'art. 33 della L. n. 287/1990 non potrebbe travolgere anche i contratti stipulati "a valle" con i consumatori, non essendoci fonte normativa alcuna che ne commini espressamente la nullità desiderata dalle controparti.

Infine, con riferimento alla richiesta di risarcimento dei danni, parte convenuta ne ha chiesto comunque il rigetto in quanto non corredata di adeguata giustificazione e sufficiente riscontro probatorio quanto allo specifico pregiudizio che sarebbe loro derivato dalla presunta violazione delle regole competitive da parte della Banca convenuta e/o dalla legittima - e nei fatti mai intervenuta - segnalazione alla Centrale Rischi.

La banca convenuta ha quindi esposto che in data 14.2.2012 aveva stipulato un mutuo fondiario di originari euro 3.300.000,00 in favore della **DEBITRICE PRINCIPALE** da restituire in n. 240 rate mensili.

Il rapporto era rimasto in regolare ammortamento fino al 14.2.2017, allorquando la debitrice principale aveva interrotto il pagamento delle rate.

Con raccomandata in data 27.3.2018 la banca aveva intimato il pagamento del dovuto, comunicando la decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c. e rendeva noto sia alla debitrice principale, sia ai

garanti che, in caso di mancato pagamento, si sarebbe avvalsa, senza ulteriore avviso, della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c.

Non essendo medio tempore intervenuto l'adempimento, il finanziamento de quo si era risolto di diritto.

La **BANCA** si è dunque dichiarata creditrice nei confronti dell'immobiliare **DEBITRICE PRINCIPALE** della somma di € 2.841.041,08 per capitale, interessi e spese alla data del 28.6.2018 per residuo mutuo fondiario oltre agli interessi al tasso contrattuale moratorio attualmente pari al 6,60% dal 28.6.2018 al saldo effettivo sulla somma capitale di € 2.709.797,31.

Ha dunque chiesto in via riconvenzionale che le parti attrici nella presente causa fossero condannate al pagamento di tale somma.

All'udienza del 9.10.2018 il giudice rilevava che la proposizione della domanda riconvenzionale imponeva lo svolgimento preliminare della mediazione di cui all'art. 5 D. Lgsvo 28/10 e assegnava alle parti termine per dare luogo a tale incombente.

All'udienza del 30.1.2019 le parti attrici eccepivano, a fronte della riconvenzionale della banca, l'inefficacia e/o annullabilità e/o invalidità delle fidejussioni rilasciate da **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE S.R.L. 2** per conflitto d'interesse in violazione degli artt. 1387, 1394, 1395 c.c. poiché all'epoca rilasciate e sottoscritte dall'amministratore e legale rappresentante delle due società garanti (**FIDEIUSSORE**) che era al contempo anche amministratore e legale rappresentante della **DEBITRICE PRINCIPALE**

Respinta l'istanza di adozione di ordinanza ex art. 186 ter c.p.c. formulata dall'istituto bancario e preso atto dell'esito negativo della procedura di mediazione, dopo il deposito delle memorie istruttorie la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni.

Con comparsa di costituzione in giudizio datata 13.10.2021 è intervenuta ex art. 111 c.p.c. la **BANCA S.p.A.**, per conto e nell'interesse di **SOCIETA' CESSIONARIA** ed in qualità di procuratrice speciale della stessa, cessionaria del credito originariamente vantato da nei confronti delle controparti nella presente causa riproponendo le domande svolte dall'istituto di credito convenuto dalle parti attrici.

2. In primo luogo devono essere valutate le domande di nullità che le parti attrici hanno svolto nella presente causa in relazione alle rispettive fidejussioni che esse hanno sottoscritto, nullità fondata sulla tesi della contrarietà delle stesse alla normativa antitrust (in particolare in relazione all'art. 2, comma 2, l.n. 287/1990) sulla base dell'accertamento dell'intesa illecita accertata dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005 del 2 maggio 2005.

Tali domande non possono essere accolte in relazione alle seguenti valutazioni.

