

**Tribunale di Spoleto
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

In composizione monocratica nella persona del giudice Federico Falfari
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. xxxx/2021 RG

TRA

FIDEIUSSORE 2(C.F. **OMISSIS**) e **FIDEIUSSORE 1**(C.F. **OMISSIS**), rappresentati e difesi dall'Avv. **OMISSIS**, **OMISSIS**, con studio in **OMISSIS**, ed elettivamente domiciliati presso il Suo studio nonché all'indirizzo pec: **OMISSIS**, come da procura allegata all'atto di citazione;

OPPONENTI

E

CESSIONARIA (codice fiscale, partita I.V.A. e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Roma **OMISSIS**), e per essa la **MANDATARIA** (codice fiscale **OMISSIS**), nella sua qualità di procuratore con rappresentanza, giusta procura speciale, in persona della Dott.ssa **OMISSIS**, giusta procura speciale in atti, rappresentata e difesa, in forza di procura alle liti allegata al presente atto ai sensi dell'art. 83, co. 3, c.p.c., dall'Avv. **OMISSIS** e dall'Avv. **OMISSIS**, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. **OMISSIS** (**OMISSIS**), in **OMISSIS**;

OPPOSTA

Conclusioni

Conclusioni di parte opponente: "IN VIA PREGIUDIZIALE RIGETTARE ogni eventuale richiesta di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo n. xxx/2021 – RG 1100/2021, oggetto di opposizione.

NEL MERITO IN VIA PRELIMINARE:

DICHIARARE il difetto di legittimazione attiva di parte ricorrente.

NEL MERITO IN VIA SUBORDINATA:

DICHIARARE il difetto di improcedibilità dell'azione svolta da **Siena NPL 2018 srl**, e per essa dalla **MANDATARIA**, e comunque REVOCARE il DI xxx/2021 – RG xxx/2021 emesso dal Tribunale di Spoleto, e DICHIARARE in ogni caso che nulla è dovuto in relazione al titolo per cui è causa.

NEL MERITO IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA:

RIDETERMINARE il credito vantato dalla società ricorrente secondo quanto risulterà di giustizia.

In ogni caso con vittoria di spese di lite".

Conclusioni di parte convenuta: "Nel merito, in via principale:

- respingere ogni domanda ed eccezione avversaria, in quanto infondata in fatto e in diritto, per tutte le motivazioni esposte nel presente atto e, per l'effetto, confermare in ogni sua parte il decreto ingiuntivo opposto.

In via subordinata:

- nella denegata ipotesi di revoca, per qualsiasi ragione, del decreto ingiuntivo opposto, condannare comunque gli opposenti, in solido tra loro, al pagamento in favore della convenuta opposta, dell'importo di Euro 547.454,56, oltre interessi convenzionali di mora, sulla sola sorte capitale, dal 09/04/2021 al saldo effettivo, ovvero della diversa somma che sarà accertata nel corso del presente giudizio.

Il tutto con il favore delle spese di lite del presente giudizio, da liquidarsi secondo i parametri medi previsti dal D.M. 147/2022, tenuto contro del valore di causa, oltre accessori di Legge e spese vive.".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, i fideiussori **FIDEIUSSORE 1** e **FIDEIUSSORE 2** hanno proposto opposizione avverso il d.i. n. xxx/2021 – RG xxxx/2021, emesso dal Tribunale di Spoleto, in favore della odierna opposta, per il pagamento dei crediti derivanti da due conti correnti, un rapporto

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

anticipazione e quattro effetti cambiari insoliti, rapporti contrattuali intrattenuti presso la **BANCA CEDENTE** dalla **SOCIETA' DEBITRICE**, ora fallita.

Più nel dettaglio, parte opponente ha eccepito il difetto di legittimazione attiva dell'odierna opposta, la assenza di cessione del rapporto di garanzia, da inquadrare nella figura del contratto autonomo di garanzia piuttosto che nella figura della fideiussione a prima richiesta, l'improcedibilità per mancato esperimento del tentativo di mediazione, la nullità delle fideiussioni rilasciate e l'assenza di prova del credito ingiunto.

