

██████████

Con provvedimento del 19.02.2020, a seguito dell'udienza di prima comparizione delle parti del 10.12.2019, il GI assegnava alle parti i termini per le memorie ex art. 183, comma VI, c.p.c., rinviando la causa al 17.09.2020.

Successivamente al deposito di note scritte di entrambe le parti, con cui venivano precisate le conclusioni, con provvedimento del 06.07.2021, il G.I., concedeva i termini ex art. 190 c.p.c.

Preliminarmente rileva il Collegio come parte convenuta sia nelle note di trattazione scritta depositate per la udienza di precisazione delle conclusioni che nella comparsa conclusionale abbia formulato istanza di declaratoria della cessazione della materia del contendere in quanto la Corte di Appello di ██████████ con sentenza n. ██████████ del ██████████ divenuta definitiva per manca impugnazione, riformando la sentenza di primo grado di condanna nei confronti del fideiussore odierno attore, aveva dichiarato la nullità totale della garanzia fideiussoria prestata dall'odierno attore nei confronti della ██████████ per violazione della normativa antitrust in quanto conforme allo schema ABI decidendo quindi la medesima domanda (sia con riferimento all'oggetto che alla causa petendi) riproposta nel presente giudizio, revocando altresì il decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'██████████ con conseguente estinzione della procedura esecutiva promossa dall'attuale convenuta.

Tale circostanza integrerebbe un'ipotesi di inammissibilità della domanda per sopravvenuto giudicato.

Rileva altresì il Collegio come la società convenuta, pur eccependo, seppur impropriamente, il "ne bis in idem" non ha allegato la predetta sentenza munita, ai sensi dell'art. 124 disp att cpc, della certificazione del passaggio in giudicato della sentenza.

Tale mancata allegazione impedisce al Tribunale di verificare d'ufficio la sussistenza del giudicato come eccepita; sul punto va comunque evidenziato che si tratterebbe di una nullità pronunciata sul rilievo d'ufficio da parte della Corte d'Appello - trattandosi di questione di nullità del contratto - introdotta attraverso una eccezione riconvenzionale dell'appellante che in primo grado rivestiva la qualità di parte opponente - convenuta in senso sostanziale; trattandosi di eccezione riconvenzionale - la quale, secondo unanime Giurisprudenza, tendendo a paralizzare il diritto della controparte, rimane nell'ambito della difesa e del

██████████

"petitum" e, quindi, si differenzia dalla domanda riconvenzionale che, invece, è diretta ad ottenere l'accertamento di un diritto con autonomo provvedimento avente forza di giudicato – l'accertamento effettuato dalla pronuncia richiamata dalla convenuta non può estendere i suoi effetti nel presente giudizio con la conseguenza che il Tribunale, senza dubbio competente rispetto all'accertamento della nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust – come di recente affermato dalle S. U. della Suprema Corte - può decidere nel merito.

Chiarito quanto sopra, ritiene il Collegio che la domanda è fondata e, pertanto, merita accoglimento nei limiti di cui in prosieguo.

La parte attrice ha chiesto dichiararsi la nullità assoluta della fideiussione impugnata.

In particolare, la parte attrice ha dedotto che la clausola c.d. di riviviscenza, la clausola c.d. di sopravvivenza e la clausola di rinuncia ai termini decadenziali di cui all'art. 1957 c.c., inserite nel contratto fideiussorio allegato in atti, agli artt. 2, 6 e 8, coincidono con quelle di cui allo schema ABI dichiarato in contrasto con la normativa antitrust dalla Banca di Italia, con provvedimento n. 55/2005.

Da ciò discenderebbe, secondo la difesa di parte attrice, la nullità assoluta dei contratti, con impossibilità di applicare l'art. 1419 c.c. e, dunque, di ritenere la nullità solo delle singole clausole.

Orbene, in primis, va rilevato che, contrariamente da quanto sostenuto da parte convenuta, il contratto posto all'esame del Tribunale concreta la fattispecie giuridica della fideiussioni omnibus, come si evince senza dubbio dalla stessa intestazione degli atti in cui sono contenuti, nonché dalla previsione dell'estensione della garanzia a tutte le obbligazioni presenti e future assunte dalla ██████████ in relazione ad operazioni bancarie di qualsiasi natura, nei confronti dell'istituto di credito, fino all'importo del limite garantito.