2.1 Quanto alle fidejussioni rilasciate da **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** in data 14.5.2010 e da **FIDEIUSSORE S.R.L. 2** in data 14.2.2012 appare sufficiente osservare – a prescindere da ogni altra contestazione, secondo la ragione più liquida – che nessuna delle due presenta effettivamente tutte e tre le clausole la cui combinazione aveva indotto la Banca d'Italia a ritenere l'illecita compressione della facoltà di scelta del consumatore derivata dalla generale applicazione delle stesse da parte del sistema bancario all'epoca dell'accertamento.

Va premesso, infatti, che esse non possono essere considerati contratti autonomi di garanzia, come eccepito dalla banca convenuta.

A tale proposito appare opportuno rammentare che “a differenza del contratto di fidejussione, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui, tutelando l'interesse all'esatto adempimento della relativa prestazione, il contratto autonomo di garanzia ha la funzione di tenere indenne, mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, avendo come causa quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso a detta mancata esecuzione” (Cass. 22/11/2018 n.30181; Cass. 31/03/2021 n.8874; Cass. 05/03/2020 n.6177).

Inoltre, anche secondo la dottrina, “ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia piuttosto che di un contratto di fideiussione, non è decisivo l’impiego delle espressioni “a semplice richiesta” o “a prima richiesta” del creditore, bensì la relazione in cui le parti hanno inteso porre l’obbligazione principale e l’obbligazione di garanzia. La caratteristica principale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione, infatti, è l’assenza dell’elemento dell’accessorietà della garanzia, insita nella circostanza che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall’art.1945 c.c.” (in tal senso anche Cass. 03/10/2005 n.19300; Cass. 20/04/2004 n.7502).

Sotto tale profilo va rilevato che i contratti sottoscritti dalle società attrici contengono l’obbligo delle garanti di pagare immediatamente alla banca il credito garantito “a semplice richiesta scritta” (art. 5 di entrambi i contratti, in docc. 2 e 3 attr.), ma non contemplano anche l’esclusione della facoltà delle garanti di sollevare eccezioni attinenti al rapporto principale.

L’esclusione della (sola) facoltà delle garanti di sollevare eccezione “riguardo al momento in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore” (art. 5 penultimo comma dei contratti citati) per la sua limitatezza rispetto al novero delle possibili eccezioni riguardanti il rapporto principale non vale a rendere autonome – nel senso innanzi richiamato – tali garanzie.

Se, dunque, le garanzie prestate dalle società attrici debbono essere interpretate quali fideiussioni omnibus, va confermato che la lettura dei relativi testi contrattuali conferma che almeno la clausola derogatoria dell’art. 1957 c.c. non è presente e dunque essi non rientrano nell’ambito della fattispecie che aveva determinato le censure dell’autorità di vigilanza del settore bancario.

Né la previsione dell’obbligo di pagamento a prima richiesta può ritenersi in sé derogatorio, esplicitamente o implicitamente, del disposto dell’art. 1957 c.c., volto a soddisfare diversi interessi collegati agli oneri di diligente attivazione della banca rispetto al debitore principale al fine di mantenere il rapporto di garanzia entro limiti temporali determinati.

La mancata riproduzione di tutte le clausole indicate dalla Banca d’Italia come integranti illecita compressione della libertà di scelta del consumatore – ove applicate in maniera uniforme dall’intero settore bancario – esclude la fondatezza del rilievo di nullità di tali contratti sotto il profilo antitrust.

2.2 Quanto alla fideiussione sottoscritta da **FIDEIUSSORE** in data 1.8.2006 è invece documentale che effettivamente il testo contrattuale presentava la combinazione delle tre clausole stigmatizzata dalla Banca d’Italia e che la sua sottoscrizione si è maturata in epoca successiva all’adozione del provvedimento emesso dall’autorità antitrust.

Parte attrice in via principale ha affermato che l’effetto conseguente all’accertamento della Banca d’Italia sul contratto in esame determinerebbe la nullità totale di tale contratto ai sensi dell’art. 1418 c.c., argomentando diffusamente nei suoi scritti conclusionali quanto all’inapplicabilità dell’istituto della nullità parziale di cui all’art. 1419 c.c.

Non concorda il Collegio con tale impostazione, già respinta nella giurisprudenza di questa Sezione, che ha ricevuto importante conferma da recente ed autorevole pronuncia del giudice di legittimità (Cass. SU 41994/21).

