



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 pres. rel.

dott. Carmelo Barbieri giud.

dott. Pierluigi Perrotti giud.

ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile iscritta al n. 57060/2018 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2018
vertente

TRA

, (C.F.);

, (C.F.);

, (C.F.);

, (C.F.);

tutti domiciliati in , - presso lo studio dell'avv. FRANCHI

ATTILIO che li rappresenta e difende;

- attori -



E**SRL** (C.F. _____), in persona del legale rappr.te *pro tempore*;

- convenuta contumace -

OGGETTO: *antitrust*.**CONCLUSIONI**

All'udienza di precisazione delle conclusioni il procuratore degli attori così concludeva:

piaccia al Giudice adito, ogni contraria domanda ed eccezione respinta:

In via principale:

1. previo accertamento che le fideiussioni sottoscritte dagli attori a favore di _____ in data 19 febbraio 2002 sono conformi al modello di "Fideiussione Omnibus" predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana, dichiarare la nullità di dette fideiussioni ex artt. 100 e 101 del Trattato UE e artt. 2 e 3 L 10/10/1990, n. 287, ed ex artt. 1418 e 1343 cod. civ.;

In via subordinata:

2. Dichiarare ex art. 1419 cod. civ. la nullità parziale della clausola n. 6 di deroga all'art. 1957 c.c. contenuta in tutte le fideiussioni sottoscritte dagli attori per violazione degli artt. 100 e 101 del Trattato UE e artt. 2 e 3 della L 10/10/1990, n. 287 in quanto attuativa del Modello ABI di Fideiussione Omnibus e, per l'effetto, dichiarare la risoluzione di tutte le fideiussioni rilasciate dagli attori a favore di Banca _____ in quanto la banca ha ommesso di proporre istanze contro il creditore principale nel termine di sei mesi di cui all'art. 1957 cod. civ..

In ogni caso, con vittoria di spese e competenze del presente giudizio.

*

FATTO E DIRITTO

1. Con atto di citazione ritualmente notificato al domicilio telematico il 13 novembre 2018, i signori

_____ hanno esposto di avere sottoscritto in data 19 febbraio 2002 quattro distinti contratti di fideiussione *omnibus* di importo pari a € 15.493,71 ciascuno, successivamente elevata ad € 20.000,00 ciascuno, prestata in favore di _____ S.p.A. a garanzia delle obbligazioni contratte dalla società

pagina 2 di 16



S.r.l., estinta per intervenuta cancellazione dal registro delle imprese in data 11 settembre 2009.

Hanno riferito i convenuti di avere accusato il 30 aprile 2016 formale diffida ad adempiere, da parte di S.p.A., per l'importo complessivo di € 16.553,62, oltre interessi convenzionali e, successivamente, in data 3 aprile 2018, di avere ricevuto la comunicazione di avvenuta cessione della posizione debitoria alla società S.R.L.

In data 19 luglio 2018, gli attori hanno promosso il procedimento di mediazione civile e commerciale nei confronti della società S.R.L., la quale, però, al secondo incontro conciliativo del 10 ottobre 2018, ha dichiarato di non voler proseguire la mediazione.

Gli attori hanno quindi convenuto nel presente giudizio S.R.L. per ivi sentire accertare la nullità del negozio fideiussorio o, in subordine, della sola clausola n. 6 apposta allo stesso.

Osservano invero gli attori come i moduli contrattuali dagli stessi sottoscritti (docc. 1, 2, 3 e 4) contengano la clausola n. 2 (clausola di sopravvivenza), secondo la quale *«il fidejussore s'impegna altresì a rimborsare alla Banca le somme che dalla Banca stessa fossero state incassate in pagamento di operazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi o per qualsiasi altro motivo»*; la clausola n. 6 (clausola di deroga del termine di decadenza) a mente della quale *«i diritti derivanti alla Banca dalla fidejussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fidejussore medesimi o qualunque altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c. che si intende derogato»* e la clausola n. 8 (clausola di insensibilità della garanzia) *«nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide la fidejussione si intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate»*.

