

Per parte opponente: *“Si chiede che il Tribunale adito, sospeso il processo ed emesso ogni provvedimento inerente opportuno e consequenziale, voglia sollevare la suesposta questione di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 70, 76, 77, 2, 3, 24, 41, 47, 102, 111 e 117 della Costituzione, da parte:*

- del citato comma 2, dell'art. 120, del D. Lgs. 1.9.1993, n. 385 – in Suppl. ordinario n. 92 alla Gazz. Uff., 30.9.93, n. 230, (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) – come modificato dall'art. 25, comma 2, del decreto legislativo 4.8.1999, n. 342, che recita: «Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori»; .

- e del citato art. 2, della Deliberazione del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) 9.02.2000, in Gazz. Uff., 22 febbraio, n. 43, titolato: «Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria (art. 120, comma 2, del testo unico bancario, come modificato dall'art. 25 del decreto legislativo n. 342/1999)» che statuisce:

«Conto corrente.

1. Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità.

2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori.

3. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto corrente può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica»; e rinviare la questione alla Corte Costituzionale, con emissione di ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi dell'istanza con cui è stata sollevata la questione, disponga l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale ordinando che, a cura della Cancelleria, l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata, quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattito, alle parti in causa ed al Pubblico Ministero nonché al Presidente del Consiglio dei ministri con comunicazione dell'ordinanza anche ai Presidenti delle due Camere del Parlamento e con l'emissione di ogni ulteriore provvedimento opportuno e consequenziale;

- alla luce ed in conformità all'emananda pronuncia da parte della Corte Costituzionale sulle specifiche e suindicate questioni di legittimità costituzionale, ovvero in caso di mancata



trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, Voglia comunque, l'Ill.mo Tribunale adito per i motivi suesposti e contrariis rejectis:

IN VIA PRELIMINARE:

-accertare e dichiarare il difetto di legittimazione attiva di controparte, ovvero la nullità del decreto ingiuntivo emesso in assenza di idoneo documento ex art. 50 Dlgs 385/1993, e, per l'effetto, revocare il suindicato Decreto Ingiuntivo opposto e comunque dichiararsi non dovuta la somma ingiunta;

NEL MERITO:

viste le eccezioni eccepite sulla nullità ed inefficacia delle fideiussioni omnibus ex art.1938 c.c., sulla nullità ed inefficacia delle fideiussioni disconosciute, ovvero sulla invalidità delle fideiussioni ex art. 1939 c.c., dichiarare che le predette fideiussioni di cui è causa sono nulle ed inefficaci ovvero invalide e, per l'effetto, revocare il suindicato Decreto Ingiuntivo opposto e comunque dichiararsi non dovuta la somma ingiunta;

in subordine, accertare e dichiarare la nullità e/o inefficacia e/o invalidità e/o inesistenza delle clausole dei contratti di conto corrente di cui è causa riguardanti:

la determinazione e variazione del tasso di interesse passivo, la determinazione ed applicazione del c.d anatocismo a detti interessi passivi, la determinazione ed applicazione delle commissioni massimo scoperto e relativi interessi anche capitalizzati trimestralmente e spese; e conseguentemente accertare e dichiarare, vista anche l'espletata CTU contabile, l'esatto ammontare del saldi dei conti correnti per cui vi è causa espungendo dal conteggio gli interessi ultralegali passivi e la loro capitalizzazione, la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, le commissioni di massimo scoperto e relativi interessi e loro capitalizzazione trimestrale, le spese e, conseguentemente, revocare il suindicato Decreto Ingiuntivo opposto e, comunque, dichiararsi non dovuta la somma ingiunta.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari, oltre I.V.A. e C.P.A. e rimb. forf. In favore del sottoscritto procuratore antistatario”.