Deve infatti ritenersi – contrariamente all’assunto di parte attrice - che la forma di tutela più appropriata rispetto al complesso degli interessi in conflitto (che comprende anche quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite) sia appunto quella della pronuncia di nullità limitata a dette clausole.

L’art. 1419 c.c., invero, richiama il generale favore dell’ordinamento per la conservazione, in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale, per cui riveste carattere eccezionale l’estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all’intero contratto.

Corollario di tale impostazione è la conseguenza che è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, rimanendo precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

La nullità della singola o di alcune clausole contrattuali può comportare la nullità dell'intero contratto ovvero al contrario la conservazione dello stesso in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale, con necessità dunque di procedere alla valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tale clausola, e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto dalle stesse perseguito (Cass. 23950/14). La nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, può estendersi, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, nè persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità (Cass. 2314/16).

In relazione all'art. 1419 c.c., la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto accertato dal giudice. Per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata (Cass. 11673/07).

Nella fattispecie delle fideiussioni omnibus la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI – censurate dalla Banca d'Italia - ha prodotto l'effetto di rendere la disciplina più gravosa per il garante, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto ma ciò non esclude di per sé che il fideiussore - 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 (nel caso di specie il **FIDEIUSSORE** era socio e amministratore anche della società garantita) e quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario.

Peraltro, anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, nonostante l'espunzione delle suddette clausole a lui favorevoli, atteso che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti.

Deve dunque confermarsi che la nullità dell'intesa a monte appare astrattamente idonea a determinare la nullità derivata del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole.

Nel caso di specie va rilevato che parte attrice, pur avendo espressamente considerato l'ipotesi di nullità relativa del contratto sottoscritto dal **FIDEIUSSORE** ma argomentando in senso contrario rispetto alla fondatezza di tale ipotesi, ha tuttavia successivamente integrato le proprie domande comprendendo anche l'ipotesi di nullità relativa delle tre clausole contestate.

2.2.1 Se dunque il profilo di nullità della fideiussione sottoscritta dal **FIDEIUSSORE** in data 1.8.2006 deve essere delimitata alla considerazione della nullità parziale di esso, appare necessario valutare la fondatezza di tale ipotesi rispetto allo specifico contratto in questione.

Come già rilevato, tale contratto è stato sottoscritto in data 1.8.2006, in epoca cioè posteriore al menzionato provvedimento n. 55 della Banca d'Italia del 2.5.2005 e che si fondava sulla scorta del parere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in data 22.8.2003 all'esito di indagini svolte nel settore bancario.

La presente controversia attinente al contratto sottoscritto dal **FIDEIUSSORE** non può dunque essere risolta semplicemente applicando le conclusioni cui l'autorità è pervenuta, non estendendosi esse automaticamente a fatti successivi agli accertamenti eseguiti.

Se dunque la presente controversia risulta rivestire le caratteristiche dell'azione stand alone – e cioè non direttamente fondata su fatti accertati in sede amministrativa di accertamento della violazione antitrust - deve convenirsi che, secondo le regole proprie del giudizio civile, l'onere probatorio volto a dare fondamento alla contestazione di intesa in relazione al disposto dell'art. 2 L. 287/90 non può che ricadere sulla parte che ha formulato detta contestazione.

In particolare, pur tenendo conto della situazione di asimmetria informativa indubbiamente gravante sull'attore (Cass. 11564/15), va ribadito che nelle cause stand alone l'attore è comunque onerato

quantomeno della necessità di fornire elementi anche indiziari atti a confermare la prosecuzione dell'intesa illecita anche successivamente al periodo accertato dall'Autorità antitrust.

Nella fattispecie in esame la prova (anche indiziaria) avrebbe dovuto incentrarsi sul fatto che gli istituti di credito operanti sul territorio nazionale avessero continuato ad applicare in maniera uniforme le medesime clausole ritenute illecite.