Parte opponente ha concluso domandando di accertare e dichiarare la nullità del d.i., per le ragioni sopra esposte.

La banca, costituendosi in giudizio, ha contestato la fondatezza della medesima opposizione. Più nel dettaglio, la Banca ha evidenziato come il contratto, ivi incluso quello di accessorio di fideiussione, era stato ceduto come documentalmente provato, come il credito corrispondesse a quanto accertato in sede fallimentare e come l'eccezione di nullità fosse infondata.

L'opposta, dunque, ha concluso preliminarmente per la concessione della provvisoria esecutorietà del decreto opposto e, nel merito, per la conferma dello stesso.

All'esito della prima udienza, è stata accolta l'istanza di concessione dell'efficacia esecutiva del d.i. opposto ed è stato concesso termine per l'esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione. Non avendo avuto, lo stesso, esito positivo, sono stati concessi i termini ex art. 183 co. 6 c.p.c.; depositate le relative memorie e ritenuta la causa matura per la decisione è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni.

All'esito dell'udienza di precisazione delle conclusioni del 23/03/2023, tenutasi ex art. 127ter c.p.c., la causa è stata trattenuta in decisione con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente, posto il superamento dell'eccezione di improcedibilità essendo stato esperito in corso di causa il procedimento di mediazione (con esito negativo), quanto all'eccezione di difetto di legittimazione attiva della **CESSIONARIA**, occorre rilevare quanto segue.

In primo luogo, occorre precisare che l'eccezione in questione non è tecnicamente un'eccezione pregiudiziale riguardante il rito (difetto di legittimazione) bensì una difesa riguardante il merito della pretesa azionata. Infatti, devesi ricordare che il difetto di legittimazione attiva sussiste laddove l'attore in senso sostanziale agisca per la tutela di un diritto del quale non risulta titolare sulla base della sua stessa prospettazione in astratto; diverso il caso, come quello in questione, in cui lo stesso, a seguito dell'analisi degli atti di causa, non risulti concretamente titolare del diritto azionato in giudizio (o non vi sia prova della titolarità).

Dunque, nel caso di specie, la **CESSIONARIA** ha agito in giudizio asserendo di essere titolare del diritto di credito azionato in virtù di atto di cessione del credito da parte della **BANCA CEDENTE**; pertanto, alcun difetto di legittimazione attiva potrà rinvenirsi, ma, al limite difetto di titolarità di tale diritto per inefficacia o inesistenza della cessione, che porterebbe, tuttavia, ad un rigetto nel merito della pretesa creditoria.

In secondo luogo, e nel merito dell'eccezione, occorre rilevare che, secondo un primo orientamento, ad oggi in via di superamento, l'allegazione dell'avviso di cessione pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale ai sensi dell'art. 58, co. II, T.U.B., basterebbe al cessionario per dimostrare in giudizio l'avvenuto trasferimento del credito in proprio favore, a condizione che l'avviso consenta di individuare con certezza, mediante il ricorso a caratteristiche comuni, i crediti oggetto della cessione in blocco. Con le parole della Corte di Cassazione "è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione" (Cassazione civile sez. I, 29/12/2017, n.31188; anche, recente Cassazione civile sez. III, 13/06/2019, n.15884; Cassazione Civile, sez. I, 26/06/2019, n. 17110).

Il principio affermato dalla Suprema Corte si fonda su due ordini di ragioni.

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

Secondo un argomento, il legislatore ha voluto distinguere la cessione di crediti in blocco dalle altre forme di cessione, tant'è, che l'ha assoggettata alla disciplina speciale del Testo Unico Bancario, che deroga alle regole ordinarie sulla cessione del credito stabilite dal codice civile (art. 1264 c.c.).

