



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE di NAPOLI

Sezione specializzata in materia di imprese

Il Tribunale di Napoli, sezione specializzata in materia di imprese, nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Caterina di Martino Presidente Relatore

dott. Adriano Del Bene Giudice

dott. Francesca Reale Giudice

riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 26102/2020 R.G., pendente

TRA

██████████ (c.f.: ██████████), elettivamente domiciliato in Arma di Taggia (IM) alla via B.A. Nuvolone n.51 presso lo studio dell'Avv. Federico Comba (c.f.: CMBFRC83A051138U), dal quale è rappresentato e difeso

ATTORE

E

██████████ Spa (c.f.: ██████████) Gruppo ██████████ – p. IVA ██████████, in persona dell'Avv. ██████████, elettivamente domiciliata in Napoli alla ██████████ presso lo studio dell'Avv. ██████████ (c.f.: ██████████), che la rappresenta e difende

CONVENUTA

Conclusioni: per parte attrice: *Nel merito in via principale: accertare e dichiarare la nullità totale della fideiussione in esame per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera a) Legge n. 287/1990 (c.d. Legge Antitrust) e/o ai sensi dell'art. 1419 comma 1 c.c., con conseguente liberazione del signor ██████████ ██████████ dal vincolo fideiussorio e conseguente condanna della banca al risarcimento del danno subito e subendo dal signor ██████████ derivante da tale illegittima fideiussione, che si quantifica in Euro 5.100,00 o quella diversa maggiore o minore somma quantificata in corso di causa, anche in via equitativa. Nel merito in via subordinata: accertare e*



dichiarare la nullità parziale della fideiussione in esame, circoscritta alla clausola di reviviscenza della fideiussione (art. 2), alla clausola derogativa dell'art. 1957 c.c. (art. 6) ed alla clausola di sopravvivenza della fideiussione (art. 8), per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera a) Legge n. 287/1990 (c.d. Legge Antitrust) e/o ai sensi dell'art. 1419 comma 2 c.c. e/o ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del Consumo). In ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa da distrarsi in favore dell'antistatario avv. Federico Comba, difensore di parte attrice.

Per parte convenuta: *In via preliminare: - Accertare e dichiarare la carenza di legittimazione attiva dell'attore non rivestendo lo stesso la qualità di consumatore; In via principale: - Rigettare la domanda attrice, in quanto infondata sia in fatto che in diritto; In via graduata - Circoscrivere l'accertamento di nullità alle sole clausole indicate negli artt. 2, 6 e 8 delle garanzie. - Con vittoria di spese diritti ed onorari di causa.*

Motivi di fatto e di diritto

Con atto di citazione regolarmente notificato, il sig. [REDACTED] ha adito questo Tribunale, nella veste di garante, avendo rilasciato in data 08.03.2004 in favore della [REDACTED] a, fusa per incorporazione nell'odierna convenuta, fideiussione omnibus fino alla concorrenza dell'importo di € 375.000,00 nell'interesse di [REDACTED] nella qualità di titolare della impresa [REDACTED] di [REDACTED]

In punto di diritto, rilevava la riproduzione alle clausole n. 2, 6 e 8 della fideiussione prestata delle medesime previsioni contrattuali già previste, con identica numerazione, nello schema contrattuale di garanzia omnibus diffuso dall'ABI dal 2003 e sanzionato dalla Banca d'Italia con provvedimento n.55/2005, in quanto manifestazione a valle di intese interbancarie anticoncorrenziali intervenute a monte.

Deducendo la violazione dell'art. 2, co. 2, lett. a), L. 287/90, l'istante evidenziava in particolare, al fine di sostenere la domanda principale di nullità dell'intera fideiussione, che tale rimedio demolitorio sarebbe più idoneo ad eliminare gli effetti anticoncorrenziali propagatisi sul mercato ed insisteva affinché la nullità delle tre clausole (artt. 2, 6 e 8 schema ABI) dovesse estendersi all'intera fideiussione anche ai sensi dell'art. 1419 comma 1 c.c., indicando che, in termini probabilistici, la banca non avrebbe accettato la fideiussione priva delle clausole censurate, poiché la loro assenza avrebbe determinato la perdita del c.d. effetto solutorio definitivo ed il fideiussore, a sua volta, non avrebbe accettato di rilasciare la fideiussione priva delle tre clausole censurate atteso che, in un contesto di disapplicazione dell'intesa anticoncorrenziale e conseguente varietà di offerte, lo stesso avrebbe potuto reperire sul mercato un'opzione migliore.