Va infatti precisato che gli stessi provvedimenti dedotti dall'opponente, che avevano accertato la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2 L. 287/90 nello schema negoziale uniforme di fideiussione predisposto dall'ABI, esplicitamente riconoscevano che le clausole oggetto nel loro complesso di contestazione risultavano in se stesse ed anche nella loro combinazione del tutto lecite in quanto relative a norme derogabili e che l'effetto anticoncorrenziale era determinato dal fatto che esse risultavano inserite in una schema negoziale predisposto dall'associazione bancaria e che dunque il loro effetto anticoncorrenziale derivava dalla possibilità della loro applicazione in maniera uniforme.

In particolare, poi, il provvedimento della Banca d'Italia che aveva recepito e dichiarato la contrarietà alla normativa antitrust di tale schema negoziale in quanto destinato ad applicazione uniforme da parte delle banche aderenti all'ABI aveva imposto a quest'ultima l'eliminazione delle clausole menzionate.

In tale contesto appare dunque evidente che il solo fatto che l'istituto bancario convenuto abbia proposto alla clientela un contratto contenente dette clausole non può ritenersi di per se stesso elemento sufficiente a dare effettivo conto, sia pure in termini indiziari, della permanenza – successiva al provvedimento della Banca d'Italia - di un'intesa rilevante nella sua estensione e pervasività sul piano antitrust.

In effetti parte attrice ha depositato alcuni contratti di fideiussione al fine di dare prova che lo schema negoziale oggetto delle censure dell'Autorità antitrust era di fatto adottato anche da altri istituti di credito nella medesima epoca di stipulazione dei contratti da essa sottoscritti.

Tuttavia tale documentazione si appalesa del tutto insufficiente.

Dall'esame della documentazione depositata dalle parti attrici può rilevarsi, infatti, che sono stati prodotti solo due contratti conclusi da diversi istituti di credito nel 2006 (v. docc. 16 e 29 attr.) che presentano lo stesso schema comprendente le tre clausole in questione, né peraltro le parti attrici hanno proposto istanze istruttorie volte ad acquisire – tramite l'eventuale ausilio del giudice, volto a sopperire ad eventuali difficoltà connesse alla posizione di obiettiva asimmetria informativa – ulteriore documentazione atta a rafforzare e confermare la permanenza effettiva di tale intesa collusiva sul mercato.

Invero, seppure il provvedimento della Banca d'Italia emesso nel 2005 si fondasse sull'analisi svolte nel 2003 dei documenti contrattuali di (sole) sette banche di rilievo, appare evidente che la prova di una prosecuzione dell'intesa illecita avrebbe dovuto quantomeno comprendere un test di analoga consistenza ed estensione.

Per questi motivi la domanda di accertamento della nullità parziale della fideiussione sottoscritta dal **FIDEIUSSORE** deve dunque essere respinta.

3. Non pare inopportuno, peraltro, svolgere alcune considerazioni circa le reali conseguenze derivanti da un'eventuale declaratoria di nullità (parziale) di tutte le fideiussioni contestate dalle parti attrici, in riferimento cioè al preteso effetto liberatorio rispetto alle obbligazioni assunte dalle garanti discendente dall'applicabilità a tali rapporti dell'art. 1957 c.c.

Rileva il Collegio che in tale ipotesi la nullità della clausola derogatoria dell'art. 1957 c.c. non avrebbe avuto influenza alcuna sulla sorte delle obbligazioni di garanzia contratte dalle parti attrici, che sarebbero rimaste del tutto vigenti tra le parti.

In estrema sintesi si può osservare a tal fine:

- che il momento iniziale di decorrenza del termine semestrale previsto dall'art. 1957 c.c. nel caso di specie sarebbe coinciso con la data del 6.5.2018, cioè a decorrere dal trentesimo giorno della ricezione da parte della debitrice e delle garanti della diffida ad adempiere datata 27.3.2018 e ricevuta in data

26.4.2018 alla **DEBITTRICE PRINCIPALE** (doc. 6 convenuta) mediante la quale era stata comunicata alla debitrice ed alle garanti la decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c. e reso noto sia alla debitrice principale, sia ai garanti che, in caso di mancato pagamento, la creditrice si sarebbe avvalsa, senza ulteriore avviso, della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c.;

- che la **BANCA** ha formulato in via riconvenzionale nella presente causa nei confronti delle attrici domanda di condanna al pagamento del capitale, interessi e spese non pagate con comparsa depositata in data 31.7.2018;

- che la formulazione di tale domanda costituisce tempestiva attivazione della creditrice rispetto alla previsione dell'art. 1957 c.c., tenuto conto dell'obbligo solidale ex art. 1944 c.c. esistente tra debitrice e garanti (v. in tal senso Cass. 24296/17).