I garanti hanno quindi eccepito che le clausole sopra trascritte sarebbero letterale trasposizione delle condizioni di fideiussione *omnibus* predisposte da ABI con la circolare serie tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987, osservando come tale modello sia stato ritenuto integrante un'intesa restrittiva della



concorrenza - e pertanto vietata *ex art.* 2 della L. 287/1990 - sia dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, sia da AGCM con parere tecnico n. 14251 del 20 aprile 2005.

Hanno concluso pertanto gli attori per la declaratoria di nullità, in via principale, dell'intero negozio fideiussorio, perché viziato dalle clausole negoziate in un contesto restrittivo della concorrenza; e in subordine, per l'accertamento della nullità parziale del contratto, limitatamente alla sola clausola n. 6 (clausola di deroga del termine di decadenza), condizionando all'accoglimento di tale domanda subordinata anche la conseguente declaratoria di risoluzione dei contratti dagli stessi sottoscritti, in quanto l'istituto di credito garantito non avrebbe coltivato le proprie azioni entro il termine di cui all'art. 1957 c.c., norma che troverebbe applicazione laddove venisse dichiarata inefficace la predetta clausola n. 6 che a tale articolo di legge poneva espressa deroga.

La causa veniva iscritta al ruolo degli affari civili e contenziosi di questo Tribunale, assegnata alla sezione VI e, successivamente, riassegnata *ratione materiae* a questa sezione specializzata.

All'udienza del 12 marzo 2019 nessuno compariva per la convenuta non costituita e il Giudice Istruttore, ritenuta la causa di natura documentale, fissava udienza di precisazione delle conclusioni per il 13 novembre 2019, all'esito della quale rimetteva la causa in decisione al Collegio.

*

2. Preliminarmente si rileva la corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti di S.R.L., quale cessionaria del rapporto fideiussorio, come dichiarato da Banca S.p.A. (contraente originario) giusta comunicazione del 3 aprile 2018 (doc. 11). L'atto di citazione risulta ritualmente notificato a mezzo PEC il 13.11.2018, come provato dalla ricevuta di attestazione telematica di consegna della copia informatica dell'atto nella casella PEC del destinatario, documento dematerializzato ritualmente prodotto in giudizio.

Deve pertanto dichiararsi la contumacia della convenuta.

3. Nel merito, l'attore eccepisce che le clausole n. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione corrispondono al modello di fideiussione *omnibus* predisposto da ABI con la circolare serie tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987.



Dette clausole sarebbero state concordate, secondo la prospettazione attorea, in modo uniforme dagli operatori bancari, dando così luogo a un'intesa restrittiva della concorrenza affetta da illiceità *ex art.* 101 TFUE e dell'art. 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287.

A tale riguardo, è innanzitutto da osservare come l'eccezione sollevata dall'attore, circa l'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza, sia supportata da adeguato materiale probatorio, identificabile in: i) provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 (doc. 16); ii) provvedimento AGCM n. 14251 del 20 aprile 2005 (doc. 18).

Nello specifico, dalla lettura di detti atti amministrativi si evince che le clausole inserite nelle fideiussioni sottoscritte dagli attori (in particolare le clausole nn. 2, 6 e 8) sono identica trasposizione delle clausole recanti la medesima numerazione (2, 6 e 8) dello schema di fideiussione *omnibus* predisposto da ABI.

Con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 (doc. 15), la Banca d'Italia ha espressamente accertato che le clausole nn. 2, 6 e 8, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 287/1990 (v. doc. 15, dispositivo, pag. 18).

