

**Civile Ord. Sez. 1 Num. 670 Anno 2024**

**Presidente: FERRO MASSIMO**

**Relatore: CROLLA COSMO**

**Data pubblicazione: 09/01/2024**

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

### **ORDINANZA**

sul ricorso nr 27932/2020 proposto da Banca di Ripatransone e del Fermano , elettivamente domiciliata in Roma viale delle Milizie nr 9 presso l'avv. Norberto Manenti, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Mignini, giusta procura in atti,

- ricorrente -

contro

Fallimento Solaria srl, domiciliato ex lege in Roma Piazza Cavour presso la Cancelleria della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dell'avv. Achille Buonfigli giusta procura in atti

Controricorrente

avverso il decreto del Tribunale di Ascoli Piceno nr. 8701/2020 depositato in data 1/10/2020;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 6/12/2023 dal cons. Cosmo Crolla.

#### RITENUTO IN FATTO

1 Il Tribunale di Ascoli Piceno, con decreto ex art. 99 l.fall. del 1/10/2020, ha rigettato l'opposizione proposta da Banca di Ripatransone e del Fermano avverso il decreto del G.D. di approvazione dello stato passivo del Fallimento Solaria srl che aveva **escluso il credito insinuato dalla Banca di € 709.591,92**, in chirografo, **relativo alla fideiussione rilasciata in data 21/3/2011** da Solaria srl a **garanzia di un'apertura di credito in conto corrente** del debitore principale Sito srl.

1.1 I giudici marchigiani hanno rilevato la **nullità della fideiussione**, costituente il fatto costitutivo del credito insinuato, in quanto **riproduceva le clausole 2, 6 e 8 dello schema A.B.I** che erano in contrasto con il divieto, di cui all'art. 2 della l. 287/90, di falsare ed alterare la concorrenza del libero mercato. In particolare, secondo i giudici circondariali, l'accertata illiceità delle clausole, lesive della normativa concorrenziale, inserite nei formulari e predisposte dall'Associazione di categoria, determinava **l'integrale nullità** del contratto a valle.

2 Banca di Ripatransone e del Fermano ha proposto ricorso per Cassazione affidato a tre motivi, illustrati con memoria; il Fallimento Solaria srl ha svolto difese mediante controricorso.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il primo motivo denuncia violazione o falsa applicazione della l. 287/1990, degli artt. 101 e seguenti TFUE e dell'art 1418 cc in relazione all'art 360 1° comma nr 3 cpc , per avere la Corte errato nel far discendere la nullità del contratto contenente clausole, riprodotte delle disposizioni 2, 6 e 8 dello schema A.B.I, lesive della normativa anticoncorrenziale in quanto **l'unico rimedio**

previsto dalla legge per tale violazione è il **risarcimento dei danni**; sostiene, inoltre, la banca che l'eventuale nullità colpisce solo le intese restrittive della concorrenza ma non si estende ai contratti a valle.

1.1. Il secondo motivo prospetta ancora violazione della l. 287/1990, degli artt. 101 e seguenti TFUE e dell'art 1418 cc, in relazione all'art. 360 1° comma nr 3 cpc; assume la ricorrente che, anche a voler ritenere che la violazione della normativa antitrust possa fondare una pronuncia di nullità del contratto a valle in aggiunta della tutela risarcitoria, si tratterebbe di una **nullità parziale ex art 1419 cc con conseguente conservazione del contratto.**

1.2 Il terzo motivo prospetta violazione e falsa applicazione dell'art. 2967 cc in relazione all'art 360 1° comma nr 3 cpc, per non aver rilevato che il Fallimento, nel sollevare l'eccezione di nullità della fideiussione, non avrebbe assolto all'onere probatorio consistente nel deposito in giudizio del parere della AGCM, da cui il provvedimento della Banca d'Italia deriva, né dello schema di fideiussione ABI 2003.

2 I **primi due motivi, da esaminarsi congiuntamente** stante la loro intima connessione, sono fondati.

2.1 Sulla questione sottoposta allo scrutinio di questo Collegio relativa alla tutela riconoscibile al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullità delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese a monte, per violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma, 2, sono intervenute le **Sezioni Unite con la sentenza nr 41994/2021**; è ivi stato affermato che la nullità dell'intesa a monte determina la "nullità derivata", ex art 1419 cc, 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.

La **nullità parziale** del contratto di fideiussione a valle che riproduca le previsioni dello schema A.B.I colpite a loro volta da invalidità, per violazione della normativa anticoncorrenziale e limitatamente alle clausole riproduttive di quelle previsioni, comporta la nullità dell'intero solo ove la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto "senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità", secondo quanto prevede - in piena conformità con le affermazioni della giurisprudenza europea, riferite alla normativa comunitaria - il diritto nazionale (art. 1419 cc, comma 1). E sempre che di tale essenzialità la parte interessata all'estensione della nullità fornisca adeguata dimostrazione. Ciò avviene solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità (Cass., 05/02/2016, n. 2314).

2.2 Ciò premesso, il Tribunale marchigiano, consapevole del dibattito giurisprudenziale in materia *"che ha visto la giurisprudenza fortemente divisa tra l'applicazione dell'art 1419 cc e la tesi, tranciante, della nullità dell'intero "* ha inteso aderire al secondo orientamento.

2.3 I Giudici circondariali giustificano tale convincimento sull'affermazione, che si traduce in una petizione di principio, che in un mercato concorrenziale non falsato dalle intese tutte le banche non avrebbero sottoscritto i contratti di fideiussione senza beneficiare delle clausole di reviviscenza o di sopravvivenza ex nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI e sull'apodittico assunto secondo il quale

la valutazione dell'essenzialità delle clausole sarebbe stata fatta a monte dalla stessa ABI che le aveva predisposte.

2.4 Si tratta di un giudizio formulato in modo astratto, senza tener conto di alcuno specifico e preciso elemento controfattuale idoneo a dimostrare che la banca non avrebbe stipulato la fideiussione con l'espunzione delle clausole vietate. Tanto più che, secondo le stesse Sezioni Unite, l'evenienza che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità in un caso come quello di specie è di ben difficile riscontro, quanto meno per il garante; ciò in quanto **la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo**, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione.

3 Resta assorbito il terzo motivo.

4 In accoglimento dei primi due motivi, il decreto del Tribunale va, quindi, cassato con rinvio della causa al Tribunale di Ascoli Piceno in diversa composizione affinché provveda anche alla regolamentazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

**accoglie il primo e il secondo motivo**, dichiara assorbito il terzo, cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto, e rinvia la causa al Tribunale di Ascoli Piceno, in diversa composizione, cui demanda la regolamentazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima