



REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE DI ROMA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
XVII Sezione Civile
Sezione Specializzata in materia di Impresa

in composizione collegiale, nelle persone dei Magistrati:

Dott.ssa Claudia Pedrelli Presidente;
Dott. Fausto Basile Giudice relatore;
Dott. Vittorio Carlomagno Giudice;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. del R.G.A.C.C. dell'ann e vertente
tra

rappresentato e difeso dall' Avv. , giusta procura in
calce all'atto di citazione, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in

ATTORE

e

BANCA ██████████ SPA, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. ██████████, giusta procura generale alle liti allegata alla comparsa di costituzione e risposta, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma,

CONVENUTA

e

██████████ SPV ██████████ Sr.l., e per essa, nella sua qualità di procuratrice speciale, ██████████
██████████ Sr.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. ██████████ giusta procura allegata all'atto di intervento *ex art.* 111 c.p.c., ed elettivamente domiciliata presso l'indirizzo pec del medesimo Avvocato,

INTERVENUTA

OGGETTO: nullità fideiussione *omnibus* per violazione normativa *antitrust*.

CONCLUSIONI





All'udienza del 18.05.2022 le parti hanno precisato le conclusioni come da note di trattazione scritta.

Il procuratore di [redacted] ha così concluso: *“NEL MERITO, con riferimento alla fideiussione omnibus del 07.08.2002 rilasciata sino alla concorrenza di Euro 103.000,00 dal sig. [redacted] a garanzia delle obbligazioni contratte dal debitore principale*

Srl nei confronti di Banca [redacted] Spa: - IN VIA PRINCIPALE, accertare e dichiarare la nullità totale della fideiussione omnibus per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera a) Legge n. 287/1990 (c.d. Legge Antitrust); conseguentemente, dichiarare la liberazione del sig. [redacted] essendo la banca impossibilitata ad agire nei confronti del fideiussore, non avendone titolo - IN VIA SUBORDINATA, accertare e dichiarare la nullità parziale della fideiussione omnibus, limitata alle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8, per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera a) Legge n. 287/1990 (c.d. Legge Antitrust)”.

Il difensore della [redacted] SPV [redacted] S.r.l. ha così concluso: *“ I) in via preliminare, accertare e dichiarare l'inammissibilità e/o l'improponibilità delle domande formulate dall'attore, per abuso del processo; II) in via subordinata nel merito, rigettare le domande proposte dal sig. [redacted] siccome infondate sia in fatto sia in diritto, oltre che assolutamente non private”.*

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato, [redacted] ha convenuto in giudizio, dinanzi all'intestato Tribunale – Sezione Specializzata in materia di Imprese, la Banca

S.p.A. chiedendo la declaratoria di nullità ex art. 2, L. n. 287/1990 del contratto di fideiussione *omnibus* (doc. 02, fasc. parte attrice), sottoscritto nell'interesse della

Srl, a garanzia delle obbligazioni contratte dal debitore principale nei confronti della Banca convenuta, perché ritenuto conforme allo schema ABI trasmesso a Banca d'Italia l'11.07.2003 e contenente, in particolare, le clausole di “sopravvivenza”, “reviviscenza” e “rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c.” censurate dalla Banca d'Italia con il Provvedimento n. 55 del 02.05.2005 (doc. 04, allegati atto di citazione, fasc. parte attrice), in quanto contrastanti con la predetta Legge *antitrust* n. 287/1990. Per le medesime ragioni, l'attore ha chiesto, in via subordinata, dichiararsi comunque la nullità parziale della fideiussione e, in particolare, delle clausole, censurate dalla Banca d'Italia, di cui agli artt. 2, 6 e 8.

Si è costituita in giudizio la Banca [redacted] Spa, che ha resistito e ha eccepito, in rito, l'inammissibilità e/o improponibilità dell'azione per abuso del processo, in quanto la domanda di nullità della fideiussione *omnibus* avrebbe dovuto essere avanzata unitamente a quella già proposta innanzi al Tribunale di Cagliari, avente ad oggetto la medesima fideiussione, sia pure censurata sotto altri profili, non essendo ammessa nel nostro sistema processuale un'arbitraria ed ingiustificata duplicazioni di azioni giudiziarie.