Infine la declaratoria di nullità parziale delle sole clausole n. 2, 6 e 8, formulata in subordine, veniva richiesta da parte attrice per la già ritenuta violazione della normativa Antitrust e/o dell'art. 33 del D.Lgs. n. 206/2005 Ai fini dell'applicazione della tutela del Codice del Consumo, l'attore rilevava il carattere vessatorio delle clausole in questione e deduceva l'assenza di legami funzionali da sé rivestiti nell'organizzazione d'impresa del debitore principale, che sarebbero stati determinanti per l'esclusione della propria qualificabilità in termini di consumatore.

Costituitasi regolarmente in giudizio, la Banca [REDACTED] eccepiva in via preliminare il difetto di legittimazione attiva dell'attore, deducendo che i rimedi della normativa Antitrust , e la disciplina degli artt. 1469 ss c.c. sarebbero applicabili ai soli consumatori e che la parte attrice, viceversa, in quanto fideiussore di un'impresa subisse la vis attrattiva nella sfera giuridica del debitore principale e dovesse qualificarsi, quindi, come imprenditore.



Nel merito, rilevava che a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti ex art. 2 L. 287/1990 agli utenti finali sarebbe applicabile la sola tutela risarcitoria, con esclusione del rimedio reale sul contratto a valle, sia con riferimento alla nullità di tipo derivato, per assenza di collegamento negoziale con l'intesa "a monte", che ex art. 1418 c.c. , co.1, per violazione della norma imperativa coincidente con art. 2 della L. n.287 del 1990, poiché la proibizione della norma antimonopolistica non condannerebbe in maniera diretta anche il contenuto degli atti negoziali "a valle".

Ad ogni buon modo, eccepiva inoltre l'infondatezza della domanda attorea per carenza di prova della condotta lesiva della concorrenza assertivamente realizzata, ossia della lesione al bene giuridico tutelato dalla L. 287/90, nonché della corrispondenza tra la garanzia rilasciata ed i moduli dell'Abi già indagati.

Osservava inoltre che l'eventuale sanzione di nullità avrebbe potuto interessare le sole clausole 2, 6, e 8 che parte attrice riteneva anticoncorrenziali e giammai estendersi all'intero contratto poiché da non ritenersi essenziali ex art. 1419, co 1, c.c., in quanto la banca ed il garante avrebbero comunque stipulato la fideiussione anche in assenza delle previsioni predette.

Ed infine, insisteva per la sussumibilità del contratto impugnato nella categoria del contratto autonomo di garanzia, in particolare in ragione della presenza della clausola per la quale "*il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta*", con conseguente inapplicabilità della norma di cui all'art. 1957 c.c. ed esclusione della eventuale declaratoria di nullità delle clausole colpite dal provvedimento n. 55/2005. Sul punto precisava altresì che non vi era stata né scadenza né estinzione dei rapporti garantiti, con riferimento al contratto di c/c e a quello di mutuo con il debitore principale [REDACTED] per essere il primo ancora gestito su base attiva ed il secondo con durata di ammortamento già fissata al luglio 2027 e, di poi, prorogata a seguito delle richieste di sospensione della mutuataria. Rilevava, quindi, che non vi era decorso del termine dell'art. 1957 c.c.

Concessi i termini ex art. 183, co. 6, c.p.c. la causa veniva rinviata all'udienza di precisazione delle conclusioni e successivamente rimessa in decisione al Collegio con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c.

La domanda di nullità parziale è fondata e va pertanto accolta.

