

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
PRIMA SEZIONE CIVILE**

composta dai magistrati:
dr. Domenico Bonaretti - Presidente relatore
dr.ssa Apostoliti Caterina - Consigliere
dr.ssa Landriani Anna Guglielmina - Consigliere
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello con atto di citazione notificato in data 29.03.2021 e posta in deliberazione sulle conclusioni precisate dalle parti per l'udienza del 24.11.2021

TRA

FIDEIUSSORE

APPELLANTE

E

SOCIETA' INCORPORANTE (già **SOCIETA' INCORPORATA**)

APPELLATA

Oggetto: Bancari (deposito bancario, cassetta di sicurezza, apertura di credito bancario, anticipazione bancaria, conto corrente bancario, sconto bancario)

Svolgimento del processo

1) La **SOCIETA' INCORPORANTE** otteneva dal Tribunale di Milano il decreto ingiuntivo n. XXXX/2019 con cui veniva ingiunto al **DEBITORE PRINCIPALE** (quale debitore principale) e al **FIDEIUSSORE** (quale fideiussore) di pagare, quanto alla prima, la somma complessiva di € 212.970,70 per importi non saldati e riferibili al contratto di conto corrente n. (...) aperto in data 03.08.2007 e al contratto di mutuo fondiario del 11.02.2008 (Rep. n. (...) - Racc. n. (...)) e, quanto alla seconda, in solido con il **DEBITORE PRINCIPALE** ed in qualità di garante, un importo pari a € 30.000,00; oltre spese di procedura, compensi, IVA e CPA.

2) Avverso tale decreto proponeva opposizione il **FIDEIUSSORE**, contestando:
- la nullità della fideiussione ex art. 2 della L. n. 287 del 1990, in quanto frutto di intesa anticoncorrenziale accertata dalla B.D.;
- la nullità, in ogni caso, delle clausole della fideiussione oggetto dello specifico accertamento operato dalla B.D. con Provv. n. 55 del 2005, fra cui, in particolare, quella di deroga all'art. 1957 c.c. (clausola n. 6);
- la decadenza della banca dalla garanzia fideiussoria, avendo intrapreso le proprie azioni contro il debitore principale dopo oltre sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita;
- la nullità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. anche per contrarietà alle norme poste a tutela del consumatore.

3) Si costituiva in giudizio la **SOCIETA' INCORPORATA** contestando quanto ex adverso dedotto e, in particolare, sostenendo la validità della fideiussione omnibus prestata dall'opponente.

4) Il Tribunale di Milano, con sentenza n. xxx/2021, rigettava l'opposizione e, per l'effetto, confermava il decreto ingiuntivo, cui veniva attribuita definitiva efficacia esecutiva e compensava fra le parti le spese di lite.

5) Avverso tale pronuncia ha proposto appello il **FIDEIUSSORE**, articolando il motivo di gravame che verrà di seguito analizzato in parte motiva.

6) Si è costituita in giudizio **SOCIETA' INCORPORATA**, poi fusa per incorporazione (26.03.2021) in **SOCIETA' INCORPORANTE**, contestando il fondamento della proposta impugnazione e concludendo per la conferma dell'impugnata sentenza.

7) All'udienza del 24.11.21, sono state precisate le conclusioni e la causa, dopo il deposito di conclusionali e repliche, è stata decisa nella camera di consiglio del 24.02.2021.

Motivi della decisione

Con l'unico motivo d'appello, l'appellante censura la parte della sentenza con cui il Tribunale ha rigettato la domanda di revoca del decreto ingiuntivo in ragione della nullità parziale delle clausole n. 2, 6 ed 8 della garanzia rilasciata dal **FIDEIUSSORE**, laddove la nullità della clausola n. 6 importerebbe l'operatività dell'art. 1957 c.c. e la conseguente liberazione del garante **FIDEIUSSORE**, per non avere la banca proposto le sue istanze contro la debitrice principale entro i sei mesi successivi alla scadenza dell'obbligazione principale.