Inoltre, secondo la convenuta e la parte intervenuta, l'attore, proponendo nel presente giudizio autonoma domanda di nullità della fideiussione *omnibus* per violazione della normativa a





tutela della concorrenza, avrebbe aggirato le preclusioni maturate nel giudizio presso il Tribunale di Cagliari.

Nel merito, la convenuta ha chiesto il rigetto di tutte le domande spiegate da parte attrice, in quanto infondate in fatto ed in diritto, oltre che non provate.

All'udienza di prima comparizione del 24.09.2020, il Giudice ha concesso i termini *ex art.* 183 c. VI c.p.c., rinviando per l'eventuale ammissione dei mezzi istruttori.

All'udienza del 06.05.2021, ritenuta documentalmente istruita e matura per la decisione, la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni.

In data 11.05.2022 è intervenuta in giudizio [REDACTED] Spv [REDACTED] S.R.L., quale cessionaria del credito nascente dal contratto di fideiussione per cui è causa.

All'udienza del 18.05.2022, svolta mediante il deposito di note di trattazione scritta, la causa, sulle conclusioni in epigrafe indicate, è stata rimessa dinanzi al Collegio per la decisione, previa assegnazione dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

Preliminarmente si osserva che, nelle more del presente giudizio, è intervenuta sentenza di primo grado n 1814/2020, con la quale il Tribunale di Cagliari ha disposto che [REDACTED] non è debitore della Banca [REDACTED] s.p.a. in dipendenza della fideiussione per cui è causa.

Ciò posto, la predetta sentenza non è ancora passata in giudicato in quanto oggetto di appello da parte dell'odierna convenuta Banca [REDACTED] s.p.a.; motivo per cui sussiste ancora l'interesse ad agire nel presente giudizio da parte dell'attore, il quale - potendosi vedere riformato in appello, in senso a sè sfavorevole, il menzionato provvedimento del Tribunale di Cagliari - ha interesse a coltivare l'azione di nullità della fideiussione nel presente giudizio, al fine di contrastare, in caso di riforma della sentenza n 1814/2020, le pretese creditorie che potrebbero essere avanzate nei suoi confronti.

A questo punto deve essere vagliata, in quanto logicamente pregiudiziale, l'eccezione di litispendenza formulata nelle comparse conclusionali dalla intervenuta [REDACTED] Spv [REDACTED] S.R.L., la quale ha rappresentato l'identità di causa tra il presente giudizio e quello previamente istaurato dall'attore dinanzi al Tribunale di Cagliari (R.G. 1344/2015), tuttora pendente presso la Corte d'Appello di Cagliari (R.G. 112/2021)

L'eccezione è infondata non rinvenendosi identità di cause *petendi* tra il presente giudizio e quello intentato dinanzi al Tribunale di Cagliari.

Infatti, mentre l'odierno giudizio ha ad oggetto l'accertamento della nullità, per violazione delle norme a tutela della concorrenza, della fideiussione *omnibus* rilasciata dall'attore il 7 agosto 2002, il giudizio iniziato dinanzi al Tribunale di Cagliari ha invece ad oggetto il rapporto tra il debitore principale [REDACTED] S.r.l.) e Banca creditrice.

Invero, nel predetto giudizio, come si legge nella citata sentenza del Tribunale di Cagliari n. 1814/2020 (All. 10 comparsa conclusionale [REDACTED] Spv [REDACTED] S.R.L.), il [REDACTED] contestava "la





certezza, la liquidità e l'esigibilità dell'asserito credito vantato dalla Banca verso la s.r.l.", nonché l' "indeterminatezza e indeterminabilità dei rapporti tra la Banca e la s.r.l.", senza tuttavia addurre direttamente, come invece ha fatto nel presente giudizio, l'esistenza di un autonomo vizio del contratto di fideiussione dal quale farne discendere la nullità nell'ambito di una separata controversia di cui è funzionalmente competente la Sezione Specializzata in materia di Impresa di Roma, ai sensi dell'art. 4, co. 1-ter del d.lgs. n. 168/2003, inserito dal d.lgs. n. 3/2017.