Va rigettata, in via preliminare, l'eccezione di parte convenuta sulla carenza di legittimazione attiva della parte istante. La ritenuta qualificazione dell'odierno attore quale imprenditore, per assorbimento nella qualità imprenditore del soggetto garantito, oltre ad essere basata su orientamenti giurisprudenziali ormai obsoleti (sul *revirement*, all'esito dell'ordinanza resa della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C-74/15, Cass. ord. n. 742/2020, Cass. ord. n. 866/2020,2020, Cass. sent. 10673/2020, tra le altre) non è comunque dirimente ai fini dell'esclusione delle presente controversia dall'ambito applicativo della legge cd. Antirust.

Invero, a fronte di una ritenuta anomalia nel funzionamento del mercato, la legittimazione ad agire in giudizio ai sensi della L. 287/1990 è stata ritenuta da sempre spettante *in primis* agli imprenditori e , di poi, anche ai consumatori e a qualsiasi operatore del mercato che possa vantare un interesse processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo, ovvero da chiunque sia inciso da illeciti anticoncorrenziali idonei a determinare, in virtù della creazione di intese illecite, la compromissione delle possibilità di una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza (Cass., SS. UU., 4 febbraio 2005, n. 2207).



Ciò chiarito e venendo al merito, parte istante ha chiesto in via principale dichiararsi la nullità della fideiussione impugnata e, per l'effetto, ha richiesto declaratoria della propria liberazione dal vincolo fideiussorio, nonché condanna al risarcimento dei danni subiti. Mentre in via subordinata ha richiesto la sola caducazione delle clausole n. 2,6 e 8 del contratto fideiussorio de qua.

In particolare, ha dedotto che nella fideiussione in esame vi sarebbe la riproduzione delle clausole c.d. di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia ai termini decadenziali di cui all'art. 1957, c.c. dello schema ABI - rinvenibili rispettivamente agli artt. 2, 6 e 8 della fideiussione acclusa agli atti – dichiarate in contrasto con la normativa antitrust dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005.

Orbene, va premesso che trattasi nella fattispecie in esame di un contratto di fideiussione. Contrariamente a quanto sostenuto dalla parte convenuta, deve rilevarsi *in primis* come risulti pacifico che non possa ritenersi sufficiente l'indicazione “*a semplice richiesta*” ai fini della qualificazione quale contratto autonomo di garanzia, potendo tale espressione riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito – ossia autonome – sia a garanzia, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita (Cass. 16825/2016).

Maggiori dubbi potrebbe generare, piuttosto, l'inserimento dell'espressione “*anche in caso di opposizione da parte del debitore*”, contenuta sempre alla clausola n.7 del contratto accluso agli atti, la quale condurrebbe, al pari delle similari clausole “senza eccezioni”, “ogni eccezione rimossa”, *sic et simpliciter* a inquadrare il negozio giuridico nella categoria del contratto autonomo di garanzia, se ritenuta attinente alle eccezioni relative al rapporto principale non proponibili dal garante e, dunque, incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione. Tuttavia, come rilevato dalla Corte di Cassazione, tale inquadramento non può essere automatico, rendendosi doveroso analizzare il contenuto complessivo della convenzione negoziale e, dunque, verificare se possa desumersi un'eventuale discrasia rispetto a tale qualificazione (Cass. 4717/2019).

Orbene, ritiene questo Collegio che la dicitura “*a prima richiesta, anche in caso di opposizione da parte del debitore*”, nel caso di cui ci si occupa, non risulti sufficiente ai fini di tale qualificazione, mancando un espresso riferimento alle eccezioni riferibili al rapporto principale non proponibili dal garante o alla preclusione circa la loro proponibilità quantomeno in un momento successivo al pagamento, né risulta possibile desumere tale diversa limitazione da altre parti del contratto.

Peraltro, deve evidenziarsi il *nomen juris* conferito al contratto in esame, quale “*fideiussione omnibus*”, il quale sebbene non sia preclusivo ad una diversa qualificazione giuridica, risulta, in tal caso, esplicativo della volontà delle parti e rilevante ai fini dell'inquadramento nella categoria delle fideiussioni omnibus, non rinvenendosi altri elementi dai quali sia possibile desumere una diversa qualificazione.