In particolare, il Giudice di prime cure ha ritenuto che non potesse presumersi un collegamento genetico tra la fideiussione rilasciata da **FIDEIUSSORE** e l'intesa anticoncorrenziale sanzionata all'esito del Prov. n. XX del 2005 della competente autorità, al tempo la B.D..

Ciò, in quanto:

- nonostante la piena identità tra le clausole n. 2, 6 ed 8 della garanzia rilasciata da **FIDEIUSSORE** e quelle egualmente numerate nel modello A. anticoncorrenziale del 2003, vi sarebbe una parte della garanzia non formalmente identica. Una piena corrispondenza della garanzia avrebbe invece rappresentato un elemento indiziario particolarmente solido ai fini del collegamento tra l'intesa a monte ed il contratto a valle;

- è trascorso un "rilevante" lasso di tempo tra l'accertamento dell'intesa (2005) ed il rilascio della garanzia (2009);

- la combinazione di ambedue le anzidette circostanze svuoterebbe di contenuto la presunzione di collegamento genetico intercorrente tra il modello A. sanzionato e la garanzia rilasciata dalla Sig.ra M., implicando una reviviscenza di un onere probatorio volto a ricostruire il nesso eziologico tra l'intesa a monte e la fideiussione a valle;

- per tali ragioni, unitamente considerate, l'attrice opponente avrebbe dovuto provare che la fideiussione, prestata nel 2009, era stata disposta su uno schema contrattuale unilateralmente predisposto dalla banca in forza di accordi anticoncorrenziali adottati o rinnovati da organismi rappresentativi di settore o in forza di una nuova intesa intercorsa tra due o più istituti di credito.

Diversamente, secondo la prospettazione dell'appellante, le clausole n. 2, 6 ed 8 apposte alla fideiussione della M., non solo ricalcano letteralmente quelle egualmente numerate nello schema A., ma ne replicano anche i contenuti, i risvolti e gli effetti giuridici. Invero, le ulteriori clausole contenute nella garanzia non sono tali da incidere nella benché minima misura sull'operatività di quelle ritenute anticoncorrenziali. Pertanto, il Giudice del primo grado avrebbe dovuto illustrare compiutamente per quali ragioni l'apposizione di clausole diverse o in maggior numero nella garanzia resa dalla M. sarebbe stata tale da lasciar presumere l'interruzione di un nesso eziologico tra l'intesa a monte (quella sanzionata nel 2005) e il contratto a valle.

L'appellante rileva altresì che l'identità delle clausole n. 2, 6 e 8, per nulla inficiate da clausole eventualmente ulteriori e diverse, è già di per sé sintomo evidente della persistente partecipazione di U. all'intesa sanzionata, tenuto conto che ciò che deve essere accertato dal Giudice, chiamato a pronunciarsi

in merito alla nullità del singolo contratto, non è la diffusione del modulo A. oggetto del provvedimento della B.D., ma la coincidenza delle condizioni contrattuali di cui si dibatte col testo espressivo della vietata intesa restrittiva.

Da ultimo, ad avviso dell'appellante, l'accertamento compiuto dalla B.D. non ha investito una specifica parentesi temporale, ma ha unicamente accertato l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza con specifico riferimento a fideiussioni che erano state rilasciate prima del 2005 o che sarebbero state rilasciate successivamente al 2005. Pertanto, esigere la (nuova) prova che (anche) le fideiussioni rilasciate successivamente al 2005 e conformi al modello A. siano il frutto di un'intesa equivarrebbe a sostenere che la B.D. ha compiuto un accertamento destinato a scongiurare solo gli squilibri di mercato del passato, ma non anche quelli (pur analoghi) futuri e che, dunque, solo per essi l'accertamento in parola potrebbe essere considerato alla stregua di una prova privilegiata. Secondo l'appellante, sarebbe oltremodo pregiudizievole precludere al fideiussore l'utilizzo di tale prova privilegiata, imponendo a questi di dimostrare nuovamente la perdurante esistenza di un'intesa con strumenti d'indagine e di istruttoria infinitamente trascurabili rispetto ai poteri istruttori riconosciuti all'autorità a tutela della concorrenza e del mercato.