Invero, la ratio della normativa di favore nei confronti del creditore risiede proprio nella natura di questo tipo di cessioni che riguardano un gran numero di rapporti giuridici e, spesso, una pluralità di vicende circolatorie. La finalità, perseguita dall'art. 58 T.U.B., sarebbe completamente vanificata qualora si onerasse il creditore cessionario di provare la titolarità del credito mediante la produzione del contratto di cessione, poiché, significherebbe costringerlo anche a produrre tutti i contratti che riguardano le cessioni precedenti sino a risalire all'originario creditore cedente. Tale aggravio dell'onere probatorio si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost, da cui discende il principio di vicinanza della prova ed il divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio. La Suprema Corte aggiunge che "a tal fine, è prevista anche l'emanazione d'istruzioni da parte della Banca d'Italia, la quale, nell'esercitare il relativo potere, ha confermato che per "rapporti giuridici individuabili in blocco" devono intendersi "i crediti, i debiti e i contratti che presentano un comune elemento distintivo", chiarendo che lo stesso "può rinvenirsi, ad esempio, nella forma tecnica, nei settori economici di destinazione, nella tipologia della controparte, nell'area territoriale e in qualunque altro elemento comune che consenta l'individuazione del complesso dei rapporti ceduti" (cfr. circolare n. 229 del 21 aprile 1999)".

Il secondo argomento riguarda il raccordo tra la disciplina speciale a cui sono sottoposti i contratti di cessione di crediti in blocco e la disciplina generale del contratto prevista dal codice civile. Secondo la Corte, non vi è alcuna violazione dell'art. 1346 c.c., poiché, la disposizione, nel prevedere che l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, non richiede alcuna indicazione specifica, e pertanto, può ritenersi sufficiente che il credito ceduto in blocco possa essere identificato con certezza sulla base di elementi oggettivi e prestabili risultanti dallo stesso contratto.

Occorre però dare atto della diffusione sempre maggiore di un orientamento più severo, che ritiene che la pubblicazione dell'avviso di cessione sulla Gazzetta Ufficiale esoneri la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma non basta a provare la titolarità del credito in capo all'avente causa, se non individua il contenuto del contratto di cessione (Cass., Sez. III, 13/09/2018, n. 22268). Peraltro, a detto orientamento è stata data continuità da una parte della giurisprudenza, sostenendo che "tale rilievo è condivisibile, giacché una cosa è l'avviso della cessione – necessario ai fini dell'efficacia della cessione – un'altra è la prova dell'esistenza di un contratto di cessione e del suo specifico contenuto" (Cass., sez. III, 31/01/2019, n. 2780) e dichiarando, conseguentemente, il difetto di legittimazione attiva in capo al cessionario del credito secondo un accertamento più o meno rigido.

Dunque, in base ad una valutazione più rigorosa, la prova della titolarità del credito passa necessariamente mediante la produzione del contratto di cessione. Non basterebbe cioè la dichiarazione della Banca contenente l'elenco delle posizioni cedute individuate con codici numerici.

Secondo un'altra valutazione, la prova può essere raggiunta mediante il contratto di cessione, o, in alternativa, una liberatoria rilasciata dall'Istituto di credito cedente.

Nel caso in esame, è stata in effetti fornita l'asserita prova della cessione intervenuta fra l'odierna convenuta, **CESSIONARIA**, e **BANCA CEDENTE**.

È stato depositato sia l'estratto della Gazzetta Ufficiale, contenente il link per verificare se il singolo rapporto era oggetto di cessione, sia (soprattutto) dichiarazione dell'istituto bancario cedente, rilevante anche ai sensi di quanto affermato da Cas. Civ., ord. 10200/2021, ossia che "la dichiarazione del cedente infine notiziata dal cessionario intimante al debitore ceduto con la produzione in giudizio, al pari della disponibilità del titolo esecutivo, era un elemento documentale rilevante, potenzialmente decisivo, e come tale ammissibile anche in grado di appello (Cass., Sez. U., 04/05/2017, n. 10790 e succ. conf.): ciò ai fini sopra evidenziati, salvo, poi, l'ulteriore apprezzamento complessivo della condotta delle parti sia nella prospettiva del corretto esercizio della pretesa di pagamento e del corretto adempimento dell'obbligazione, sia in quella, connessa, processuale".