Ad ogni buon modo, ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia o di un contratto di fideiussione, riveste valenza prioritaria la configurazione della relazione tra l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia come strutturata dalle parti, tenendo conto della causa concreta del contratto (cfr. anche gli approdi sul punto della Cassazione, tra cui Cass. n.15108/2013). Deve osservarsi che nel contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale (cfr. Cass. 19693/2022), cui difatti risulta omogenea e del tutto sovrapponibile quella dovuta dal fideiussore e odierno attore, potendosi configurare quale “sostituti” del debitore principale.



Il contratto fideiussorio de qua è, in particolare, di tipo omnibus, ossia quella particolare garanzia personale di natura obbligatoria, in uso nei rapporti bancari che per effetto della c.d. clausola estensiva impone al fideiussore il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il debitore ha assunto entro un limite massimo determinato ai sensi dell'art. 1938, c.c.

Quanto rilevato è constatabile dalla stessa intestazione, nonché da tali indicazioni: “Con la presente vi comunico di costituirmi fideiussore [...] per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta Banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite al predetto nominativo o a chi gli fosse subentrato”. Ed ancora: “La fideiussione garantisce inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso codesta Banca in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate dallo stesso debitore a favore di codesta Banca nell'interesse di terzi, per le quali vi dichiaro/i amo sin d'ora di considerarmi/ci solidalmente obbligato/i nei confronti di codesta banca e ciò indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni stabilite dall'art. 1948, c.c.”.

Con il provvedimento n. 55/2005, invocato da parte attrice a fondamento della pretesa azionate, la Banca d'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 vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a)”.

Ed invero, nei giudizi promossi ex art. 33, co. 2, L. 287/1990 le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato costituiscono 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 (Cass. n. 3640/2009). Trattasi di una affermazione che trova piena corrispondenza nel principio secondo cui il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la concorrenza ha una elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori.

Per il caso di specie, tale efficacia probatoria è sufficientemente resa dal provvedimento di accertamento e sanzione n.55/2005 della Banca d'Italia, accluso in uno all'atto introduttivo da parte attrice, che richiama nel contenuto il parere dell' AGCM cui ha aderito e che solo in comparsa conclusionale parte convenuta ha dedotto non essere stato depositato.

In tale contesto, il Giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzare il contenuto complessivo del provvedimento dell'AG, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva (Cass. 13846/2019).

Orbene, nel caso di specie, si rinviene la corrispondenza tra le clausole dello schema ABI 2003 censurate dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005 e quelle introdotte agli artt. 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione in esame

Pertanto, ritiene questo Collegio che avendo l'attore allegato il contratto di fideiussione ed essendosi avvalso della prova privilegiata costituita dalla decisione della Banca d'Italia, parimenti allegata agli atti, possa ritenersi soddisfatto l'onere probatorio su di sé incombente, dovendosi qualificare l'azione proposta di tipo follow-on, in virtù dell'anno di sottoscrizione della fideiussione in oggetto (2004), compreso nell'arco temporale indagato dall'Autorità Garante (2002-2005).



Pertanto, risulta fondata la domanda di nullità parziale, ossia limitata alle clausole n. 2, 6 e 8 della fideiussione in esame.

A differenza di quanto ritenuto dalla parte convenuta, va rilevato come tra l'intesa "a monte" e la fideiussione bancaria "a valle" si configuri un collegamento "funzionale", alla cui stregua la stipula di tali atti possa essere individuata come un'operazione unitaria tesa alla violazione della normativa antitrust nazionale ed europea.

In altre parole, siffatte clausole conseguono il risultato di trasporre nel contratto "a valle" l'identico contenuto dell'intesa a monte, la cui invalidità è espressamente sancita da una norma imperativa (art. 2, l. 2878/1990). Sicché sarebbe contrario alla lettera della legge considerare nulle le intese, ma non i contratti che su tali intese direttamente si innestano.