Analogamente, con provvedimento n. 14251 del 20 aprile 2005 (doc. 18) l'AGCM ha rilevato come le predette clausole fossero già state censurate dalla Banca d'Italia, rilevandone a propria volta la natura anticoncorrenziale e precisando, nello specifico, che «*[i]n definitiva, la valutazione concorrenziale dello schema in esame non riposa, come ripetutamente sostenuto dall'ABI, sulla constatazione della sua difformità dal regime civilistico, profilo questo irrilevante dal punto di vista antitrust, quanto piuttosto, va ribadito, sulla previsione uniforme da parte dell'associazione di categoria di una disciplina di dettaglio che aggrava la posizione del fideiussore, incidendo sulla caratterizzazione dell'offerta bancaria*» (punto 36 del parere), affermando così, conclusivamente, che «*(...) lo schema negoziale in esame (il contratto di fideiussione omnibus, ndr), presenti clausole idonee a restringere la concorrenza, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90*» (punto n. 50 del parere).

Gli attori hanno altresì prodotto in giudizio l'elenco degli istituti di credito (vale a dire la quasi totalità di quelli operanti nel territorio italiano), che hanno adottato il medesimo schema negoziale (doc. 18, all. A), tra i quali figura S.p.A.



Orbene, alla luce della predetta documentazione, deve ritenersi che parte attrice abbia assolto al proprio onere probatorio circa l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale.

Ed infatti, la produzione in giudizio della documentazione proveniente dalle Autorità Amministrative Indipendenti che hanno svolto approfondita istruttoria *antitrust* costituisce, innanzitutto, prova documentale idonea a dimostrare, secondo il paradigma generale di cui all'art. 2697 c.c., l'esistenza del cartello tra imprese.

Nel caso di specie, poi, oltre al provvedimento AGCM (doc. 18), l'attore ha prodotto in giudizio altri atti amministrativi (docc. 15, 16 e 17) che, analizzati unitamente all'intero compendio probatorio, comprovano, in modo grave, preciso e concordante, l'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale.

Inoltre, poiché tale documentazione raccoglie gli esiti di un'esaustiva istruttoria amministrativa, avente carattere definitivo, essa assume valore intrinseco di fonte probatoria privilegiata dell'illecito *antitrust* (Cass. Civ. 28 maggio 2014, n. 11904; Cass. Civ. 17 aprile 2012, n. 6008; Cass. Civ., ord. 22 febbraio 2010, n. 4261; Cass. Civ. 25 luglio 2008, n. 20484; Cass. Civ., 2 febbraio 2007, n. 2305; Cass. Civ. SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207).

Alla luce delle superiori considerazioni, ritiene il Collegio che gli attori abbiano assolto al proprio onere probatorio circa l'esistenza dell'intesa concorrenziale dedotta in giudizio.

4. La parte attrice ha chiesto espressamente, previo accertamento dell'esistenza dell'intesa, di pronunciarsi nullità dell'intero negozio o, in subordine, la nullità parziale dello stesso, con specifico riferimento alla clausola n. 6.

Tema centrale ai fini della decisione è accertare se, affermata l'esistenza dell'intesa 'a monte', essa riverberi i propri effetti sui contratti stipulati 'a valle'.

Nel caso di specie, accertato che lo schema contrattuale predisposto dall'ABI è stato adottato da tutti gli istituti di credito aderenti con effetti tali da pregiudicare la libera concorrenza degli operatori del settore, è richiesto di accertare se la trasposizione di dette clausole (nello specifico, le clausole nn. 2, 6 e 8 nei contratti sottoscritti dai consumatori) siano affette da nullità o, addirittura, rendano nullo l'intero negozio.

4.1. Sul punto, sono ravvisabili tre principali orientamenti.



Il primo, più risalente – ma recentemente ripreso dalla pronuncia Cass. Civ. 26 settembre 2019, n. 24044 – afferma che dall'accertamento di un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 della L. 287/1990 non deriverebbe l'invalidità dei contratti stipulati a valle di tale intesa. Tali negozi rimarrebbero infatti del tutto autonomi, sicché la parte che si assume lesa dalla condotta anticoncorrenziale potrebbe beneficiare solo della tutela risarcitoria, ma non di quella 'reale'.