Peraltro, sulla detta eccezione anche parte attrice non sembra insistere nel corso del giudizio, la quale anzi implicitamente pare confermare l'esistenza della cessione dei contratti principali nei successivi atti, laddove asserisce che non vi sarebbe un separato ed autonomo atto di cessione del contratto di garanzia (ciò presupponendo l'esistenza della cessione del contratto principale).

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

2. Passando, dunque, all'analisi della seconda doglianza, occorre ricordare come parte attrice abbia affermato la qualificabilità della garanzia prestata quale contratto autonomo di garanzia piuttosto che fideiussione omnibus, come testualmente indicato, e la conseguente non ricomprensione della medesima all'interno dei rapporti accessori ceduti unitamente al rapporto principale ex art. 58 co. 3 t.u.b..

Ebbene, il contato art. 58 t.u.b. (Cessione di rapporti giuridici) prevede appunto, al terzo comma, che "I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione".

Secondo parte della giurisprudenza (cfr Tribunale Vallo della Lucania, ord. 06/12/2020) le garanzie che si trasmettono ai sensi dell'art. 58 t.u.b. sono soltanto quelle tipiche (e accessorie) previste dal codice civile (ad es. fideiussione e ipoteca), tra cui non rientrano la lettera di patronage e il contratto autonomo di garanzia: la sicura autonomia del patronage rispetto al rapporto garantito induce a ritenere che questo, al pari dell'affine Garantievertrag, non si trasferisca autonomamente, vale a dire ex lege (art. 1263 c.c.), in caso di cessione del credito principale: tale effetto può scaturire unicamente da una manifestazione di consenso, per lo meno da parte del patronant (così come del garante), ovvero da una previsione espressa in tal senso contenuta ab origine nella stessa garanzia (sul punto, si veda la pronuncia citata dagli opposenti con riferimento, tuttavia, al diverso caso della lettera di patronage).

Altra parte della giurisprudenza, invece, ritiene che anche tale tipologia contrattuale sia ricompresa nei rapporti ceduti.

Sul punto vale richiamare una risalente pronuncia (Cass. civ. Sez. II, 19 luglio 2002, n. 10555), secondo la quale la norma di cui all'art. 1263 c.c. trova applicazione anche per il contratto autonomo di garanzia (garanzia tipicamente non accessoria) "sicché il trasferimento di essa segue automaticamente la cessione del credito", pur senza argomentare in maniera adeguata.

Tale posizione, tuttavia, poi è stata anche condivisa dalla giurisprudenza di merito.

Si segnala sul punto Trib. Venezia, sez. Fall., decreto del 29/01/2020, la quale ha affermato che il combinato disposto dell'art. 1263 c.c. e 58 co. 3 t.u.b. e 4 l. 130/1999, prevede che insieme con il credito ceduto, devono considerarsi trasferite tutte le garanzie, personali e reali e gli accessori, tra cui dunque anche la garanzia prestata dalla parte di tale giudizio; "quest'ultima, infatti, pur se qualificata come autonoma, non può comunque ritenersi un'obbligazione del tutto diversa ed indipendente rispetto al credito garantito, in quanto, essendo una garanzia, è ontologicamente accessoria, seppur in senso lato, all'obbligazione in relazione alla quale è stata prestata (si legga, in senso conforme, Tribunale di Milano 20.3.2018)".