La Suprema Corte di legittimità (Sent. 41994/2021) ha infatti affermato l'estensione della nullità dell'intesa restrittiva, di regola limitata alle sole clausole anticoncorrenziali, facendo leva sul carattere speciale ed ulteriore di tale figura rispetto alle nullità di matrice strettamente civilistica e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento, in quanto posta a presidio di un interesse pubblico costituito dall'ordine pubblico economico, idonea a colpire anche atti avvinti da un "nesso funzionale", non tutti riconducibili alle tradizionali fattispecie di natura contrattuale.

Ciò premesso, la regola interpretativa derivante dalla pronuncia nomofilattica delle Sezioni Unite Cassazione n. 41994 del 31 dicembre del 2021 è che: *"I contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della L. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2 comma 3 della legge succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti."*

Quanto all'estensione della nullità accertata all'intero contratto, quale domanda proposta in via principale, è necessario allora riferirsi alla normativa che dispone la nullità 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.

In merito, parte istante, pure avendo adempiuto all'*onus probandi* dell'illecito anticoncorrenziale, ha genericamente dedotto - a sostegno della domanda principale - che senza le clausole contestate le parti non avrebbero concluso il contratto, poiché per la Banca la loro assenza avrebbe determinato la perdita del c.d. effetto solutorio definitivo ed il fideiussore, in presenza di alternativa di mercato, avrebbe potuto valutare la prestazione di una diversa garanzia.

Orbene, non si ritiene meritevole di accoglimento quanto dedotto, mancando agli atti del giudizio una prova idonea a dimostrare tale assunto e, precisamente, che l'istituto bancario non avrebbe sottoscritto tale contratto né che non possa avere un interesse, seppur in forma ridotta, al mantenimento della garanzia. Peraltro, proprio in virtù dell'espunzione delle clausole illecite, il fideiussore può considerare caducate le condizioni per lui sfavorevoli e, dunque, non può desumersi che non avrebbe concluso il contratto senza tale parte.

Al rigetto della domanda di nullità totale, segue anche il rigetto della richiesta declaratoria di liberazione di parte attrice dal vincolo fideiussorio nonché della domanda risarcitoria, richieste in effetto dell'accoglimento della sola domanda principale.



Con riferimento alla richiesta di risarcimento dei danni, giova comunque precisare che il vincolo costituito dalla decisione del Garante previsto dall'art. 7, D.lgs. 3/2017 – a mente del quale "ai fini dell'azione di risarcimento dei danni si ritiene definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatato da un decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato" - non si estende né alla prova dell'esistenza del nesso di causalità né alla prova del danno, che resta rimessa all'onere probatorio di parte istante.

Tale *onus probandi* risulta inadempito nel caso di specie, nel quale l'attore si è limitato all'affermazione del tutto apodittica di un danno subito, dipendente *sic et simpliciter* dal carattere illegittimo della fideiussione prestata, priva di specificazione del pregiudizio concretato. Né potrebbe applicarsi il criterio di determinazione equitativo di cui all'art. 1226 c.c., richiesto da parte attrice in subordine alla quantificazione operata di € 5.100,00, che presuppone l'impossibilità oggettiva ed assoluta di prova del danno nel suo preciso ammontare.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, Sezione specializzata in materia d'impresa, definitivamente pronunciando nella causa tra le parti in epigrafe, disattesa ogni altra istanza, difesa o eccezione così provvede:

- accoglie la domanda e per l'effetto dichiara la nullità delle clausole contenute negli artt. 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione omnibus sottoscritto da [REDACTED] in data 08.03.2004;
- rigetta la altre domande formulate;
- condanna la convenuta Banca [REDACTED] al pagamento delle spese processuali nei confronti dell'attore, che liquida in euro 7300,00 per compensi, oltre rimborso spese generali al 15%, iva e cpa come per legge, da distrarsi in favore dell'avv. Federico Comba, dichiaratosi antistatario.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 29.6.2023

Il Presidente rel. ed est.

Dott.ssa Caterina di Martino