Questo orientamento, prendendo le mosse dalla nota pronuncia Cass. Civ., S.U. 20 febbraio 2005, n. 2207, valorizza le posizioni espresse da parte della dottrina la quale afferma l'impossibilità, sul piano tecnico, di riconoscere specifici profili di invalidità dei contratti stipulati a valle dell'intesa, non incidendo la predetta condotta anticoncorrenziale né sulla struttura del rapporto negoziale finale, né sugli elementi essenziali dello stesso (tale posizione è stata condivisa, tra le altre, da Cass. Civ. 11 giugno 2003, n. 9384; Cass. Civ. 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass. Civ. 20 giugno 2011, n. 13486 e, recentemente, da isolata giurisprudenza di merito quali Trib. Treviso, 26 luglio 2018, n. 1623; Trib. Napoli, 1 marzo 2018, n. 2338; Trib. Spoleto 14 marzo 2019, n. 197).

In buona sostanza, coloro che concludono per la sola tutela risarcitoria, negando la sussistenza di *deficit* strutturali dei contratti stipulati 'a valle', fondano tale assunto, in primo luogo, sul combinato disposto degli artt. 2 e 33 della L. 287/90. Dette norme sanciscono infatti la sola nullità dell'intesa e il conseguente risarcimento del danno che dalla stessa derivi (ma non già la nullità dei contratti stipulati sulla base dell'intesa), dequotando così la natura illecita dell'intesa stessa – i cui effetti inoculerebbero l'illiceità anche nei contratti stipulati 'a valle' - a violazione degli obblighi di buona fede precontrattuale che, come noto, è fonte di obbligazioni risarcitorie (arg. ex art. 1337 c.c.).

A tale orientamento si contrappone quello oggi nettamente maggioritario nella giurisprudenza di merito e di legittimità che afferma invece, con specifico riguardo alle fideiussioni *omnibus*, la nullità delle singole clausole già censurate da Banca d'Italia e AGCM, qualora letteralmente trasposte nei contratti sottoscritti dai consumatori.

Nello specifico, è stato evidenziato come dette clausole derivanti dall'intesa, espressamente sancita dalle Autorità Amministrative Indipendenti, siano patologicamente affette da nullità per illiceità del loro oggetto.



Sicché, accertata l'identità tra le clausole concordate dall'ABI (nello specifico, le clausole nn. 2, 6 e 8) con quelle specificatamente sottoscritte dal consumatore, dette clausole dovranno essere senz'altro ritenute nulle per illiceità derivata dagli effetti dell'intesa (sul punto, Cass. Civ., ord. 12 dicembre 2017, n. 29810; Cass. Civ., 22 maggio 2019, n. 13846; Cass. Civ. 15 giugno 2019, n. 21878; Cass. Civ. 26 settembre 2019, n. 24044).

Il predetto orientamento evidenzia, in particolare, come le clausole debbano ritenersi sicuramente caratterizzate da oggetto illecito, perché traspongono nel contratto 'a valle' l'identico contenuto del prodotto dell'intesa 'a monte', la cui invalidità è espressamente sancita da una norma imperativa (art. 2, L. 287/90).

Sottolineano poi i sostenitori dell'invalidità delle predette clausole, come l'art. 2, co. 3, della L. 287/90, espressamente sancisca la nullità delle intese restrittive della concorrenza «*ad ogni effetto*», così come l'art. 101 TFUE dichiara l'incompatibilità delle intese anticoncorrenziali, in qualsiasi modo esse siano attuate, con il mercato dell'Unione Europea.