Per la parte intervenuta: “La ██████████ S.p.A., come in epigrafe rappresentata e difesa, precisa le conclusioni riportandosi ai propri scritti difensivi”.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Il decreto ingiuntivo opposto, recante ingiunzione al pagamento di complessivi euro 468.946,75, ha per oggetto il saldo dei quattro rapporti di conto corrente ed in particolare il contratto di c/c n. n. ██████████ divenuto poi n. ██████████ acceso il ██████████ con la Cassa di ██████████, il contratto di conto corrente n. ██████████ (già n. ██████████) acceso in data



20/1/94 con la Banca [REDACTED], i contratti di conto corrente [REDACTED] e n. [REDACTED] entrambi accessi in data 20/4/2004 con [REDACTED] Banca [REDACTED], intestati alla società [REDACTED], che aveva pure ottenuto delle aperture di credito da utilizzare sui suddetti contratti di conto corrente. Con atti del 06.09.1991 [REDACTED] e [REDACTED] si costituivano fideiussori fino alla concorrenza di € 611.000,00. Colti dall'ingiunzione hanno proposto, altresì, opposizione i garanti istando per la revoca e/o l'annullamento del decreto opposto sulla base delle seguenti questioni che saranno analiticamente trattate. Il giudice non ha concesso la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e assegnati i termini ex art.183 comma 6 c.p.c. ha disposto la consulenza tecnica d'ufficio. Quindi la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni e dopo vari differimenti dovuti a plurime ragioni è stata trattenuta in decisione con assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. che sono stati utilizzati soltanto da parte opponente.

Legittimazione attiva [REDACTED].

Parte opponente ha innanzitutto contestato la legittimazione di parte ricorrente/opposta rispetto a rapporti bancari sorti con istituti di credito diversi da quest'ultima. Parte opposta ha in verità rilevato come già nel ricorso per decreto ingiuntivo fossero stati analiticamente descritti tutti i passaggi societari che da Cassa di [REDACTED] [REDACTED], Banca di [REDACTED] e [REDACTED] Banca di [REDACTED] avevano condotto alla ricorrente [REDACTED] Spa presente in giudizio per mezzo della procuratrice speciale [REDACTED] Bank S.p.a. e nell'atto di opposizione ha riepilogato i suddetti passaggi facendo riferimento agli atti pubblici redatti da notaio e debitamente registrati di conferimento in azienda, fusione per incorporazione, modifiche di denominazione etc.. Consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 17470/13) ha affermato la possibilità del successore nel diritto controverso di azionare il titolo del dante causa postula la prova del titolo che gli consenta di sostituire quest'ultimo; a tal fine è sufficiente la specifica indicazione del titolo nell'intestazione dell'atto processuale afferente, laddove il titolo sia di natura pubblica e di contenuto quindi accertabile, ma alla sola condizione che esso titolo sia rimasto incontestato o non idoneamente contestato (v. anche Cass. n. 9250-17). Ritiene, pertanto, il giudicante che lo specifico riferimento operato da [REDACTED] agli atti notarili mediante i quali i passaggi societari si sono determinati sia sufficiente a fondare la legittimazione attiva del successore atteso che, stante la natura pubblica di tali atti, acquisibili senza difficoltà da chicchessia, sarebbe stato agevole per controparte, per sostenere la mancanza di titolarità in capo [REDACTED], effettuare una contestazione in maniera specifica, piuttosto che invocare l'obbligo di [REDACTED] depositare i relativi documenti.

Difetto di prova del credito. Parte opponente deduce l'insufficienza ai fini della prova del credito dell'estratto conto ex art. 50 D. L.vo 385/93 allegato al ricorso monitorio. L'estratto conto certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca, di cui all'art. 50 T. U.



