



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. Nicola Graziano

Presidente

dott. Ilaria Grimaldi

Giudice

dott. Viviana Criscuolo

Giudice Relatore

riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. **R.Gen.Aff.Cont.**, pendente tra

_____ (Cod. fisc. _____) e _____

(Cod. fisc. _____) rappresentati e difesi, in

virtù di procura acclusa agli atti, dall'Avv. _____ ed

elettivamente domiciliati presso lo studio professionale del predetto

difensore al _____

- ATTORI -

e

Gli attori premettevano di essersi costituiti fideiussori della società con contratto sottoscritto il 17.03.2006 nei limiti dell'importo di 224.000,000 Euro, ampliato a 390.000,00 Euro il 31.12.2007. Deducevano la conformità delle clausole sub. 2, 7 e 9 del modello contrattuale accluso agli atti rispetto quelle cd. di "reviviscenza", rinuncia ai termini dell'art. 1957 cod. civ. e "sopravvivenza" del modello ABI 2003 già indagato e censurato dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005, richiedendo la nullità dell'intero contratto o delle sole clausole evidenziate poiché da intendersi anch'esse esecuzione di intese anticoncorrenziali, in violazione dell'art. 2 della L. 287/90. In particolare, per effetto della caducazione della clausola sub.7 di deroga per il creditore dall'osservanza dei termini di cui all'art. 1957 c.c., chiedevano fosse dichiarata la perdita da parte della Banca della garanzia azionata, evidenziando che la convenuta aveva comunicato la chiusura del rapporto di c/c ed invitato la garantita ed i fideiussori al pagamento il 20.03.2017, ma non aveva provveduto ad agire giudizialmente entro i successivi sei mesi nei confronti del debitore principale, depositando ricorso per decreto ingiuntivo esclusivamente avverso i garanti solo nel 2018.

A seguito di regolare notifica, si costituiva in giudizio la convenuta, la quale, evidenziando il ruolo funzionale rivestito dagli attori nell'amministrazione della società garantita, ne eccepiva la carenza di legittimazione a proporre l'accertamento della supposta violazione della normativa Antitrust, poiché non qualificabili quali consumatori. Nondimeno, in ragione della presenza nel contratto impugnato delle clausole "a prima richiesta" e "senza eccezioni", di cui ai nn. 7 e 8, insisteva per la sussunzione della garanzia prestata nella categoria

della garanzie cd. autonome, in particolare eccependo che l'inserimento della pattuizione sull'esecuzione del pagamento a semplice richiesta determinasse la sufficienza da parte di essa creditrice della proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, quale quella inviata agli attori e al debitore principale il 23.03.2017, al fine di evitare la decadenza per inosservanza dei termini di cui all'art. 1957 c.c., non essendo a tal fine necessaria la proposizione di azioni giudiziarie. Pur insistendo per l'esclusione di un vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile tra l'eventuale accordo illecito tra le imprese di credito a monte ed il contratto a valle, tale da determinare l'effetto di nullità su quest'ultimo ed escludendo altresì l'effetto demolitorio ex art. 1418, comma 1, c.c., ai fini del rigetto delle domanda attoree la convenuta eccepiva comunque la carenza di prova da parte attrice sulla propria partecipazione, nell'anno di sottoscrizione del contratto impugnato, ad un cartello con le altre imprese di credito ai fini dell'imposizione delle clausole contestate, evidenziando l'inapplicabilità del provvedimento ABI per le fidejussioni prestate successivamente all'anno 2005 quanto alla prova del supposto illecito anticoncorrenziale, nonché la carenza di allegazione sull'essenzialità della clausole impugate ai fini dell'accoglibilità della domanda di nullità totale, portata in via principale dagli attori.

Celebra in modalità cartolare l'udienza del 12.05.2002, già fissata, ex art. 303 c.p.c. ai fini del prosieguo della causa al 01.02.2022 e di poi differita al 10.02.2022 e rinviata al 12.05.2022, veniva fissata in precisazione delle conclusioni l'udienza del 07.02.2023 e, all'esito, la causa veniva riservata in decisione al Collegio con assegnazione alle parti dei termini richiesti ex art. 190 c.p.c.