Sicché sarebbe contrario alla lettera della legge considerare nulle le intese, ma non i contratti che su tali intese direttamente si innestano. Se così fosse, infatti, sarebbe vanificata l'intera disciplina *antitrust*, perché verrebbe sancita la nullità delle sole intese restrittive, ma non i vincoli negoziali che proprio tali intese (illecite) hanno generato (principio espresso dal *leading case* Corte di Giustizia Europea nella sentenza del 14.12.1983 n. C-391/82 e poi ribadito dalla giurisprudenza di legittimità a più riprese, compresa la recente Cass. Civ. 13846/2019 cit.).

Inoltre, è stato osservato in modo critico da certa dottrina come i fautori dell'opposto orientamento giurisprudenziale (vale a dire i sostenitori della sola tutela risarcitoria) travisino il contenuto delle pronunce giurisprudenziali da essi citate, limitandosi solo al richiamo della massima, senza esaminare il contenuto dei singoli provvedimenti giurisdizionali.

Ed invero, va ricordato che Cass. Civ., S.U. 20 febbraio 2005, n. 2207, citata dall'orientamento contrario alla tutela 'reale', ha avuto a oggetto un giudizio che si è focalizzato solo su una domanda risarcitoria fatta valere innanzi al giudice di pace, ma non sono stati affatto presi in considerazione o analizzati, sotto il profilo della nullità, i contratti 'a valle', se non in un'ottica esclusivamente



risarcitoria. Va inoltre ricordato che la Suprema Corte, in tale caso, aveva focalizzato il proprio interesse sulla questione di massima importanza atta a dirimere se la legge *antitrust* fosse solo la legge degli imprenditori - e quindi fosse invocabile solo dalle imprese che avessero subito un pregiudizio per effetto di attività collusive messe in atto dai propri concorrenti - oppure se, come da allora in poi è stato sempre affermato, detta legge dovesse intendersi anche uno strumento di difesa offerto ai soggetti consumatori finali del prodotto frutto della concorrenza falsata.

E al fine di eliminare il dubbio, la Corte esprimeva un'evidente critica avverso la soluzione meramente risarcitoria, affermando chiaramente come non fosse assolutamente possibile scindere l'intesa dal contratto che la attua sicché *«il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile»*. Dal ché, evidentemente, deriva l'invalidità dell'accordo 'a valle' per illiceità dell'oggetto, essendo il suo contenuto identificabile (anche) con l'intesa a monte.

Ed ancora, è stato correttamente osservato come la stessa ordinanza n. 29810/2017 della Suprema Corte, sebbene in massima sembri statuire la tutela meramente risarcitoria del consumatore che abbia sottoscritto un contratto 'a valle' dell'intesa anticoncorrenziale, in corpo di testo affermi chiaramente come la: *«[c]orte regolatrice (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 827 del 1999) [abbia già] precisato che la L. n. 287 del 1990, art. 2, (la cosiddetta legge "antitrust"), 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 ha 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 della distorsione della concorrenza, in quanto si renda*



conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”. 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».

Sicché, tale pronuncia ha indotto parte della dottrina a sottolineare come le clausole traspositive di quelle oggetto di intese illecite siano da considerarsi invalide *ex art.* 1419 c.c.

Ed infine, anche la pronuncia Cass. Civ. 26 settembre 2019, n. 24044, pur affermando la tutela risarcitoria e non già quella reale, precisa però che *«avendo l’Autorità amministrativa (AGCM, ndr) circoscritto l’accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (fol. 3 della sent. imp.), ciò non esclude, ne 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., come avvenuto nel presente caso, laddove l’assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite»*. Sicché, pur escludendo ogni automatismo – così da scongiurare l’utilizzo disinvolto del sillogismo secondo il quale una volta accertata l’esistenza dell’intesa deriverebbe in via automatica la nullità dei negozi ‘a valle’ – la Corte evidenzia come l’illiceità derivata dalle intese illecite debba essere affermata ogniqualvolta il contenuto delle stesse sia trasposto nelle singole clausole.