Gli attori hanno invocato, a fondamento della pretesa azionata, il provvedimento del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia, cui, prima della modifica apportata dall'art. 19, co. 1, L. n. 262/2005, spettava l'accertamento delle infrazioni di cui all'art. 2 della normativa antitrust che si assumessero essere poste in atto dalle aziende di credito; per quanto qui specificamente interessa, nel richiamato provvedimento la Banca di Italia ha disposto che "Gli artt. 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 la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a)".

Ebbene, deve ritenersi che, nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, co. 2, L. n. 287/1990, anche per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie (cfr. Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3640); la giurisprudenza di legittimità, dunque, ha sancito il principio per cui il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ha un'elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori (cfr. Cass. civ., 28 maggio 2014, n. 11904) e tale efficacia probatoria privilegiata vale anche nell'azione di nullità (cfr. Cass. civ., sez. I, 22/05/2019, n. 13846).

Invero, è stato ritenuto, anche di recente, che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza comporta, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte; in tal senso, il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede (cfr. Cass. civ., 20 giugno 2011, n. 13486).

Pertanto, del tutto infondate sono le contestazioni svolte da parte convenuta in ordine all'assenza di prova dell'esistenza del comportamento vietato dalla normativa antitrust.

Quel che assume rilievo, ai fini dell'inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato a partire dalla citata sentenza delle Sezioni Unite (SS.UU. n. 2207/2005 cit.); ciò che va accertato, pertanto, è la coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo di uno schema contrattuale che possa ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva, dunque il giudice deve valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva.

Ebbene, nel caso di specie, dalla semplice lettura del provvedimento della Banca d'Italia e delle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 delle fideiussioni che ci occupano può evincersi che esse coincidono alle clausole 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI nell'ottobre 2002, per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus), oggetto dell'esame dell'Autorità Garante.

Questo ha riguardato specificamente: - l'art. 2 dello schema (noto anche come "clausola di reviviscenza") che dichiara il fideiussore tenuto "a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo"; - l'art. 6 dello schema, che prevede la rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., laddove sancisce che "i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato"; - l'art. 8 (noto anche come clausola di sopravvivenza), che sancisce l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate.

██████████

All'esito dell'istruttoria, la Banca d'Italia, con il provvedimento n. 55 del 2/5/2005, posto da parte attrice a fondamento della domanda, ha concluso 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", il quale 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.

L'autorità garante ha ritenuto, infatti, che le determinazioni di un'associazione di imprese, qual è l'ABI, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento delle imprese concorrenti, per cui la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulta significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI.

Ebbene, il contenuto delle clausole sanzionate è del tutto analogo a quello delle clausole oggetto della presente impugnazione, in quanto l'art. 2 dei contratti contempla la c.d. clausola di reviviscenza, l'art. 6 la deroga ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e l'art. 8 la c.d. clausola di sopravvivenza, ricalcandone anche la numerazione.

A questo punto, assumono rilievo due diverse problematiche, ossia se la riproduzione nei contratti c.d. a valle, stipulati dai singoli istituti di credito con la propria clientela, delle clausole sanzionate "a monte" in relazione ad intese che violino le regole della concorrenza determini la nullità anche di tali pattuizioni e, in caso affermativo, se la nullità si estenda all'intero contratto ovvero colpisca le singole clausole, ferma restando la validità delle restanti pattuizioni contrattuali e, dunque, della garanzia fideiussoria.

Al primo quesito, alla luce dei principi su esposti, a questo punto è agevole dare risposta positiva.

Ritiene, infatti, il Collegio che il contratto “a valle” non può ritenersi estraneo al fenomeno anticoncorrenziale, considerato nel suo complesso ed evoluzione, ma è esso stesso lo strumento attraverso il quale si estrinsecano e si attuano, sul piano fattuale, gli effetti dell’intesa, di cui ne riprende il contenuto e con cui, in concreto, viene alterato il gioco della concorrenza, realizzando una limitazione dei modelli negoziali offerti sul mercato dalle banche.