na efficacia probatoria nell'ambito del procedimento monitorio, mentre nel successivo procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo può assumere rilevanza esclusivamente, salvo il caso di non contestazione, come elemento indiziario (Sez. 3, *Sentenza n. 9695 del 03/05/2011*, Sez. 1, *Sentenza n. 6705 del 19/03/2009*), la cui portata è liberamente apprezzata dal giudice nel contesto di altri elementi significativi. Come è noto, comunque, il giudizio di opposizione ha per oggetto non il riesame delle condizioni per l'emissione del decreto ingiuntivo ma l'accertamento del diritto sostanziale sottostante al ricorso monitorio, sulla base delle prove acquisite nella fase a cognizione piena. Nel caso in esame, la banca opposta ha prodotto copia di tre contratti di conto corrente su quattro, con riguardo ad uno dei contratti sono, infatti, presenti unicamente le condizioni sottoscritte. Quanto agli estratti conto, gli stessi sono stati depositati in maniera quasi completa, poiché nel corso della consulenza tecnica d'ufficio si è appurato che soltanto per alcuni dei rapporti controversi la documentazione era completa sin dall'inizio. Tenendo ferma la circostanza che gli estratti conto fanno prova anche nei confronti dei fideiussori (Sez. 1, *Sentenza n. 13889 del 09/06/2010*), deve affermarsi, in conseguenza di quanto sopra esposto, che sulla banca grava l'onere di produrre nella fase di opposizione gli estratti conto relativi all'intera durata del rapporto (Sez. 1, *Sentenza n. 21466 del 19/09/2013*, Sez. 1, *Sentenza n. 12233 del 20/08/2003*). Poiché nel caso in esame parte opposta non ha prodotto gli estratti conto relativi all'intera durata di tutti i rapporti dedotti in giudizio ed ha quantificato il saldo del rapporto unilateralmente sulla base dei saldaconti ex art. 50 T.U. versati in atti, si deve ritenere, in tale quadro, che con riguardo ai rapporti per i quali l'importo indicato nel saldaconto sia rimasto sfornito di prova il credito vantato dalla banca con possa essere riconosciuto per il suo intero ammontare. In particolare, per due dei quattro rapporti di conto corrente intercorsi tra la Società e la Banca (c/c n. ████████ e c/c n. ████████) non sono presenti gli estratti conto e pertanto il ctu non ha potuto effettuare alcun tipo di conteggio volto alla rideterminazione del saldo.

Per ciò solo il decreto ingiuntivo va revocato e la parte opponente può essere condannata soltanto al pagamento delle somme per le quali sia stata raggiunta nel corso del giudizio la piena prova del credito e che risultino effettivamente dovute.

Illegittima applicazione di interessi anatocistici. I contratti esaminati, stipulati anteriormente all'entrata a regime della nuova disciplina dell'anatocismo bancario (decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 342, recante disposizioni integrative e correttive del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), espressamente prevede nelle condizioni generali che i rapporti di dare e di avere debbano essere chiusi con diversa periodicità trimestrale per gli interessi passivi, annuale per i creditori, che gli stessi siano produttivi di interessi, attivi o passivi da ciascuna rispettiva chiusura trimestrale. La disciplina negoziale che ne risulta non è quindi



rispettosa del principio della pari periodicità di cui agli artt. 120 T.U e 2 della delibera CICR intervenuti a modificare il precedente impianto, censurato più volte in sede costituzionale e di legittimità. Per tali motivi, il consulente tecnico ha provveduto ad eliminare totalmente la capitalizzazione degli interessi, sia ante che post delibera del C.I.C.R. 09/02/00, stante l'assenza di documenti, successivi alla data della delibera, che attestino espressi accordi sottoscritti tra le parti in relazione alla previsione di una capitalizzazione paritaria tra interessi attivi ed interessi passivi. Non venendo in rilievo nel presente giudizio l'applicazione della normativa (successiva) per cui parte opponente richiede la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, ritiene il giudicante di non dover procedere a sollevare l'eccezione della rilevata illegittimità costituzionale.

Illegittima applicazione della commissione di massimo scoperto. Parte opponente contesta gli addebiti relativi a tale voce deducendo che non sia stata pattuita o che comunque essa, risolvendosi in un costo aggiuntivo legato all'erogazione del credito sia priva di causa e che la relativa clausola negoziale sia affetta da nullità. La commissione di massimo scoperto ha la funzione di remunerare la banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista, distinta, per natura e modalità di computo (la cms è indipendente dall'estensione nel tempo dell'utilizzo), dagli interessi passivi, cui, tuttavia, si aggiunge, con capitalizzazione trimestrale. Le cms pattuite, come quella in esame, ante legge 2/2009, si ritengono valide se rispondenti ai criteri di determinatezza e risultino applicate sull'utilizzato e non sull'accordato. Nel caso in esame, la clausola non è contrattualmente prevista nella misura percentuale e non è neppure previsto il criterio di calcolo convenuto, come rilevato dal ctu, sicché va condivisa la consulenza tecnica nella parte in cui ha espunto le poste addebitate in virtù della cms dovendosi pronunciare pertanto la nullità della relativa clausola.