Da tale affermazione della Suprema Corte, recente giurisprudenza di merito ha inaugurato un terzo orientamento ancora più rigoroso.



Ed infatti, in disparte alla tutela meramente risarcitoria e alla tutela reale, ma limitata alle singole clausole ritenute invalide secondo il paradigma della nullità parziale *ex art. 1419, II co., c.c.*, un'ultima interpretazione pretoria estende l'invalidità derivata all'intero contratto e non solo alle clausole che sarebbero direttamente derivate dall'intesa anticoncorrenziale.

In estrema sintesi, il percorso logico argomentativo che conduce alla declaratoria di nullità dell'intero negozio fideiussorio riposerebbe su una prognosi postuma della condotta del consumatore e dell'istituto di credito al momento della stipula del contratto di garanzia. Si afferma, infatti, che se il consumatore avesse potuto liberamente apprezzare le offerte esistenti in un mercato ampiamente concorrenziale non avrebbe certamente sottoscritto un contratto contenente clausole illecite, da ritenersi quindi determinanti del consenso *ex art. 1419 c.c.*, con la conseguente impossibilità di una declaratoria solamente di nullità parziale delle singole clausole, dovendo invece propendere per l'illiceità dell'intero contratto.

Del pari, anche la banca non avrebbe mai sottoscritto un contratto senza poter avvalersi delle clausole oggetto dell'intesa restrittiva.

Proprio in quest'ultimo senso si è espressa la Corte d'Appello di Bari con la recentissima sentenza n. 45 del 15 gennaio 2020, la quale, dopo avere osservato che *«non avrebbe alcun senso affermare la nullità dell'intesa e, allo stesso tempo, la validità dei contratti stipulati in sua esecuzione»*, assicurando quindi al consumatore la tutela reale, si è chiesta *«in quali termini l'illecito concorrenziale travolga il contratto cd. a valle, e segnatamente se non derivi la nullità dell'intero contratto o delle singole clausole in questione»*.

A tale quesito la Corte territoriale di Bari ha ritenuto di dare risposta dichiarando la nullità dell'intero negozio fideiussorio, perché non soltanto il consumatore non avrebbe avuto interesse alla stipula, ma nemmeno l'istituto di credito, in quanto *«dal punto di vista della Banca, l'impossibilità di scaricare alcuni costi sul cliente avrebbe richiesto una complessiva ristrutturazione della sua attività e anche della sua politica contrattuale, non solo con riferimento alla garanzia, ma anche con riferimento all'erogazione del credito (in un mercato concorrenziale le banche dovrebbero competere anche sul piano della riduzione dei costi, che non possono più scaricare sulle controparti, e sul piano della*



ricerca delle migliori combinazioni tra rischi del credito, costi del medesimo e coperture realizzabili attraverso garanzie). Escluso, quindi, che un contratto identico a quello stipulato, ma privo delle clausole nulle, sarebbe stato proposto dalla banca, va dichiarata la nullità dei dedotti contratti di fideiussione ai sensi dell'art. 1419, 1° co., c.c.». Nel solco di tale pronuncia si è posta, recentemente, anche Trib. Taranto, n. 2127/2019 e, da ultimo, un'apertura a tale interpretazione si rinviene in Cass. Civ., 22 maggio 2019, n. 13846.

Ritiene tuttavia il Collegio che quest'ultimo orientamento non appaia del tutto convincente atteso che esso presume, in assenza peraltro di prova specifica sul punto, che i contraenti – e nello specifico l'istituto di credito – non avrebbero stipulato la fideiussione in assenza delle clausole ritenute oggetto di intesa anticoncorrenziale. Ma tale affermazione, a ben vedere, si traduce in una petizione di principio, senza che sia offerta sul punto una precisa dimostrazione 'controfattuale' della situazione di mercato, tale da dimostrare che la banca non avrebbe accettato la garanzia in assenza delle clausole concordate con ABI.