Tale ultima pronuncia citata, infatti, afferma il medesimo principio: "Non trovano, in fine, fondamento le ulteriori contestazioni di parte opposta in merito, rispettivamente, all'illegittimità delle operazioni di cartolarizzazione del credito tra ... e ..., e al mancato trasferimento della garanzia di ..., insieme alla cessione del credito garantito, in quanto obbligazione distinta dal debito principale. In merito al primo punto, non è stata data sufficiente prova di una presunta illegittimità della vasta operazione di cessione dei crediti; quanto al secondo aspetto, in base al combinato disposto degli artt. 1263 c.c., 58, co. 3 del TUB e 4 della L. n. 130 del 1999, insieme con il credito ceduto, sono state trasferite tutte le garanzie, personali e reali e gli accessori, tra cui, dunque, anche la garanzia di Quest'ultima, infatti, pacificamente qualificata come autonoma, non può comunque ritenersi un'obbligazione del tutto diversa ed indipendente rispetto al credito garantito, in quanto, essendo una garanzia, è ontologicamente accessoria, seppur in senso lato, all'obbligazione in relazione alla quale è stata prestata".

Può essere utile evidenziare che la Cass., Sez. Un., n. 3947/2010 (conforme Cass. n. 371/2018) ha stabilito che l'accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale assume un carattere elastico, di semplice collegamento e coordinamento tra obbligazioni, ma non viene del tutto a mancare: e ciò sarebbe dimostrato, oltre che dal meccanismo di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse, proprio dalla rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano comunque il rapporto sottostante. Tale circostanza

(perdurante accessorietà seppure "attenuata"), unitamente al tenore letterale dell'art. 58, comma 3, TUB, ha indotto altra parte della giurisprudenza a ritenere che anche il contratto autonomo di garanzia rientri

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

nel perimetro delle “garanzie di qualsiasi tipo” cedute nell’ambito di una operazione di cartolarizzazione.

Ebbene, in assenza di altre indicazioni provenienti dalla Suprema Corte e alla luce dell’ampio e omnicomprendente disposto normativo di cui all’art. 58 co. 3 t.u.b., si ritiene preferibile tale seconda impostazione interpretativa.

Pertanto, appare irrilevante la qualificazione del contratto stipulato dagli odierni attori.

3. Parimenti irrilevante la suddetta qualificazione ai fini dell’analisi dell’eccezione di nullità della medesima per contrasto alla normativa antitrust, per diverse ragioni.

3.1 In primo luogo, deve essere evidenziato come le clausole censurate nel provvedimento dell’Antitrust non siano state censurate in sé, per il loro contenuto normativo, bensì in quanto inserite nei contratti di fideiussione in applicazione di un’intesa anticoncorrenziale “a monte”. In altri termini, per quanto qui rileva, la deroga dell’applicabilità dell’art. 1957 c.c. contenuta nelle fideiussioni prestate non è illegittima in quanto tale, ma solo nella misura in cui, unitamente alle altre due clausole di cui sopra si è detto, è stata inserita nei testi contrattuali senza alcuna negoziazione con il cliente e in adesione all’intesa censurata dalla Banca d’Italia nel 2005.

In proposito, tale ente, dopo avere riconosciuto come le sopra esposte clausole fossero già stabilmente inserite negli schemi delle fideiussioni omnibus ordinariamente predisposte dagli istituti di credito, ha affermato come le stesse fossero il frutto di un accordo lesivo della concorrenza, accordo consacrato nel modello di fideiussione predisposto dall’A.B.I. e sottoposto al suo vaglio preventivo.

In particolare la Banca d’Italia ha evidenziato come “secondo l’Autorità, l’istruttoria ha consentito di rilevare come il contenuto dello schema sia sostanzialmente riprodotto nei contratti delle banche interpellate; l’ampia diffusione delle clausole oggetto di verifica non può essere ascritta a un fenomeno “spontaneo” del mercato, ma piuttosto agli effetti di un’intesa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica” e, ancora, che “la previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l’esigenza, presente nell’ordinamento giuridico, di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell’attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall’A., dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore “a prima richiesta” della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garanzia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela”. In particolare, “con riferimento alla deroga all’articolo 1957 cod. civ. configurata dall’articolo 6 dello schema A., occorre rilevare che essa 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’A. - quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello 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”.