Applicazione di interessi superiori al tasso soglia ex L. 108/06. La contestazione è formulata in modo del tutto generico, senza specifico riferimento ai tassi di interesse concordati per iscritto né agli oneri effettivamente applicati in correlazione all'erogazione del credito.

Illegittima applicazione di interessi superiori al tasso legale.

Per affrontare detta doglianza è bene premettere che in data 6.09.1991 la Società ha stipulato, con la allora Cassa di ██████████ ██████████ il contratto di c/c n. n. ██████████ divenuto poi n. ██████████. Nel documento in esame la Banca ha evidenziato e quantificato specificatamente il tasso creditore e quello debitore:

quale tasso creditore indica il 2% salvo successive variazioni come da avvisi esposti al pubblico;

quale tasso debitore indica il 20,75% salvo le successive variazioni come previsto dall'art 7 delle "Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi". I predetti tassi



iniziali sono stati approvati con apposizione della firma del legale rappresentante della ██████████ ██████████ S.r.l.. Il contratto prodotto in atti ha determinato, quindi, direttamente i tassi di interesse applicabili, prevedendo peraltro la facoltà dell'istituto di credito di mutare le condizioni economiche mediante comunicazione scritta al correntista, cosa puntualmente verificatasi mediante quanto indicato nel contesto delle comunicazioni periodiche alla clientela. Similmente deve dirsi riguardo alle censure sollevate con riferimento all'invalidità di un presunto rinvio agli interessi usualmente applicati sulla piazza per questo particolare contratto che appaiono inconferenti.

Allo stesso modo inconferenti risultano le doglianze espresse in merito alla continuità dei rapporti. Dall'esame dei documenti nel fascicolo è emerso che vi è stata continuità, sia in termini di saldi che temporale, tra gli estratti conto relativi a questa posizione. Iniziano con l'indicazione del numero di rapporto ██████████ coincidente con quello stampato sul contratto continuano poi con l'indicazione del numero ██████████.

Infatti, i saldi del passaggio da un conto all'altro coincidono: Saldo finale del conto n. ██████████ al 30/09/2008 € 64.588,15. Saldo iniziale del conto n. ██████████ al 30/09/2008 €. 64.588,15.

Del tutto generica, poi, è la contestazione relativa all'illegittimità delle successive variazioni del tasso di interesse, la quale non fa alcun riferimento né alla clausola che espressamente prevede il *ius variandi* né alla disciplina normativa applicabile *ratione temporis*. Stante la assoluta genericità della contestazione è solo il caso di ricordare che il *ius variandi* è stato disciplinato prima dall'art. 4 comma 2 L. 17 febbraio 1992, n. 154 (disposizione dotata di ultrattività ex art. 161 comma 2 T.U.), e poi dall'art. 118 T.U. più volte modificato, dal D.L 4 luglio 2006, n. 223 convertito con modificazioni dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, dalla L. 24 dicembre 2007, n. 244, dal D. L.vo 13 agosto 2010, n. 141, dal D. L.vo 14 dicembre 2010, n. 218, dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106.

Pertanto, verificata la determinazione iniziale delle condizioni e delle successive modificazioni, su questo rapporto bancario, nelle elaborazioni effettuate, il CTU non ha operato la sostituzione degli interessi convenzionali quelli legali e/o quelli determinati ex art.117 TUB., mentre è stata invece scorporata la cms in quanto mai pattuita.