4.2. Tra gli opposti orientamenti giurisprudenziali sopra brevemente passati in rassegna, appare maggiormente convincente il secondo, che, soffermandosi sulla natura abusiva dell'intesa e delle relative clausole che da essa sono derivate, trasla l'invalidità del patto anticoncorrenziale alle singole clausole che ne sono il prodotto e non già all'intero negozio.

In questo senso, peraltro, si è espresso a più riprese il Tribunale di Milano, osservando come l'art. 2 della L. 287/1990 «*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 "voluti". 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" ed "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)... La coincidenza della clausola in contestazione con quella incriminata, in uno con la pari corrispondenza dell'intero testo contrattuale con il modulo A.B.I., giustificano una solida presunzione che la garanzia predisposta dall'istituto di credito e sottoposta alla sottoscrizione da parte dell'opponente fosse stata modellata recependo in chiave monolitica lo schema di categoria, in quanto concordato nell'interesse del sistema bancario, con esclusione di possibili differenti pattuizioni ad opera delle parti. In sostanza, quindi, la piena coincidenza della garanzia con il modello proposto dalla associazione di categoria degli istituti di credito, senza che fosse dato spazio ad alcuna forma di personalizzazione, neppure stilistica o lessicale, costituisce l'indizio più solido di una volontà del predisponente di uniformare la disciplina contrattuale delle fideiussioni omnibus nei termini più vantaggiosi per il sistema creditizio, escludendo qualsiasi differente disciplina sul mercato del credito, ossia proprio l'intento distorsivo della concorrenza che la Banca d'Italia ha riscontrato e sanzionato con riferimento alle tre clausole ritenute apportatrici di ingiustificati aprioristici vantaggi per le banche, a detrimento del regolare funzionamento del mercato». Pertanto, con tale decisione, il Tribunale di Milano ha ritenuto di «aderire all'orientamento che circoscrive la nullità alle sole clausole riconosciute come espressione dell'illecito accordo lesivo della concorrenza, senza che tale



vizio si estenda all'intera garanzia, non rispondendo tale contagio al principio di conservazione degli atti, nei limiti in cui gli stessi siano rispondenti alla lecita volontà delle parti. Nel caso di specie, infatti, non è contestato, né può essere posto in dubbio che le parti avessero intenzione di rafforzare il credito della banca attraverso la garanzia e che, quindi, questa sarebbe stata voluta e prestata anche in difetto delle clausole illecite, rispondendo comunque all'interesse negoziale di entrambi i contraenti. Se, quindi, va riconosciuta la nullità per le ragioni esposte della clausola di deroga al disposto di cui all'art. 1957 c.c., ne consegue che l'opponente (trattandosi, nel caso sottoposto alla cognizione del Tribunale di Milano, di opposizione a decreto ingiuntivo, ndr) può essere considerato rimasto obbligato in forza della fideiussione omnibus prestata a condizione che la banca creditrice abbia proposto le proprie istanze contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, successivamente cessando di avere efficacia detta garanzia» (così, da ultimo Trib. Milano, 23 gennaio 2020, n. 610; v. anche Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993; Trib. Roma, 3 maggio 2019, n. 9354; Trib. Mantova, 16 gennaio 2019, Corte App. Milano, 22 gennaio 2020, n. 192).

Sulla scorta delle superiori considerazioni, ritiene quindi il Collegio, con specifico riferimento al caso di specie, dove si assiste alla pedissequa trasposizione nel contratto 'a valle' delle clausole concordate nell'intesa 'a monte', ritenute illecite dalla normativa *antitrust*, di aderire all'orientamento già espresso da questo Tribunale con il provvedimento giurisdizionale sopra citato, con conseguente accertamento della nullità delle sole clausole oggetto dell'intesa anticoncorrenziale.

4.3. Ne consegue quindi il rigetto della domanda principale di parte attrice di nullità dell'intero rapporto fideiussorio.