Risulta dunque evidente la diversità tra le due cause sia in ordine alla *causa petendi* (contestazione del rapporto principale nel primo giudizio, e contestazione del rapporto di garanzia nel presente giudizio) sia in ordine al *petitum* (accertamento negativo del credito vantato dalla banca nel primo giudizio, declaratoria di nullità della fideiussione nel presente giudizio). Per le anzidette ragioni, l'eccezione deve essere rigettata.

Pure infondata è l'eccezione proposta dal convenuto, e fatta propria anche dalla parte intervenuta [REDACTED] Spv [REDACTED] S.R.L., di inammissibilità e/o improponibilità dell'azione per abuso del processo, sul presupposto che la domanda avrebbe dovuto essere avanzata unitamente a quella già proposta innanzi al Tribunale di Cagliari, avente ad oggetto la medesima fideiussione, sia pure censurata sotto altri profili, non essendo ammessa nel nostro sistema processuale un'arbitraria ed ingiustificata duplicazione di azioni giudiziarie. Peraltro, secondo la convenuta e la parte intervenuta, l'attore, proponendo autonoma domanda di nullità della fideiussione *omnibus* per violazione della normativa a tutela della concorrenza, avrebbe anche aggirato le preclusioni maturate nel giudizio presso il Tribunale di Cagliari.

Al riguardo si osserva che, come sopra rilevato, gli accertamenti richiesti nei due distinti giudizi hanno un oggetto diverso, attenendo il primo al rapporto principale tra

e Banca creditrice, il secondo al rapporto di garanzia tra quest'ultima e il fideiussore.

Da ciò ne discende che, al limite, tra le due cause vi sarebbe una ragione di connessione, con la conseguenza che l'istaurazione di un unico giudizio dinanzi al medesimo giudice, ai sensi degli art. 31 e ss. c.p.c., rappresenterebbe una facoltà dell'attore, e non già un obbligo. Peraltro, la Corte di Cassazione ha affermato che "*la scelta della promozione autonoma dell'azione in distinti processi non integra un abuso ma il legittimo uso di una facoltà espressamente prevista dall'ordinamento*" (Sez. 3 - , Sentenza n. 18782 del 26/09/2016).

Conseguentemente, anche l'eccezione di abuso del processo deve essere rigettata.

Esaminate le questioni pregiudiziali di rito, occorre passare ad analizzare il merito della controversia.

Il [REDACTED] ha chiesto a questo Tribunale di dichiarare la nullità (totale o parziale) ex art. 2, L. n. 287/1990, del contratto di fideiussione *omnibus* (doc. 02, fasc. parte attrice), sottoscritto nell'interesse dell [REDACTED] Srl, perché ritenuto conforme allo Schema ABI trasmesso a Banca d'Italia l'11.07.2003 e contenente, in particolare, le clausole di "sopravvivenza", "reviviscenza" e "rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c." censurate dalla Banca d'Italia con il





Provvedimento n. 55 del 02.05.2005 (doc. 04, allegati atto di citazione, fasc. parte attrice), in quanto contrastanti con la predetta Legge n. 287/1990.

Al riguardo, la Banca convenuta e l'intervenuta [REDACTED] Spv [REDACTED] S.R.L hanno contestato: 1) la riconducibilità del contratto di garanzia sottoscritto dal [REDACTED] allo schema di fideiussione predisposto dall'ABI, dal momento che lo stesso avrebbe natura di contratto autonomo di garanzia, e non già di fideiussione; 2) il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte dell'attore in ordine al fatto che il contratto di fideiussione stipulato abbia costituito attuazione dell'intesa censurata dalla Banca d'Italia col Provvedimento n. 55 del 02.05.2005, stante anche l'antiorità del contratto di fideiussione (07.08.2002) alla formazione del menzionato schema ABI, risalente all'ottobre del 2002.

La domanda proposta dall'attore è fondata nei limiti di seguito illustrati.

Va preliminarmente dichiarata, contrariamente a quanto dedotto dalla banca convenuta e dall'intervenuta [REDACTED] Spv [REDACTED] S.R.L, la natura di fideiussione del contratto per cui è causa.

È noto che essendo il rapporto tra il garante autonomo ed il creditore beneficiario improntato a piena autonomia, il primo non può opporre al secondo la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento, quale la previsione di interessi usurari (Cass. ord., 25/08/2017, n. 20397; Cass., sent. 3/3/2009, n. 5044) o la nullità della clausola anatocistica (Cass., ord. 10/01/2018, n. 371; conf. Cass., ord. 6/02/2021, n. 3873). Egli ha altresì la possibilità di sollevare la c.d. a "*exceptio doli generalis seu praesentis*", in caso di condotta abusiva o fraudolenta del creditore che, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, tace situazioni sopravvenute aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui.