In via preliminare, devono rigettarsi le eccezioni di parte convenuta sull'incompetenza del tribunale adito e sulla carenza di legittimazione attiva di parte attrice.

Quanto al primo rilievo, la convenuta ha eccepito l'incompetenza di questo Tribunale per essere competente il Tribunale di Lecce, in funzione di GO, poiché la nullità delle fidejussioni impugnate per violazione dell' art. 2, comma 2, lett. a) della L. 287/90 era stata fatta valere in via riconvenzionale dagli attori-debitori ingiunti, al fine di paralizzare le pretese della convenuta-creditrice, e non come azione, di tal che anche rispetto tale accertamento avrebbe potuto e dovuto pronunciarsi il giudice dell'opposizione. La predetta eccezione, per quanto di ragione, è stata tuttavia formulata solo in comparsa conclusionale, per tanto la tardività ne determina l'inammissibilità (ed invero questo Tribunale non avrebbe comunque potuto rimettere, come richiesto, al giudice leccese già remittente, potendo al più proporre regolamento di competenza dinanzi la Corte di Cassazione).

Rispetto all'asserito difetto di legittimazione attiva degli attori in ragione dei legami funzionali da essi rivestiti nell'organizzazione societaria della garantita, evidenziati dalla convenuta, deve precisarsi che la qualificazione degli attori in termini di imprenditori o di consumatori, pur dibattuta tra le parti, non assume efficacia dirimente ai fini dell'applicabilità dalla disciplina Antitrust. Tale tipo di tutela demolitoria è difatti astrattamente invocabile *in primis* proprio dagli imprenditori nonchè dai consumatori ed in generale da tutti i soggetti del mercato portatori di un interesse 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 (così, tra le altre, Cass. n. 2207/2005).

Sempre in via preliminare deve dichiararsi l'inammissibilità della domande attoree formulate a verbale nel corso dell'udienza di precisazione delle conclusioni e di seguito trascritte: 1) *previa declaratoria che riveste la qualifica di "CONSUMATORE", dichiarare la nullità, inefficacia ed invalidità dell'art. 7 del contratto di fidejussione, trattandosi di clausola unilateralmente predisposta dalla Banca e non oggetto di trattativa individuale ex art. 34 c. 5 Codice del Consumo e, conseguentemente, revocare il decreto ingiuntivo nei confronti di*, *previa declaratoria di decadenza della Banca dalla garanzia fidejussoria, non avendo agito nei confronti del debitore principale entro 6 mesi dalla data in cui la Banca (20.03.2017) ha revocato il c/c, invitando il debitore principale ed i fidejussori al pagamento, reiterata anche in comparsa conclusionale, nonchè* 2) *dichiarare la nullità del contratto di fidejussione ex art. 117 T.U.B. per mancanza di forma scritta, non essendo la fidejussione firmata dalla Banca, dichiarando, altresì, la mancata conclusione del contratto per mancata consegna di copia della fidejussione ai clienti e* 3) *in subordine, dichiarare e dare atto che gli effetti del contratto di fidejussione decorrono dalla data del deposito del fascicolo monitorio in giudizio (22.09.2018), con efficacia, quindi, ex nunc e non ex tunc. Conseguentemente, revocare il decreto ingiuntivo opposto, previa declaratoria che l'effetto di garanzia non può esplicarsi per le obbligazioni assunte prima della sua validità, dichiarando, altresì, che i fidejussori non sono tenuti a rispondere delle obbligazioni assunte da*, *precedentemente alla data di validità ed efficacia della fidejussione (22.09.2018)*. Trattasi di domande formulate al verbale di precisazione delle conclusioni nonché in comparsa conclusionale e quindi con tutta evidenza tardive e pertanto inammissibili, rilievo rispetto al quale la litispendenza – in quanto domande proposte dinanzi il Tribunale di Lecce, in funzione di GO, nel giudizio di opposizione a d.i. introdotto dai debitori ed odierni attori e non comprese nel provvedimento di remissione in forza del quale è stata rimessa alla cognizione di questo Tribunale - pure sussistente si pone in secondo piano.