5. Merita invece accoglimento la domanda subordinata di nullità parziale del contratto.

Peraltro, con specifico riguardo a tale domanda, l'attore ha circoscritto la propria pretesa alla sola pronuncia di nullità della clausola n. 6.

Tuttavia, sebbene il Collegio ritenga in via incidentale che anche le clausole nn. 2 e 8 siano affette da illiceità, come peraltro dalla stessa parte attrice ampiamente argomentato e contraddetto, la specifica limitazione della domanda di declaratoria di nullità alla sola clausola n. 6 comporta pronuncia di invalidità esclusivamente di tale specifica disposizione contrattuale. La perimetrazione della



declaratoria d'invalidità appare infatti rispettosa del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, consacrato nell'art. 112 c.p.c., come del resto ampiamente argomentato - proprio con specifico riferimento alle ipotesi di nullità negoziale - dalle sentenze 'gemelle' Cass. Civ., S.U., 12 dicembre 2014, nn. 26242 – 26243, alle quali questo Tribunale intende dare seguito.

6. Gli attori, infine, hanno spiegato domanda di risoluzione del contratto di fideiussione, condizionata all'accoglimento della domanda subordinata di declaratoria di nullità della clausola n. 6.

Essi affermano infatti che, una volta dichiarata l'invalidità della predetta clausola che sancisce «*[i] diritti derivanti alla banca dalla fidejussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fidejussore medesimi o qualunque altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c. che si intende derogato*», verrebbe meno la deroga all'art. 1957 c.c. e poiché la banca non avrebbe proposto le proprie istanze nel termine semestrale previsto dalla norma sopra citata, la fideiussione sarebbe risolta di diritto.

Tale domanda, tuttavia, non può essere accolta.

Ed invero, il termine previsto dall'art. 1957 c.c. costituisce ipotesi di decadenza e non già fattispecie risolutoria.

Peraltro la declaratoria di decadenza ha natura di accertamento, mentre la domanda di risoluzione ha natura costitutiva, sicché la riqualificazione della domanda risolutoria in domanda di accertamento dell'intervenuta decadenza, si risolverebbe in violazione dell'art. 112 c.p.c. per ultrapetizione, stante l'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la decadenza *ex art.* 2969 c.c. (e, con specifico riferimento all'art. 1957 c.c., si veda la risalente Cass. Civ., n. 1613/1963).

Ne consegue, quindi, il rigetto della domanda di risoluzione, fermo restando che i convenuti, qualora chiamati all'adempimento, potranno sollevare tutte le eccezioni che derivano dall'applicazione dell'art. 1957 c.c. e che conseguono alla declaratoria di nullità parziale della clausola n. 6 specificatamente invocata.

7. Le spese seguono la soccombenza e devono essere liquidate secondo i parametri medi (per cause di valore inferiore ad € 26.000,00, pari all'importo delle singole fideiussioni) per la fase di studio e



introduzione - con esclusione della fase di istruzione (stante l'immediata rimessione della causa in decisione) - e con riduzione del 30% per la fase conclusionale, in considerazione della natura contumaciale della controversia, con ridotto contraddittorio, e del mancato deposito della memoria di replica. I compensi, infine, devono essere maggiorati del 20%, stante la difesa da parte del patrocinatore di parte attrice di più parti congiuntamente.

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando:

1. in accoglimento della domanda subordinata proposta dagli attori
nei confronti della convenuta contumace
s.r.l., dichiara la nullità della clausola n. 6 apposta ai contratti di
fideiussione oggetto di causa.
2. rigetta le ulteriori domande avanzate dalle parti attrici;
3. condanna la convenuta contumace a rifondere agli attori le spese di lite, che si liquidano complessivamente in € 265,00 per esborsi ed € 3.298,80 per compensi, oltre 15% rimborso forfetario, 4% CPA e 22% IVA, se dovuta.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 13 febbraio 2020.

Il Presidente est.

Claudio Marangoni