Se, infatti, si escludesse che l’intesa nulla avesse ripercussioni sulla validità del contratto stipulato “a valle”, in termini di ricaduta della nullità dell’illecito a monte sullo strumento negoziale, si consentirebbe la realizzazione e la sopravvivenza degli effetti stessi dell’intesa vietata, rendendo vani gli obbiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale, propri del diritto della concorrenza.

In tale ottica, pertanto, ritiene il Collegio che, con riferimento alle fideiussioni omnibus, laddove sia accertato che le clausole del contratto siano il frutto o, meglio, l’estrinsecazione di un’intesa illecita ex art. 2 L. n. 287/1990, possa configurarsi, oltre al rimedio del risarcimento dei danni, anche quello civilistico della nullità e ciò ai sensi dell’art. 1418, co. 1, c.c., per contrarietà diretta alle norme imperative di ordine pubblico economico: il contratto diventa lo “sbocco” dell’intesa vietata, lo strumento cioè attraverso il quale si realizzano gli effetti dell’illecito anticoncorrenziale, sicchè esso stesso è colpito da nullità, ponendosi in contrasto con la disciplina posta a tutela della concorrenza (cfr. Trib. Napoli, sez. specializzata impresa, n. 12546/2020).

In conclusione, il contratto finale tra imprenditore e utente finale costituisce il compimento stesso dell’intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante (cfr. Cass. civ., n. 13486/2019 cit.) mentre ragionando diversamente si giungerebbe a negare l’intero assetto, comunitario e nazionale, della normativa antitrust, la quale è posta a tutela non solo dell’imprenditore, ma di tutti i partecipanti al mercato (cfr. Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305).

Pertanto, avvalendosi della prova privilegiata costituita, secondo quanto su argomentato, dalla decisione della Banca d’Italia, nel caso che ci occupa le clausole dei contratti di fideiussione in contestazione, conformi a quelle di cui allo schema ABI illecito, devono essere dichiarate nulle.

Passando all'esame dell'estensione dell'accertata nullità alle sole clausole esaminate ovvero all'intero contratto, come sottolineato dalla stessa parte attrice, è necessario rifarsi alla normativa che dispone la nullità dell'intero contratto ogni qualvolta risulti evidente che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1419 c.c.

A sostegno della tesi della nullità assoluta, gli attori hanno dedotto che assolvendo lo schema della fideiussione omnibus oggetto dell'intesa vietata ad una funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile, che verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate dallo schema (cfr. par. 32 Banca di Italia n. 55/2005), in un contesto di disapplicazione dell'intesa nulla e di riconosciuta nullità delle clausole in questione deve ritenersi che i contratti non sarebbero stati conclusi ad analoghe condizioni; hanno aggiunto che, in altri termini senza le clausole nulle, la banca non avrebbe accettato la fideiussione, la cui funzione "indennitaria" e di garanzia del cd "effetto solutorio definitivo" sarebbe inevitabilmente venuta meno, facendo così perdere alla banca l'interesse al rilascio della garanzia (cfr. App. Bari, n. 54/2020); dall'altro lato, hanno contestato la contraria osservazione che la banca avrebbe comunque stipulato il contratto, sfornito delle clausole illecite, in quanto è ragionevole pensare che sia in genere meglio avere una certa garanzia che non averne nessuna, deducendo, invece, che dal punto di vista del cliente, stante la non funzionalità delle clausole e della conseguente varietà di offerte che avrebbe potuto trovare sul mercato, deve essere esclusa qualsiasi ragionevole certezza che il contratto mutilato avrebbe rappresentato la migliore opzione a sua disposizione, ritenendo che contratti di garanzia identici a quelli stipulati, ma epurati della parte colpita dalla nullità, dalla banca non sarebbero stati offerti e dai garanti non sarebbero stati accettati.

Ebbene, la tesi non appare condivisibile.