Opinione della Corte.

Ad avviso della Corte, le clausole n. 2, 6 ed 8 del contratto di fideiussione (doc. n. 10 allegato al ricorso monitorio) risultano affette da nullità, come già affermato in analoghe vertenze.

In via preliminare, la fideiussione sottoscritta dall'appellante il 06.11.2009 è disciplinata da condizioni generali unilateralmente predisposte dalla banca, alle quali la M. ha aderito con la doppia sottoscrizione. Tali condizioni riproducono uno schema concordato tra l'A. e alcune organizzazioni di tutela dei consumatori. Come è noto, B.D., con Provv. n. 55 del 2005, ha ritenuto che le condizioni generali di contratto di cui al sopracitato schema A. rientrassero nella nozione di "deliberazioni di un'associazione di imprese" ai fini di cui all'art. 2 della L. n. 287 del 1990 (che disciplina le intese restrittive della libertà di concorrenza) e ha reputato le clausole 2, 6 e 8 in contrasto con l'art. 2 co. 2 lett. a) L. n. 287 del 1990, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme.

Tali clausole presentano il medesimo contenuto di quelle n. 2, 6 ed 8 della lettera di fideiussione sottoscritta dall'appellante, replicandone gli effetti giuridici per nulla inficiati dall'esistenza di ulteriori clausole contenute nella sottoscritta garanzia.

Il provvedimento della B.D., ritenendo che le clausole n. 2, 6 e 8 non risultino necessarie alla funzione della garanzia bancaria, ha evidenziato che "la ... diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela".

La B.D. ha, quindi, ritenuto che le suindicate clausole, di cui è stata accertata nel corso dell'istruttoria l'utilizzazione "standardizzata" nell'ambito di una prassi bancaria, "hanno lo scopo precipuo di 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".

La S.C. con la sentenza n. 13846/19, che anche questa Corte condivide, ha ritenuto che il citato provvedimento della B.D. possieda un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale e che il giudice di merito non possa attribuire rilievo decisivo all'attuazione o non attuazione della prescrizione impartita da B.D. ad A. (di estromettere le clausole vietate dallo schema diffuso presso il sistema bancario), essendo, invece, tenuto a verificare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni dell'intesa restrittiva. Tale verifica, nel caso di specie, ha esito positivo, essendo le clausole n. 2, 6 ed 8 contenute nella fideiussione de qua.

Come recentemente affermato dalla Cassazione (S.U. sentenza n. 41994/2021), la conseguenza di tale accertamento è il rilievo della nullità delle clausole che si pongono in contrasto con il divieto di intese anticoncorrenziali e ciò vale sia per i contratti conclusi prima del provvedimento della B.D., sia per quelli conclusi in epoca successiva e che dello stesso non sono rispettosi (cfr. altresì Cass. 29810/17).

Dalla nullità della clausola n. 6 consegue pertanto la reviviscenza dell'assetto ordinario previsto dall'art. 1957 c.c., che impone alla banca di attivarsi entro sei mesi contro il debitore principale.

Parte appellante sostiene che nel caso di specie tale adempimento difetti.

Tuttavia, la Banca, come più volte evidenziato dal suo difensore, ha azionato il proprio credito sulla base della clausola n. 7 del contratto, contenente l'obbligo del garante di pagare immediatamente, "a semplice richiesta scritta ed anche in caso di opposizione del debitore quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio". E la clausola n. 7 della fideiussione non è stata affatto incisa dal provvedimento antitrust.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte, la presenza di una clausola c.d. a prima richiesta, in concorrenza con la previsione di cui all'art. 1957 c.c. (la cui reviviscenza è la naturale conseguenza della nullità del patto di deroga), determinerebbe non già l'elusione del termine semestrale per agire nei confronti del debitore, ma soltanto il venir meno dell'obbligo di esperire, in quello stesso termine, un'azione giudiziale (come richiesto da tradizionale esegesi della norma), essendo sufficiente, per evitare la decadenza, anche una mera iniziativa stragiudiziale.