In data 20.01.1994, la Società ha poi stipulato con l'allora Banca di ██████████ il contratto di c/c n. ██████████ poi ██████████. Nel contratto in esame, a differenza di quello precedente, la Banca non ha quantificato specificatamente il tasso creditore ma ha rimandato alla convenzione Assolazio 589, non prodotta da ██████████ anche con riguardo all'eventuale mandato che la società avrebbe conferito all'associazione, e nulla ha indicato circa il tasso debitore come pure per la cms. Anche questo contratto, come il precedente, è regolato dall'articolo 7 delle norme bancarie comuni sicché riporta la regolamentazione degli interessi con distinte periodicità. Il contratto è stato regolarmente



sottoscritto dal legale rappresentante. Dall'esame della documentazione in atti il consulente ha potuto ricollegare il contratto sottoscritto agli estratti di conto corrente presenti nel fascicolo facendo riferimento alla natura del rapporto regolato (anticipo fatture) e non per il numero di conto. Non sono presenti gli estratti di conto corrente contraddistinti dal n. ██████, numero del rapporto indicato sul contratto sottoscritto, ma solo quelli contraddistinti dai numeri di c/c ██████ e ██████ che coprono il periodo dal 25 novembre 1999 alla data di chiusura del conto, 15 agosto 2011. In assenza di espressa pattuizione in materia di interessi, di cms e in presenza di una clausola di capitalizzazione degli interessi con diversa periodicità il consulente tecnico ha proceduto ad una rielaborazione dell'estratto conto attraverso lo scorporo della cms; l'annullamento della capitalizzazione e l'inserimento negli addebiti degli interessi del conto anticipo fatture calcolati al tasso legale. La sostituzione degli interessi convenzionali con quelli legali ha avuto però influenza solo sul conto ordinario dove gli stessi vengono girocontati trimestralmente. All'esito di questa operazione il risultato è stata la considerevole diminuzione del saldo debitorio della Società nei confronti della Banca. Si è passati cioè da un saldo a debito della ██████ al 15 agosto 2011 pari a € 116.454,30 ad un saldo a credito di € 29.590,77 alla stessa data.

L'operazione di sterilizzazione del conto anticipi mediante giroconto di tutti gli accessori sul conto corrente ordinario ha comportato che il saldo debitore ottenuto, togliendo la cms e sostituendo ai tassi convenzionali quelli legali, non ha portato significative modifiche al saldo debitorio, proprio per effetto della girocontazione.

Il saldo a debito della ██████ S.r.l., individuato nell'elaborato peritale in € 141.795,78 è infatti quasi analogo a quello riportato sull'estratto conto bancario al 15 agosto 2011 e pari a € 142.950,89.

La somma che parte opponente sarà tenuta a corrispondere sarà data pertanto dalla differenza fra i saldi, uno positivo, l'altro negativo, dei due conti.

Nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust.

Relativamente all'eccezione di nullità delle fideiussioni per violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990 in materia di antitrust, sollevata soltanto in comparsa conclusionale, si rileva quanto segue.

La questione in oggetto trae origine dal provvedimento n. 55 del 2/5/2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi degli artt. 14 e 20 della legge n. 287/1990, vigenti fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la legge n. 262/2005, a far tempo dal 12/1/2006, avente ad oggetto il denunciato contrasto tra lo schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI e l'art. 2 della legge n. 287/1990 ("Legge Antitrust"), in virtù della quale "1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra



imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari; 2. Sono vietate 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, (...); 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.”

A fronte dell'esame dello schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI, la Banca d'Italia invitava quest'ultima a modificare il contenuto dello schema in quanto contrastante con la normativa sulla concorrenza, pertanto l'ABI emendava lo schema e provvedeva ad una nuova comunicazione all'Autorità di vigilanza, cui seguiva l'apertura - da parte della Banca d'Italia nella sua veste di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi - dell'istruttoria, ai sensi degli articoli 2 e 14 della Legge Antitrust e l'istruttoria si protraeva per ulteriori due anni, avendo la Banca d'Italia incentrato la sua analisi sulle clausole che avrebbero potuto avere effetti anticoncorrenziali in seguito a un'eventuale adozione generalizzata da parte delle banche, in mancanza di un equilibrato temperamento degli interessi delle parti e precisamente sulle previsioni che ponevano in capo al fideiussore obblighi non previsti dalla disciplina codicistica della fideiussione, stante la loro potenziale diffusione.