Nella fattispecie in esame, tuttavia, al contratto sottoscritto da [REDACTED] va riconosciuta la natura di fideiussione e non quella di contratto autonomo di garanzia.

Il connotato distintivo fondamentale della garanzia autonoma rispetto alla comune fideiussione è costituito dall'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella principale dell'ordinante, essendo la prima qualitativamente diversa dalla seconda, oltre che rivolta, nella maggior parte dei casi, non al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore (nella giurisprudenza di legittimità, per tutte, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, n. 3947/2010).

Ai fini della distinzione del contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione ordinaria non è decisiva la definizione datane dalle parti, né l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione "autonoma" in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia, escludendo la possibilità per il





garante di sollevare le eccezioni di merito relative al rapporto principale e recidendo così il vincolo di accessorietà dell'obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione principale, proprio della comune fideiussione.

Secondo il tradizionale insegnamento delle Sezioni Unite, la presenza della clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (cfr. Cass. civ. sez. un. n. 3947 del 18/02/2010). In tale ipotesi, la previsione del carattere incondizionato dell'obbligo di corrispondere l'indennizzo pari all'ammontare dell'obbligazione garantita esclude l'applicabilità della normativa sulla fideiussione alla garanzia, la quale si deve ritenere svolgere una funzione analoga a quella del deposito cauzionale.

Con il contratto in esame, [REDACTED] ha dichiarato espressamente di costituirsi "fideiussore" della [REDACTED] S.r.l., mentre l'art. 7 prevede che "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente all'Azienda di credito, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del creditore, quanto dovute per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio"; tale pattuizione non contempla anche la espressa (o implicita) rinuncia del fideiussore a sollevare le eccezioni che potrebbe sollevare il creditore principale. Pattuizioni caratterizzanti l'autonomia della garanzia si rinvergono solo in quelle previsioni contrattuali che escludono la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'articolo 1945 c.c. e dalla conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale.

In applicazione di tali principi e tenuto conto sia del tenore letterale delle clausole contrattuali innanzi indicate che delle indicazioni emergenti dal contenuto complessivo del contratto, in assenza dell'esplicito obbligo di pagamento del garante "a prima richiesta, ogni eccezione rimossa", va escluso che sussistano nel contratto sottoscritto da [REDACTED] i tratti distintivi della garanzia autonoma priva del carattere di accessorietà rispetto al rapporto principale. Di conseguenza, il rapporto di garanzia de quo va ricondotto alla comune fideiussione, anziché al contratto autonomo di garanzia.

Ciò posto, si osserva quanto segue.

La questione alla base della controversia in esame trae origine dal provvedimento n. 55 del 02/05/2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, il quale ha dichiarato che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale di fideiussione *omnibus* predisposto dall'ABI nell'ottobre del 2002 contenesse disposizioni che, ove applicate in modo uniforme, risultavano in contrasto con l'art. 2, co. II, lettera a) della legge n. 287/1990 ("Legge Antitrust").

In particolare, l'art. 2 prevedeva la cosiddetta "clausola di reviviscenza", ovvero la clausola che imponeva al fideiussore di tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto





adempimento in virtù delle quali la banca si sia trovata a dover restituire il pagamento ricevuto (la più ricorrente, la dichiarazione di inefficacia del pagamento ex art. 67 L.F.); l'art. 6 prevedeva la deroga all'art. 1957 c.c.; l'art. 8 estendeva la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale.