L'ipotetico annullamento della clausola relativa alla deroga all'art. 1957 c.c. non avrebbe dunque avuto dunque influenza alcuna rispetto alla vigenza dell'obbligazione di garanzia assunta dalle parti attrici.

4. La convenuta **BANCA** – sostenuta anche in tale pretesa dall'intervenuta **BANCA S.p.A.**, nella qualità di procuratrice speciale di **SOCIETA' CESSIONARIA**, cessionaria dei crediti dedotti nel presente giudizio – ha formulato domanda riconvenzionale relativa al pagamento da parte dei fideiussori **FIDEIUSSORE**, **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE S.R.L. 2** del credito vantato nei confronti della società garantita **DEBITTRICE PRINCIPALE** di euro 2.841.041,08, oltre agli interessi al tasso contrattuale moratorio attualmente pari al 6,60% dal 28.06.2018 al saldo effettivo sulla somma capitale di euro 2.709.797,31.

3.1 L'ammissibilità di tale riconvenzionale appare evidente, ove si consideri che essa è fondata proprio sui contratti dedotti in giudizio dalle parti attrici e che la competenza riservata alle Sezioni specializzate Impresa si estende alle domande riconvenzionali che presentino ragioni di connessione anche impropria con la materia assegnata alla competenza funzionale delle stesse (nel caso di specie in materia antitrust).

3.2. Le parti attrici hanno chiesto che il Tribunale procedesse alla sospensione della presente causa ex art. 295 c.p.c. in relazione al fatto che nelle more della presente causa la società **DEBITTRICE PRINCIPALE**, debitrice principale, aveva incardinato avanti al Tribunale di Treviso opposizione al precetto notificatole dalla Banca in forza del contratto di mutuo fondiario di originari € 3.300.000 e garantito dagli odierni attori.

L'istanza di sospensione non può essere accolta, avendo il Tribunale di Treviso respinto tale opposizione con sentenza n. 1805 del 2021 e non risultando proposto, né preannunciato appello avverso detta sentenza.

3.3. Le parti attrici hanno altresì contestato la validità delle fideiussioni rilasciate da **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE S.R.L. 2** per conflitto d'interesse in violazione degli artt. 1387, 1394, 1395 c.c. poiché all'epoca rilasciate e sottoscritte dall'amministratore e legale rappresentante delle due società garanti (**FIDEIUSSORE**) che era al contempo anche amministratore e legale rappresentante della **DEBITTRICE PRINCIPALE**

Esse si sono limitate, di fatto, ad allegare che il dedotto conflitto di interesse sarebbe riconducibile al fatto che all'epoca il **FIDEIUSSORE** era amministratore e legale rappresentante sia delle società garanti, sia della garantita, che esse sarebbero estranee al conseguimento del loro oggetto sociale (locazione e vendita di immobili) e che non risponderebbero ad alcun interesse economico giuridicamente apprezzabile delle società.

Tali allegazioni risultano con evidenza del tutto insufficienti al fine di sostenere in concreto l'eccepita situazione di conflitto di interessi.

Si può infatti rilevare:

- che nell'oggetto sociale sia della **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE S.R.L. 2** per un verso era menzionata anche la facoltà per tali società di prestare garanzie di qualsiasi natura, anche reali, a favore

di terzi mentre evidente è l'univoca finalizzazione dell'attività delle stesse e della garantita **DEBITRICE PRINCIPALE** ad attività coincidenti e comunque del tutto complementari tra loro rispetto all'acquisto di terreni, di realizzazione di immobili, di gestione del patrimonio immobiliare, che ne denota – unitamente all'incrocio di partecipazione societarie tra di esse e il **FIDEIUSSORE** – l'appartenenza ad un gruppo imprenditoriale;