Per quanto concerne, invece, “la clausola che dispone la “reviviscenza” della garanzia dopo l’estinzione del debito principale (articolo 2 dello schema)” essa “impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all’avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell’estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest’ultimo (cfr. articolo 1953 cod. civ.). 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”.

Sulla base di tali considerazioni, quindi, la Banca d’Italia, osservando come “l’articolo 2, comma 1, della L. n. 287 del 1990 considera intese gli accordi e le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari” e che “le condizioni generali di contratto comunicate dall’A. relativamente alla “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”, in quanto deliberazioni di

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 Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della L. n. 287 del 1990", ha sanzionato lo schema contrattuale predisposto dall'A.B.I. e rimesso al suo vaglio, limitatamente alle tre clausole sopra considerate, ricordando come "il successivo comma dell'articolo 2 della L. n. 287 del 1990 vieta "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, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali", quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati. Le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti".

Preso atto, quindi, della censura operata dalla Banca d'Italia nei termini e per le motivazioni sopra riassunte, va ulteriormente ricordato come la Corte di Cassazione già nel 1999 (Cass. 827/1999), poi richiamata più recentemente nel 2017 (Cass. 29810/2017), abbia osservato come l'art. 2 della L. n. 287 del 1990, allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non abbia inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluto". Il legislatore, infatti, con la suddetta disposizione normativa ha inteso - in realtà ed in senso più ampio - proibire il fatto stesso della distorsione della concorrenza, che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali".

Secondo la Corte di Cassazione, quindi, "si rendono - così - rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi 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 meramente "unilaterali". Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle "intese", non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza".

Se, quindi, ai fini dell'art. 2 in esame è possibile attribuire rilievo anche a condotte di natura non negoziale (tipico l'esempio dello scambio di informazioni fra imprese operanti nel settore assicurativo, che in un caso nel quale era avvenuto in misura eccedente le finalità lecite e fisiologiche dello scambio, ha consentito di determinare l'adozione di equilibri di prezzo idonei a consentire di realizzare il massimo profitto congiunto per l'industria assicurativa nel suo complesso, integrandosi così un accordo de facto: così Cass. n. 12551/2013), ciò avviene pur sempre al fine di integrare il requisito della fattispecie, ossia l'intesa, da considerarsi non necessariamente in un accordo in senso stretto, ma più latamente in una pratica concordata, rivolta al perseguimento di un obiettivo comune.

Ne consegue che l'estensione della nullità dall'intesa anticoncorrenziale in senso lato, ai negozi a "valle", frutto ed espressione di tale intesa, implica che sia assolto l'onere probatorio in ordine al collegamento esistente tra la prima e il secondo, ossia al fatto che la fideiussione omnibus prestata nel caso di specie sia stata modellata sullo schema di contratto predisposto dall'associazione di imprese con la finalità di aderire allo stesso e in tal modo escludere un ambito di differente negoziabilità (id est, un margine di concorrenzialità).

Con riferimento al tema dell'onere probatorio in materia, la giurisprudenza di legittimità è invero concorde nell'affermare che, ai fini dell'estensione del vizio, l'attore deve fornire "la prova del fatto che la fideiussione omnibus prestata sia stata modellata sullo schema di contratto predisposto dall'ABI con la finalità di aderire allo stesso ed i tal modo escludere un ambito di differente negoziabilità" (cfr. Cass. civ. Sez. I Sent., 22/05/2019, n. 13846).

Dunque, la mera coincidenza contenutistica della fideiussione con le clausole nulle dello schema ABI non è sufficiente per dimostrare l'illiceità delle stesse, nonostante l'esistenza di un contrario orientamento minoritario di merito che non si condivide. A conferma di ciò, la giurisprudenza maggioritaria ha riconosciuto la validità delle singole clausole ABI riprodotte all'interno dei contratti di fideiussione, qualora manchi la prova del nesso causale tra la condotta lesiva della concorrenza e l'attività contrattuale successiva. Invero, la scissione del profilo formale da quello sostanziale è

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 Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

ulteriormente giustificata se si considera che le norme richiamate dalle clausole ABI, dichiarate nulle, sono in realtà derogabili dall'autonomia privata.