L'anticoncorrenzialità di dette clausole è stata ravvisata nell'attitudine delle stesse non tanto nell'ostacolare l'accesso al credito (funzionalità riconosciuta e ritenuta congruamente perseguita anche dalla clausola di pagamento "a prima richiesta"), quanto nell'addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

Difatti, le argomentazioni della Banca d'Italia hanno tratto le mosse dal presupposto che la standardizzazione contrattuale frutto di un'attività associativa non fosse di per sé lesiva della concorrenza, ben potendo incentivare la stessa. Per cui, al fine di determinare le ipotesi di contrasto di tale standardizzazione con le regole della concorrenza, ha evidenziato 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 ha quindi ritenuto che lo schema predisposto dall'ABI potesse essere idoneo a determinare una situazione di standardizzazione considerato che, già all'epoca dell'istruttoria, i testi di fideiussione *omnibus* in uso nella prassi bancaria disciplinavano in modo sostanzialmente uniforme le clausole oggetto dell'istruttoria, differenziandosi rispetto allo schema in esame per un aggravamento della posizione contrattuale del garante.

La Banca d'Italia, nella veste (che all'epoca rivestiva) di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ha pertanto concluso 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".

Da detto provvedimento – che secondo il costante orientamento della S.C. costituisce prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato e del suo eventuale abuso (Cass., n. 3640/2009; Cass. ord. n. 18176/2019; Cass., n. 13846/2019; n. 7039/2012; Cass., n. 13486/2011) – discende allora che la deliberazione dell'ABI di approvazione delle Norme Bancarie Uniformi ABI relative allo schema negoziale *standard* di fideiussione *omnibus* integra gli estremi dell'intesa illecita ex art. 2 L. 287/1990, in quanto contenente





clausole contrarie a norme imperative e che le clausole ritenute non direttamente funzionali ad assicurare l'accesso al credito e l'effettività delle garanzie personali costituiscono un ostacolo al libero dispiegarsi del mercato creditizio secondo il gioco della libera concorrenza.

Di conseguenza, si è posto il problema degli effetti prodotti sulle fideiussioni stipulate a valle dall'illecito *antitrust* rilevato a monte dal provvedimento della Banca d'Italia; ovvero se, nel caso di fideiussioni *omnibus* rilasciate dai clienti alle banche in cui siano inserite le predette clausole di natura anticoncorrenziale, al garante spetti soltanto una tutela di tipo risarcitorio, oppure anche una tutela reale che colpisca la validità stessa del contratto di garanzia.

Riguardo a tale problematica, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato tre diverse soluzioni interpretative: 1) nullità assoluta della fideiussione a valle dell'intesa vietata a monte; 2) nullità parziale delle sole clausole della fideiussione a valle riprodotte di quelle dello schema ABI di cui l'Autorità Garante ha accertato la natura anticoncorrenziale; 3) tutela meramente risarcitoria per il cliente che ha rilasciato alla banca la fideiussione riprodotta delle medesime clausole anticoncorrenziali.

Nel solco della terza impostazione si era collocata la precedente giurisprudenza di questa Sezione Specializzata. Tuttavia, nelle more della presente decisione sulla questione in esame è stato pronunciato l'importante arresto delle Sezioni Unite civili n. 41994 del 30.12.2021 che, dopo aver tracciato il quadro normativo di riferimento e ripercorso le diverse opzioni interpretative, ha ritenuto, con approfondita e condivisibile motivazione, che tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore, "quella che perviene a risultati più in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa *antitrust* sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un'ipotesi di <<nullità parziale>>".

Nel pervenire a tale conclusione, i Giudici di legittimità richiamano la precedente pronuncia delle medesime SS.UU. n. 2207/2005 laddove precisava che la legge *antitrust* "<<detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato>>, in particolare i consumatori, tenuto conto che il <<contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti>>" e sottolinea che, in tale prospettiva "la pronuncia legittima il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria".

Infatti, secondo il recente arresto delle SS.UU., "è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa *antitrust*".

La tutela reale riconosciuta dall'ordinamento interno in caso di illecito *antitrust* non trova ostacoli nemmeno nel diritto unionale e nelle pronunce della Corte di Giustizia, atteso che, sempre secondo le SS.UU., "il diritto al risarcimento del danno derivante dalla contrattazione a valle dell'intesa vietata a monte, costituisce il comune denominatore – per l'intero spazio europeo – e la forma di tutela di base da assicurare ai consumatori, ferma restando la





competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario".

Si tratta – proseguono le SS.UU. - di una "speciale" ipotesi di nullità funzionale prevista dalla normativa *antitrust* – l'art- 2, comma 3, della legge n. 287/1990 stabilisce che "le intese vietate sono nulle ad ogni effetto" – che prescinde da un vero e proprio collegamento negoziale tra l'intesa illecita a monte e la fideiussione stipulata a valle.

Siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento, "in quanto colpisce anche atti, o combinazione di atti avvinti da un <<nesso funzionale>>, non tutti riconducibili al e suindicate fattispecie di natura contrattuale". La *ratio* di tale speciale regime va individuata "nell'esigenza si salvaguardia dell'<<ordine pubblico economico>>, a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust".

Pertanto, "i contratti a valle di accordi contrari alla normativa *antitrust* – in quanto costituenti <<lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti>> (Cass. Sez. U. n. 2207/2005) – partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati della medesima forma di invalidità che colpisce i primi".

Secondo le SS.UU., con tale forma di nullità, tanto il legislatore europeo, quanto quello nazionale, "intendendo sanzionare un <<risultato economico>>, ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza" hanno dato rilievo "anche a comportamenti <<non contrattuali>> o <<non negoziali>>".

In tale prospettiva, richiamano il risalente orientamento – ribadito anche dalla più recente ordinanza n. 29810 del 12/12/2017 secondo il quale sotto il profilo della distorsione della concorrenza si rende rilevante "qualsiasi condotta di mercato (anche realizzante 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 [n.d.r. come nel caso oggetto del presente giudizio] meramente unilaterali (Cass., 01/02/1999, n. 827)".

Da ciò consegue "che, allorché l'articolo 2 della legge n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle <<intese>>, non ha 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 alla concorrenza" (Cass., n. 827/1999)".

La recente pronuncia delle SS.UU. ribadisce quindi che la violazione della normativa nazionale ed eurounitaria *antitrust* "È riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti <<funzionale>> a produrre un effetto anticoncorrenziale".

Il predetto "nesso funzionale" tra l'intesa a monte e il contratto a valle si riscontra proprio quando quest'ultimo (nella fattispecie, la fideiussione *omnibus*) "è interamente o parzialmente riproduttivo dell'<<intesa>> a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di





vigilanza, da quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale".

In tale prospettiva, le SS.UU. tengono a precisare che la deroga isolata all'archetipo codicistico della fideiussione nei singoli contratti tra banca e cliente, in particolare, agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., non determina alcun effetto anticoncorrenziale.

Una volta riconosciuto che a garanzia della realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust* soccorrono tanto la tutela risarcitoria, quanto la tutela reale della nullità di tutta la complessiva situazione, anche a valle dell'intesa, che ostacola il libero gioco della concorrenza, le SS.UU. hanno ritenuto "che la forma di tutela più adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata - appunto - a tali clausole".

A tale riguardo viene richiamata la regola - ribadita in diverse pronunce di legittimità - della nullità parziale sancita dall'art. 1419, co. I, c.c., espressione del generale favore dell'ordinamento per la "conservazione", per quanto possibile, dei atti di autonomia negoziale, ancorché difforme dallo schema legale, dal quale discende il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce una parte dell'intero contratto, con la conseguenza che rimane a carico della parte interessata ad estendere la nullità all'intero negozio fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola nulla, restando precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

Peraltro, le SS.UU. ribadiscono il principio secondo il quale, nel caso in esame, ben difficilmente potrebbero trovare riscontro i presupposti dell'estensione all'intero contratto di fideiussione della nullità delle singole clausole, dal momento che, "avuto riguardo alla posizione del garante, 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. D'altro canto, però, il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) - salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario - avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. [...] Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti".

Quanto poi all'accertamento dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2 della l. n. 287 del 1990, con particolare riguardo alle clausole relative ai contratti di





fideiussione *omnibus* utilizzati dalle banche, le SS.UU. hanno richiamato il consolidato orientamento di legittimità secondo il quale “la produzione del provvedimento dell’Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione”.

Segnatamente, ha richiamato la recente pronuncia secondo la quale “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” (Cass., 22/05/2019, n. 13846 .

Ne consegue che il giudice, lungi dal dover accertare se successivamente le banche hanno dato concreta attuazione all’intesa restrittiva della concorrenza attraverso l’uniforme applicazione delle clausole (nn. 2, 6 e 8) dello schema ABI ritenute illecite dal provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005, deve limitarsi a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente (anche a distanza di anni dal citato provvedimento) coincidono o meno con le condizioni oggetto dell’intesa restrittiva della concorrenza.