- che rispetto al momento genetico dei rapporti in questione – sia delle varie fideiussioni che del contratto di mutuo fondiario – nessun profilo di criticità appare rilevabile in atti, posto che l'obbligo di pagamento delle rate del mutuo è stato regolarmente osservato dalla **DEBITRICE PRINCIPALE** per alcuni anni prima dell'interruzione dei versamenti;

- che l'unico elemento concreto denunciato dalle società **FIDEIUSSORE s.r.l. 1** e **FIDEIUSSORE S.R.L. 2** a fondamento del dedotto conflitto di interessi – e cioè l'eccedenza dell'importo garantito rispetto al capitale sociale delle due società – appare del tutto insufficiente di per se stesso a confermare l'ipotesi di nullità dedotta, tenuto conto che il termine di valutazione di un'eventuale distorsione dell'attività dell'amministratore delle società garanti in termini di mero asservimento delle controllanti alla garantita non potrebbe che avere come elemento di rilievo non già il mero valore del capitale sociale delle stesse, bensì la valutazione della consistenza del loro rispettivo patrimonio sociale all'atto della prestazione delle garanzie.

Deve dunque confermarsi che nel caso di specie non vi sono elementi che inducano a ritenere che l'intera operazione di finanziamento – e in particolare l'apporto delle garanti - sia stata estranea alle finalità strategiche del gruppo di imprese, risultando del tutto verosimile la sussistenza di un interesse delle controllanti/garanti alla conservazione del valore della loro partecipazione nella società controllata/garantita nell'ambito di un'operazione pertinente alle complessive finalità del gruppo stesso.

3.3.4 La domanda svolta in via riconvenzionale dalla **BANCA** è fondata.

Essa è assistita sul piano documentale – oltre che dai contratti di fideiussioni omnibus già innanzi esaminati – dal contratto di mutuo fondiario stipulato in data 14.02.2012 a rogito Notaio **OMISSIS**, rubricato ai numeri omissis Rep. e omissis Racc. (doc. 7 conv.), dalla copia del piano di ammortamento originario (doc. 9 conv.), dalla copia del piano di ammortamento con indicazione delle rate pagate certificato conforme alle scritture contabili (doc. 10 comparsa di costituzione), dalla certificazione ex art. 50 T.U.B. relativa al mutuo fondiario di data 14.02.2012 (doc. 11 conv.).

L'unica eccezione svolta dalle parti attrici avverso tale domanda e alla documentazione prodotta si è appuntata sul fatto che la banca ha depositato solo un cd. saldoconto e non un vero e proprio estratto del conto, attestante tutte le poste di dare e avere dall'inizio del rapporto.

L'eccezione appare irrilevante, posto che il rapporto tra la banca e la **DEBITRICE PRINCIPALE** era un mutuo fondiario e non un rapporto di conto corrente.

Di fatto l'onere probatorio incombente sulla banca risulta soddisfatto dalla produzione del contratto di mutuo e dalla prova dell'erogazione della somma, circostanze non oggetto di alcuna contestazione proveniente dalle controparti

La domanda di condanna va dunque accolta nei termini in cui essa è stata formulata dalla banca convenuta.

4. Per ciò che attiene alla terza intervenuta **BANCA S.p.A.**, per conto e nell'interesse di **SOCIETA' CESSIONARIA** ed in qualità di procuratrice speciale della stessa, che risulterebbe cessionaria del credito originariamente vantato da **BANCA** – in forza di contratto di cessione di crediti concluso in data 1.12.2020 con, tra gli altri, **BANCA**, mediante il quale ha acquistato pro soluto, ai sensi degli articoli 1, 4 e 7.1 della Legge 130, un portafoglio di crediti pecuniari classificati a sofferenza, individuabili “in blocco”.

La società intervenuta ha dato atto che di tale cessione era stata data pubblicità dalla cessionaria mediante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Parte II, n. 143 del 05/12/2020 (doc. 2 inter.) e che da tale pubblicazione si evincerebbe che tra i crediti oggetto della

predetta cessione sarebbe compreso quello vantato nei confronti della società **DEBITRICE PRINCIPALE** (ndg omissis), con annessi privilegi, garanzie e accessori.