All'esito del procedimento, la Banca d'Italia ha pronunciato il contrasto con l'articolo 2, comma II, lettera a) degli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI. In particolare, l'art. 2 prevedeva la cosiddetta “clausola di reviviscenza” e imponeva al fideiussore di “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'articolo 6 disponeva 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 cod. civ., che si intende derogato” e l'articolo 8 prevedeva che “qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate”.

L'Autorità di vigilanza muove dal presupposto che la standardizzazione contrattuale frutto di un'attività associativa non è di per sé lesiva della concorrenza, ben potendo incentivare la stessa, pertanto al fine di determinare quando tale standardizzazione si ponga in contrasto con le regole della concorrenza evidenzia alcune tipologie di schemi, precisamente “gli schemi contrattuali atti a: - fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi



delle parti contraenti; - precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull'insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto.

Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza”. L'Autorità di Vigilanza precisa quindi come lo schema predisposto dall'ABI potesse essere idoneo a determinare una situazione di standardizzazione - come ritenuto poi ad esito dell'istruttoria - visto e considerato che già all'epoca dell'istruttoria i testi di fideiussione omnibus in uso nella prassi bancaria disciplinano in modo sostanzialmente uniforme le clausole oggetto dell'istruttoria differenziandosi, tuttalpiù, rispetto allo schema predisposto dall'ABI per un aggravamento della posizione contrattuale del garante.

La Banca d'Italia conclude nel senso che le intese vietate sono quelle che “abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e che la standardizzazione contrattuale è anticoncorrenziale nel caso in cui gli schemi contrattuali prevedano clausole, incidenti su aspetti importanti del negozio, che impediscano “un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti”. Tale elemento è considerato discriminante nella valutazione condotta dalla Banca d'Italia, secondo cui la clausola di pagamento “a prima richiesta” di cui all'articolo 7 dello schema del contratto di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI prevede un onere in capo al fideiussore da ritenersi “non ingiustificato”, stante la sua finalità di garantire l'accesso al credito con attenuazione del rischio di credito ai sensi dell'Accordo Basilea; al contrario, la Banca d'Italia afferma che non vi sono collegamenti funzionali con gli articoli 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale atti a contemperare gli interessi, avendo quindi gli stessi il solo scopo 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”.

Il provvedimento dell'Autorità di vigilanza pertanto dispone che i predetti articoli 2, 6 e 8 contenuti nello schema predisposto dall'ABI 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”.

Tanto premesso, conformemente all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, la legge “antitrust” del 10/10/1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di



fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 cod. civ., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello (cfr. Cass. civ. sez. un. n. 2207 del 04/02/2005).

Il Supremo Collegio ha precisato che l'art. 2 della legge n. 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 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 (cfr. Cass. civ. n. 827 del 1999).

Pertanto, qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge antitrust.

Ciò posto, parte della giurisprudenza di merito si è espressa in senso contrario alla nullità derivata del contratto di fideiussione omnibus stipulato tra la banca e il garante per effetto del citato



provvedimento della Banca d'Italia (cfr. Trib. Milano n. 7796/2016), mentre l'indirizzo contrario è a sua volta diviso tra l'orientamento che ritiene la nullità derivata delle singole clausole che ripropongono il contenuto di quelle dello schema contrattuale predisposto dall'ABI oggetto di censura da parte dell'Autorità di vigilanza (cfr. Trib. Venezia, n. 1447 del 6/6/2016) e l'ipotesi ermeneutica, in realtà minoritaria, che considera nullo l'intero contratto.

Rileva, inoltre, la più recente giurisprudenza che il carattere uniforme dell'applicazione della clausola contestata è certamente elemento costitutivo della pretesa attorea, essendo la sua necessità pacificamente prevista nel provvedimento della Banca d'Italia su cui l'attore fonda, in buona sostanza, la sua pretesa. In quanto elemento costitutivo del diritto vantato, dunque, esso doveva essere provato dall'attore, secondo la regola generale di cui all'art. 2967 c.c..