Applicati i principi sanciti da SS.UU. n. 41994 del 30.12.2021 alla fattispecie concreta ed esaminati i documenti a confronto, emerge che le clausole contenute nella fideiussione *omnibus* con il quale [REDACTED] si è costituito fideiussore della [REDACTED] S.r.l. in favore della Banca [REDACTED] S.p.a. fino alla concorrenza dell’importo massimo garantito di euro 103.000,00 (doc. 2 fasc. parte attrice) costituiscono pedissequa applicazione delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ritenute concorrenzialmente illecite dal provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005 in quanto in contrasto con l’articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90.

Peraltro, ai fini della nullità parziale della fideiussione per cui è causa, non rileva la circostanza, dedotta dalla banca convenuta e dall’intervenuta [REDACTED] Spv [REDACTED] S.R.L., secondo la quale il contratto stipulato dal [REDACTED] sarebbe precedente (7.8.2002) alla predisposizione dello schema ABI censurato dalla Banca d’Italia, risalente all’ottobre del 2002. Invero, la Banca d’Italia, nel menzionato provvedimento, osserva come, già prima della formazione e diffusione presso le banche dello schema di fideiussione ABI censurato, gli stessi istituti di credito già utilizzavano in maniera uniforme e standardizzata le clausole poi formalizzate dall’ABI nello schema, a dimostrazione del fatto che già prima della formale predisposizione dello schema già sussistesse una pratica concordata dalle banche in ordine al contenuto delle





fideiussioni. La Banca d'Italia, invero, al punto 93 del Provvedimento n. 55 del 2005, afferma: *“Le verifiche compiute nel corso dell'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI. Tale uniformità discende da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI (non ancora diffuso presso le associate)”*. Per tale ragione, anche l'accordo stipulato dal [redacted] deve considerarsi attuazione dell'intesa anticoncorrenziale.

In materia, inoltre, la S.C. ha precisato che *“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., Ord. n. 29810/2017, cit.).

Sicché, rigettata la domanda principale di nullità del contratto di fideiussione, in accoglimento della subordinata, va dichiarata la nullità (derivata), per violazione dell'art. 2, comma 1, lett. a), della Legge n. 287 del 1990 degli articoli 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione *omnibus* per cui è causa, lasciando in vita tutte le altre clausole negoziali.

Quanto alle spese di lite, tenuto conto dell'accoglimento limitato alla domanda subordinata di nullità parziale della fideiussione, le stesse vanno compensate nella misura della metà e poste a carico della parte convenuta e della parte intervenuta per la restante metà, nella misura liquidata in dispositivo secondo i parametri minimi del D.M. 55/2014, per lo scaglione di riferimento.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma - Sezione Specializzata in materia di Impresa, definitivamente pronunciando, disattesa o assorbita ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

1) rigetta la domanda principale di nullità, per violazione dell'art. 2 della l. n. 287/1990, della fideiussione *omnibus* sottoscritta da [redacted] a garanzia del pagamento delle obbligazioni assunte dalla [redacted] S.r.l. nei confronti della Banca

[redacted] .p.A. (doc. n. 2 fasc. parte attrice);

2) in accoglimento della domanda subordinata, dichiara la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 1, lett. a), della Legge n. 287 del 1990, degli articoli 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione *omnibus* per cui è causa, meglio descritto sub 1, lasciando in vita tutte le altre clausole negoziali;

2) compensa le spese processuali in ragione della metà e condanna la Banca

[redacted] S.p.A. e la [redacted] Spv [redacted] S.R.L., in solido, alla rifusione dell'altra metà in favore di [redacted] che liquida in euro [redacted] per esborsi ed euro [redacted] per compenso

professionale, oltre al rimborso forfettario delle spese generali, IVA e CPA.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del 14 luglio 2022

IL GIUDICE ESTENSORE

Dott. Fausto Basile

IL PRESIDENTE

Dott.ssa Claudia Pedrelli



Sentenza n. 12414/2022 pubbl. il 08/08/2022

RG n.



Repert. n.

del 08/08/2022

Provvedimento redatto con la collaborazione del magistrato ordinario in tirocinio dott.
Francesco De Perna