L'argomento è stato, poi, ulteriormente sviluppato in una recente sentenza (Cass. n. 5598/2020) che ha statuito come, ferma restando la "compatibilità" delle due previsioni sopra citate (i.e.: clausola "a prima richiesta" e art. 1957 c.c.) "spetta al giudice di merito accertare la volontà in concreto manifestata dalle parti con la sua stipulazione".

Giova allora osservare, in primo luogo, che l'appellata documenta di aver inviato una diffida stragiudiziale, in data 30.04.2019, all'obbligata principale e alla garante (cfr. doc. 4 fascicolo di primo grado di parte convenuta) e che tale diffida può ritenersi idonea ad integrare i presupposti di cui al primo comma dell'art. 1957 c.c., atteso che con essa la banca ha manifestato espressamente non soltanto la propria volontà di revocare con effetto immediato gli affidamenti a suo tempo concessi, ma anche di recedere dal rapporto di conto corrente, con contestuale invito a provvedere al pagamento dello scoperto. Ne segue che l'obbligazione poteva considerarsi scaduta.

In secondo luogo, non può trascurarsi il fatto che le parti hanno inteso derogare, ancorché con una clausola nulla, alla previsione di cui all'art. 1957 c.c. e che tale clausola, ancorché nulla, appare significativa per la ricostruzione della volontà dei contraenti (Cass. civ. n. 21873/2019). Poiché dunque i contraenti hanno inserito la clausola a prima richiesta e tale previsione non risulta incisa dal provvedimento dell'Autorità garante, ritiene questa Corte che, nel caso di specie, non si possa ravvisare alcuna inerzia del creditore, né quanto alla proposizione delle istanze verso il debitore (avendo la Banca tempestivamente reclamato il pagamento del proprio credito sulla base della clausola n. 7, pienamente compatibile con la reviviscenza dell'art. 1957 nella sua formulazione codicistica), né quanto alla loro diligente continuazione (essendo trascorsi circa sette mesi tra la scadenza dell'obbligazione - 30.04.2019 - e la richiesta di decreto ingiuntivo - 20.11.2019).

Di qui il rigetto dell'appello e la conferma, se pur con diversa motivazione, della sentenza impugnata.

Infine, alla soccombenza seguono le ulteriori spese del grado, che, avuto riguardo alla natura della controversia e alla quantità e qualità delle questioni trattate, con impegno difensivo connesso, e, più in generale, ai criteri e ai parametri tutti di legge (regolamento di cui ai D.M. n. 55 del 2014 e D.M. n. 37 del 2018), paiono congruamente liquidabili in complessivi € 3.400,00 per compensi (di cui € 1.000,00

per la fase di studio, € 700,00 per la fase introduttiva del giudizio, € 1.700,00 per la fase decisionale), oltre spese forfetarie (15%) e oneri di legge, se e in quanto dovuti.

P.Q.M.

La Corte d'appello di Milano, disattesa o assorbita ogni contraria o ulteriore domanda, istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, così provvede:

- respinge l'appello proposto da **FIDEIUSSORE** avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. XXX/2021 e, per l'effetto, conferma il decreto ingiuntivo n. XXXX/2019;

- condanna l'appellante a rifondere all'appellata le ulteriori spese del grado, che liquida in complessivi € 3.400,00, oltre spese generali (15%), iva e cpa, come per legge;

- dichiara la sussistenza delle condizioni per il versamento, da parte dell'appellante, dell'ulteriore importo, a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 24 febbraio 2022.

Depositata in Cancelleria il 30 marzo 2022.

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