Il Collegio ritiene, infatti, di aderire al diverso orientamento per cui, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese, ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c.,

laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite (cfr. Cass. civ., sez. I, 26/9/2019, n. 24044 cit.).

Ai fini della corretta individuazione delle conseguenze dell'invalidità delle clausole in contestazione, risulta decisiva la preliminare considerazione che esse sono funzionali all'interesse della banca ad una maggiore tutela a fronte di eventuali invalidità o inefficacia del rapporto principale, anche successive all'adempimento, o di propri comportamenti neglienti nell'attivarsi per il recupero tempestivo del credito; non si tratta, dunque, di pattuizioni volte a tutelare l'interesse dei fideiussori, per cui, logicamente, solo la banca potrebbe dolersi della loro espunzione, in quanto tali clausole 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 (cfr. Banca d'Italia n. 55/2005 cit.).

Pertanto, preservare la garanzia fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidano sulla struttura e sulla causa del contratto, non pregiudica la posizione dei garanti, che risulta anzi meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale.

Non risultano, di conseguenza, elementi per ritenere che i garanti, senza le clausole invalide, non avrebbero voluto l'intero contratto, presupposto per aversi nullità assoluta dello stesso, ai sensi dell'art. 1419 c.c.

In conclusione, dunque, va affermata la nullità delle clausole di cui agli artt. 2, 6 ed 8 dei contratti di fideiussione sottoscritti dagli attori.

Quanto alla domanda di risarcimento avanzata dall'attore, giova osservare che nel sistema del diritto antitrust l'oggetto di tutela non è, se non indirettamente, il consumatore/utente ma bensì il complesso delle transazioni commerciali la cui continua espansione deve essere favorita colpendo comportamenti che, in quanto distorsivi del valore della concorrenza, sono nulli di pieno diritto (art.101 e 102 TFUE) .

Da ciò discende che, per accedere alla tutela risarcitoria da illecito anticoncorrenziale, il cliente-consumatore deve allegare e provare le concrete conseguenze che tale illecito ha determinato nella sua sfera personale e patrimoniale.

██████████

Nel caso di specie, l'attore ha sostenuto che, dall'accertata violazione delle norme antitrust di cui sopra, discenderebbe un danno derivante dal patema di perdere l'unico cespite di proprietà costituente la propria civile abitazione nonché dal mancato guadagno di una possibile vendita a terzi dell'immobile predetto.

Ritiene il Collegio che, al di là di una generica deduzione, parte attrice nulla ha specificatamente dedotto o provato in punto di danno con la conseguenza che neanche la presunzione invocata ai sensi dell'art. 10 D. Lgs. 3/2017

Deve pertanto concludersi per l'accoglimento della domanda limitatamente a quanto in parte motiva indicato, con reiezione di ogni altra richiesta.

L'accoglimento solo parziale della domanda e l'indubbia persistenza di contrasti non ancora composti, sulle conclusioni a cui è giunto il Tribunale circa la presenza della nullità come sopra accertata, indiziano l'esistenza dei gravi motivi legittimanti l'integrale compensazione, fra le parti, delle spese di lite.

P.Q.M

Il Tribunale, nella composizione sopra riferita, definitivamente pronunciando sulle domande avanzate da ██████████ contro ██████████ ogni altra istanza, eccezione o richiesta rigettata, così provvede:

a) accoglie la domanda limitatamente alla fideiussione stipulata dall'attore con la Banca convenuta in data 27/5/2005, nei limiti di 65.000,00, e, per l'effetto, dichiara la nullità parziale di tale fideiussione con riferimento alla pattuita deroga al termine decadenziale di cui all'art.1957 c.c. nonché alle clausole di reviviscenza delle garanzie prestate e di irripetibilità dei pagamenti effettuati in caso di sopravvenuta invalidità o inefficacia dell'obbligazione principale.

b) rigetta tutte le altre domande;

c) spese di lite integralmente compensate fra le parti

Napoli, 8/11/2021

Il Giudice estensore
(dott. Viviana Criscuolo)

Il Presidente
(dott. Nicola Graziano)