Né può utilmente invocarsi la giurisprudenza della Suprema Corte, giustificata anche con il criterio della vicinanza della prova, in materia di presunzione del danno per il consumatore a seguito dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale in sede amministrativa (cfr., ad es., Cass. 11904/2014, 7039/2012). Nel caso che ci occupa, infatti, va accertata la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale avuto riguardo alla presenza di un suo elemento essenziale (il carattere uniforme di cui si è detto), che il provvedimento della Banca d'Italia non ha accertato, ma ha indicato in termini soltanto ipotetici (cfr. Cass. civ. n. 30818 del 28/11/2018).

Lo scrutinio sulla conformità della garanzia prestata allo schema predisposto dall'ABI necessita della prova dell'esistenza di un illecito anticoncorrenziale, che lo schema contrattuale cui è acceduto il garante corrisponda a quello derivante dal predetto illecito e che la libertà di scelta del fideiussore sia stata effettivamente lesa.

Non vale in contrario richiamare il recente arresto della Suprema Corte, secondo cui, in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall'art. 19, comma 11, della l. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano in esso pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, 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, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario (cfr. Cass. civ. n. 13846 del 22/05/2019).



Invero, premesso che le intese vietate e quindi nulle sono quelle che "abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e che la standardizzazione contrattuale è anticoncorrenziale nel caso in cui gli schemi contrattuali prevedano clausole, incidenti su aspetti importanti del negozio, che impediscano un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti", si rileva che, anche allorquando lo schema contrattuale della singola fideiussione sottoposta all'attenzione del giudice appaia specularmente rispetto a quello stigmatizzato dalla Banca d'Italia, ciò non esclude che vi fossero nello stesso periodo banche che offrivano delle condizioni fideiussorie più favorevoli e migliori di quelle materialmente sottoscritte dal garante, né che il garante non sia stato comunque coartato da tali disposizioni, poiché, esemplificativamente, la fideiussione era stata indicata dalla banca come condizione necessaria per l'apertura del credito o per l'erogazione del finanziamento.

E', infatti, necessario, per affermare la nullità della fideiussione omnibus, accertare il nesso di dipendenza tra quest'ultima e lo schema predisposto dall'ABI e sottoposto al vaglio della Banca d'Italia in funzione di autorità garante per l'accertamento delle violazioni della legge antitrust nel settore creditizio ovvero un collegamento negoziale, di cui nella fattispecie non vi è prova (cfr. Trib. Napoli n. 2338 dell'1/3/2018).

Ad abundantiam, l'eventuale nullità delle clausole contrattuali recettive di un accordo anticoncorrenziale non avrebbe l'effetto di travolgere l'intero contratto, venendo in rilievo l'art. 1419 c.c., secondo cui la nullità di singole clausole contrattuali determina la nullità dell'intero contratto nel solo caso in cui i contraenti non l'avrebbero stipulato in loro assenza, circostanza, nella fattispecie, non addotta dalla banca e che non risulta verosimile con riferimento al fideiussore, posto che le clausole ritenute invalide dalla Banca d'Italia sono sfavorevoli al fideiussore (cfr. Trib. Roma n. 17243/2019).

Giova a tale riguardo richiamare un recente arresto della Suprema Corte, che, nel ribadire il principio di diritto secondo cui «Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti» (Cass. civ. n. 9384 del 11/06/2003; Cass. civ. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. civ. n. 13486 del 20/06/2011), ha rilevato che dal principio di diritto espresso dal Supremo Collegio, secondo cui «In tema di accertamento del danno da condotte anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990, spetta il risarcimento per tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla



regolazione di quel mercato» (Cass. civ. n. 29810 del 12/12/2017) non si può presumere la qualificazione tout court delle "Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione" quali intese illecite, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative, né la nullità in toto del contratto di fideiussione di cui si discute.

La Suprema Corte ha ritenuto, inoltre, che, 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 (fol. 3 della sent. imp.), 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 e ss. cod. civ. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., 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 (cfr. Cass. civ. n. 24044 del 26/9/2019).