In altre parole, la giurisprudenza di legittimità e di merito prevalente ritengono che l'onere probatorio in capo all'attore non possa essere soddisfatto attraverso la prova della mera coincidenza formale con le clausole censurate, essendo invece necessaria la dimostrazione che la Banca abbia adottato una condotta anticoncorrenziale.

Appare opportuno effettuare una ulteriore precisazione con riferimento all'onere probatorio in capo all'attore.

In particolare, Banca Italia nel dispositivo del provvedimento n. 55/2005 ha affermato che “gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90...”. Tale precisazione costituisce una specificazione ulteriore dell'onere probatorio a carico dell'attore, il quale è tenuto a provare, oltre alla presenza dell'intesa a monte e del danno subito, l'applicazione uniforme delle clausole.

Sul punto, la giurisprudenza di merito maggioritaria ha interpretato la prova del carattere uniforme nel senso che l'attore debba dimostrare in giudizio “l'applicazione del contratto di fideiussione utilizzato dalle banche ovvero la standardizzazione delle clausole che, in deroga alla disciplina legale, ripropongono il contenuto dello schema dell'A.B.I. censurato dall'Autorità di vigilanza” (cfr. Tribunale Roma Sez. spec. in materia di imprese Ord., 19/04/2019).

La giurisprudenza, inoltre, ha dato anche rilievo alle tempistiche in cui è stata stipulata la fideiussione. Si è affermato, infatti, che il provv. n. 55 del 2005 della B.I. costituisce prova privilegiata solo in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso; per contro, il provvedimento anzidetto non costituisce prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza con riguardo alla fideiussione in parola, stipulata in un periodo rispetto al quale nessuna indagine risulta essere stata svolta dall'autorità di vigilanza, la cui istruttoria ha - com'è noto - coperto un arco temporale compreso tra il 2002 ed il maggio 2005. Vale anche evidenziare come da tale premessa, una parte più rigida della giurisprudenza di merito, ha anche affermato che poiché il provv. n. 55 del 2005 della B.I. vale quale prova privilegiata soltanto con riferimento alle fideiussioni prestate nel periodo di tempo oggetto di esame della Banca medesima, parte attrice è, pertanto, onerata dell'allegazione e della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d'illecito concorrenziale dedotto in giudizio, di cui all'art. 2 della L. n. 287 del 1990. E tale onere probatorio si sarebbe potuto adempiere depositando documenti o, quindi, articolato mezzi di prova volti a dimostrare che in quel periodo (2007) un numero significativo di istituti di credito, all'interno del medesimo mercato, avrebbe coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussione per operazioni specifiche in modo da privare quella stessa clientela del diritto ad una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza (cfr. Tribunale Milano Sez. VI, Sent., 20/10/2021).

Su tale questione si è pronunciata anche la recente Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 23/11/2021) 30-12-2021, n. 41994, la quale ha specificato che “Non è certo la deroga isolata - nei singoli contratti tra una banca ed un cliente - all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale. È, invece, il predetto “nesso funzionale” tra l'“intesa” a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che - in violazione dell'art. 1322 c.c. - riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullità dell'atto a monte è - per vero - veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto. E ciò è tanto più evidente quando - come nella specie le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contrattanti e incidendo negativamente sul mercato”.

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 Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

Nel caso di specie, l'onere probatorio in capo agli attori non si ritiene in alcun modo assolto, mancando agli atti la prova specifica e circostanziata della condotta illecita anticoncorrenziale della banca opposta. Invero, nella controversia in esame gli attori si sono limitati a fornire la prova della coincidenza formale e

contenutistica tra gli articoli della fideiussione omnibus (o contratto autonomo di garanzia) e gli articoli censurati dello schema ABI.