Va precisato che **BANCA S.p.A.** si è costituita mediante deposito di comparsa di intervento in data 13.10.2021; che in data 20.10.2021 si è svolta secondo la modalità di trattazione scritta l'udienza di precisazione delle conclusioni; che nella comparsa conclusionale depositata in data 16.12.2021 le parti attrici nulla hanno dedotto o contestato in merito all'intervento della **BANCA S.p.A.**

Solo nella successiva memoria di replica alle conclusionali avversarie le parti attrici hanno contestato l'assenza di prova della titolarità del diritto vantato dalla terza intervenuta, non avendo essa provveduto a dare contezza dell'esatta individuazione dei crediti oggetto di cessione, rimandando la loro identificazione al contratto di cessione non prodotto, al di là del deposito della Gazzetta Ufficiale che dava conto dell'esistenza in via generale di una avvenuta cessione tra le parti indicate.

Rileva tuttavia il Collegio che le parti attrici hanno ommesso di formulare tempestivamente ogni eccezione a tale proposito, sia nella prima occasione costituita dall'udienza di precisazione delle conclusioni che nella successiva comparsa conclusionale, sollevando tale profilo di carenza di prova solo nella loro memoria di replica alle conclusionali avversarie (peraltro con evidente pregiudizio alle passibilità di replica dell'interessata).

In effetti la giurisprudenza pure menzionata dalle stesse parti attrici a sostegno della necessità di tale prova precisa che la parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, salvo che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta in giudizio (così recentemente Cass. ord. 24798/20; v. anche Cass. 4116/16 e Cass. S.U. 11650/06).

Ebbene tale eccezione appare inammissibile anche sulla base di tale giurisprudenza, tenuto conto che le attrici hanno quantomeno implicitamente riconosciuto la titolarità del credito in capo alla terza intervenuta, astenendosi dal sollevare qualsiasi tempestiva eccezione in proposito.

5. Deve dunque essere accolta la domanda riconvenzionale di condanna svolta dalla convenuta **BANCA** in mancanza di specifica domanda di estromissione della stessa ai sensi del terzo comma dell'art. 111 c.p.c. nonché in accoglimento della domanda avanzata dalla terza intervenuta **BANCA S.p.A.**, per conto e nell'interesse di **SOCIETA' CESSIONARIA**

6. Quanto alle spese della presente causa deve pronunciarsi l'integrale soccombenza delle parti attrici e condannare le stesse al rimborso delle medesime in favore della convenuta **BANCA** nella misura liquidata in dispositivo in relazione all'entità della somma oggetto della riconvenzionale accolta.

Stima equo il Collegio provvedere invece alla compensazione delle spese tra le parti attrici e la terza intervenuta, tenuto conto da un lato della non essenzialità di tale intervento in ragione della sua qualità di successore a titolo particolare nel rapporto controverso e dall'altro nella sostanziale insussistenza di un'effettiva ed utile attività difensionale.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza disattesa o assorbita,

1) respinge le domande avanzate dalle parti attrici **FIDEIUSSORE, FIDEIUSSORE s.r.l. 1 e FIDEIUSSORE S.R.L. 2** nei confronti della convenuta **BANCA**;

2) in accoglimento delle domande riconvenzionali svolte dalla convenuta **BANCA** nonché delle domande svolte dalla terza intervenuta **BANCA S.p.A.**, in qualità di procuratrice speciale della **SOCIETA' CESSIONARIA** quale cessionaria del credito ex art. 111 c.p.c., condanna le parti attrici in solido tra loro e nei limiti dell'ammontare delle fideiussioni rispettivamente sottoscritte al pagamento della somma capitale di € 2.709.797,31, oltre agli interessi al tasso contrattuale moratorio attualmente pari al 6,60% dal 28.06.2018 al saldo effettivo sulla somma;

- 3) dichiara integralmente compensate le spese del giudizio tra le parti attrici e la terza intervenuta;
- 4) condanna le parti attrici in via tra loro solidale al rimborso delle spese del giudizio in favore della convenuta **BANCA**, liquidate in € 45.000,00 per compensi oltre rimborso spese generali e oneri di legge.

Milano, 26 novembre 2022

Il Presidente est.
Claudio Marangoni

****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