Orbene, ritiene il collegio infondate le domande attoree di nullità totale e parziale, limitatamente alle clausole riproducenti il contenuto degli artt. 2, 6 e 8 dello schema di N.B.U. predisposto dall'A.B.I. e su cui si è pronunciata la banca d'Italia con il citato provvedimento.

Ed invero, conformemente al citato orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo e che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 cod. civ., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990 (cfr. Cass. civ. sez. un. n. 2207 del 04/02/2005), così sottolineando la differenza che ricorre tra gli accordi a monte, e cioè le intese, - oggetto di valutazione in merito alla illiceità per violazione della normativa antitrust e sanzionate dalla nullità - e i contratti stipulati a valle, in relazione ai quali può essere esercitata l'azione risarcitoria.

In proposito, quanto agli effetti della nullità di un'intesa, la Suprema Corte ha predicato che «Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali



mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti.» (Cass. civ. n. 9384 del 11/06/2003; Cass. civ. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. civ. n. 13486 del 20/06/2011).

Si rileva, inoltre, la mancanza di prova che nel caso specifico la fideiussione nella sua interezza o le clausole riprodotte il contenuto di quelle valutate negativamente dalla Banca d'Italia con riferimento alla schema di N.B.U. predisposto dall'A.B.I. siano l'effetto di una intesa anticoncorrenziale ed in quanto tale illecita, anziché di una legittima pattuizione tra i contraenti e che vi sia stata, da parte delle banche, nel periodo in cui è stata stipulata la fideiussione in oggetto, una uniformità di schemi contrattuali a cui ha aderito l'odierno convenuto in modo tale da realizzare quella condotta a cui la Banca d'Italia, con il citato provvedimento, subordinava la illiceità dello schema predisposto dall'A.B.I..

Nullità della fideiussione. La contestazione fa riferimento alla mancata previsione del limite massimo garantito. Sennonché tale previsione è contenuta nell'atto originario di prestazione della garanzia – successivo all'entrata in vigore della L. 154/92 – ed è stata oggetto di successivi aggiornamenti dell'importo (v. documenti in atti). Sotto il profilo formale si deve rilevare che la fideiussione può assumere la forma di atto unilaterale (Sez. 3, *Sentenza n. 3525 del 13/02/2009*, Sez. 3, *Sentenza n. 2747 del 09/03/1995*, Sez. 1, *Sentenza n. 2356 del 12/04/1984*) o di un contratto con obbligazioni del solo proponente ex art. 1333 comma 2 c.c. (Sez. 1, *Sentenza n. 2581 del 29/03/1990*), non richiedendosi in nessuno dei due casi una accettazione scritta del beneficiario.

Pertanto il decreto ingiuntivo deve essere revocato ed in sua sostituzione deve essere pronunciata condanna al pagamento del minore importo determinato dal consulente in favore di ██████████ SPA, intervenuta in giudizio. Al riguardo si osserva che ██████████ successivamente all'intervento non ha svolto alcuna ulteriore attività difensiva e che pertanto la ulteriore cessione del credito da ██████████ si deve considerare pacifica fra tali soggetti.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la prevalente soccombenza di parte opponente sulla domanda sottostante al ricorso monitorio e per il rigetto delle eccezioni sollevate in corso di causa. Le spese di CTU invece, considerato il suo esito, devono essere poste a carico di entrambe le parti in misura paritaria.

P. Q. M.

il Giudice unico, definitivamente pronunciando,

in accoglimento parziale dell'opposizione,

revoca il decreto ingiuntivo opposto;

condanna la opponente ██████████ E ██████████ al pagamento in favore di ██████████ S.p.A. della somma di euro 112.205,01, oltre interessi legali successivi;



condanna parte opponente [REDACTED] E [REDACTED] alla rifusione delle spese di lite in favore di [REDACTED] S.p.A. che liquida in euro 6.000,00, oltre IVA , CAP, rimborso spese generali;

pone definitivamente a carico di entrambe le parti in misura paritaria le spese della CTU espletata in corso di causa.

Così deciso in Roma all'udienza del 09/04/2021

IL GIUDICE

Dott.ssa Maria Pia De Lorenzo