Ebbene, come già motivato, tale sovrapposibilità contenutistica non può ritenersi sufficiente ai fini della prova della relazione tra intesa a monte e contratto a valle, da cui discenderebbe la nullità derivata per restringimento o lesione della concorrenza.

3.2 In secondo luogo, con riferimento alla possibile conseguenza dell'accertamento della (come detto non sussistente) nullità, occorre evidenziare quanto segue.

In giurisprudenza si era sviluppato un ampio dibattito volto a definire le sorti dei contratti di fideiussione a valle riproduttivi, anche parzialmente, delle clausole ABI dichiarate nulle per contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90.

Più precisamente, la giurisprudenza si divideva in due antitetici orientamenti.

Secondo un primo orientamento minoritario la riproduzione delle clausole ABI, dichiarate nulle, comportava la nullità totale ex art. 1418 c.c. della fideiussione. Di diverso avviso, invece, era l'opinione giurisprudenziale maggioritaria, la quale, coerentemente con il principio di conservazione degli atti di autonomia negoziale, affermava la natura parziale della nullità della fideiussione, con esclusivo riferimento agli articoli riproduttivi delle clausole vietate.

A composizione del conflitto, sul punto, sono intervenute le SS.UU. nel 2021, le quali hanno affermato che "la nullità dell'intesa a monte determina, dunque, 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" (cfr. Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994).

Dunque, anche qualora volesse ritenersi sussistente la violazione allegata, non vi sono dubbi che la medesima comporterebbe solo la nullità delle singole clausole in esame, in mancanza di prova che le parti non avrebbero stipulato il contratto in assenza delle stesse (art. 1419 c.c.). Invece, parte attrice ha semplicemente richiesto la declaratoria di nullità totale del contratto in esame, non evidenziando quali potevano essere le conseguenze liberatorie derivanti dalla nullità delle single clausole censurate.

Solamente nella comparsa conclusionale, e quindi tardivamente, parte attrice afferma la liberazione dei garanti alla luce del disposto di cui all'art. 1957 c.c., derogato dalla clausola asseritamente nulla.

Pertanto, anche a ritenere, come non si ritiene per quanto affermato al punto 3.1, la nullità delle clausole in esame, parte attrice non ha in alcun modo, nei tempi procedurali previsti, allegato quale poteva essere la conseguenza in termini di liberazione dei garanti.

4. Infine, con riferimento all'asserita mancata prova del credito, in quanto nello stato passive della debitrice principale lo stesso ammonterebbe ad euro 236.559,84, vale richiamare quanto affermato nell'ordinanza del 24/03/2022.

Infatti, parte attrice erroneamente ha fatto riferimento al credito ammesso del soggetto **OMISSIS**, **OMISSIS** invece che quello di **BANCA CEDENTE**, ceduto alla convenuta e oggetto della presente azione.

Peraltro, nel merito non vi sono state ulteriori contestazioni alla somma richiesta e, nonostante la produzione dei contratti di conto corrente e degli estratti conto, questa non è stata specificamente contestata ai sensi dell'art. 115 c.p.c..

La relativa pretesa creditoria, dunque, merita integrale accoglimento, di conseguenza la presente opposizione merita integrale rigetto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano ai sensi del d.m. 55/2014, così come aggiornato dal d.m. 147/2022, nella misura minima, considerata la complessità delle questioni poste all'attenzione del Tribunale, le fasi di giudizio effettivamente svolte (studio, introduttiva e decisionale), il valore della controversia di poco superiore al minimo della fascia in esame.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica definitivamente pronunciando respinta ogni contraria domanda, eccezione e difesa

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 Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 532, del 11/07/2023

- Rigetta l'opposizione e conferma il decreto opposto;
- Condanna gli opposenti, in solido fra loro, al pagamento delle spese di lite in favore della **CESSIONARIA**, liquidate nella somma di euro 7.831,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfettario ed accessori come per legge.

Spoleto, 10/07/2023

Il giudice
Federico Falfari

EX PARTE