Nel merito, la domanda attorea deve essere rigettata, per il rilievo assorbente della carenza di prova del ritenuto illecito anticoncorrenziale.

Va premesso che il contratto di cui è causa deve ritenersi sussumibile nella fattispecie delle fideiussioni, rigettandosi la richiesta formulata dalla parte convenuta di qualificazione del contratto impugnato come contratto autonomo di garanzia.

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).

Nel caso del rapporto controverso essa non può certo coincidere con quella propriamente indennitaria, caratterizzante il Grantievertrag, di trasferimento da un soggetto ad un altro del rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, quanto invece con quella satisfattiva, propriamente fideiussoria, di adempimento della medesima obbligazione pecuniaria dovuta dal debitore principale, rispetto la quale risulta infatti del tutto sovrapponibile e qualitativamente omogenea quella dovuta dal fideiussore.

Il contratto *de qua* è, nello specifico, una fideiussione del tipo *omnibus* ossia quella garanzia di natura obbligatoria, in uso nei rapporti bancari, che per effetto della cd. clausola estensiva impone al fideiussore (nel caso di specie, gli attori) il pagamento di tutti i debiti presenti e futuri che il debitore () ha assunto o abbia da

assumere verso il creditore (la convenuta), come risulta evidente dalla prima parte del contratto del 17.03.2006 accluso agli atti, entro un limite massimo predeterminato ai sensi dell'art. 1398 c.c. (fissato dalle parti in Euro Euro ed ampliato a Euro il 31.12.2007)

Rispetto tale categoria di contratti la Banca d'Italia - Autorità Garante della concorrenza e del mercato *ratione temporis* - condusse un'apposita istruttoria ai fini dell'accertamento delle sussistenze delle infrazioni di cui all'art. 2 della normativa antitrust, poste in atto dalle aziende di credito. Tale accertamento si concluse con il provvedimento n.55/2005, per il quale *"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 vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a)"*.

Poiché il contratto "a valle", contrariamente a quanto sostenuto dalla parte convenuta, non può ritenersi estraneo al fenomeno anticoncorrenziale, ma è piuttosto esso stesso lo strumento attraverso il quale si estrinsecano e si attuano, sul piano fattuale, gli effetti dell'intesa, di cui ne riprende il contenuto e con cui, in concreto, viene alterato il gioco della concorrenza, realizzando una limitazione dei modelli negoziali offerti sul mercato dalle banche, allora qualora sia accertato che le clausole del contratto siano il frutto o, meglio, l'estrinsecazione di un'intesa illecita ex art. 2 L. n. 287/1990, può configurarsi il rimedio civilistico della *"nullità speciale, posta - attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del TFUE e all'art. 2, comma 2 della L. 287/90 - a presidio di un interesse pubblico e, in specie,*

dell'ordine pubblico economico; dunque, nullità ulteriore a quella che il sistema già conosceva" (Sez. Un. Cass., Sent. 41994/2021).

Ciò chiarito, gli attori ai fini istruttori hanno inteso avvalersi del solo provvedimento ABI 55/2005 ed hanno evidenziato l'identità contenutistica tra le clausole sub. nn. 2, 7 e 9 e quelle di cui ai nn. 2, 6 e 8 del modello ABI 2003 già indagato dall'Autorità Garante, solamente perciò richiedendo declaratoria di nullità del contratto impugnato, o in subordine delle sole clausole ritenute illecite, per violazione della disciplina di difesa del mercato e della concorrenza.

Nel caso di specie, invece, si evidenzia che le pattuizioni contrattuali dedotte come anticoncorrenziali sono sì rinvenibili nella fideiussione stipulata dagli attori con la Banca convenuta, viste le previsioni in forza delle quali il fideiussore viene obbligato a rimborsare la banca per le somme incassate in adempimento di obbligazioni garantite, se restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi (clausola cd. di "reviviscenza", di cui all'art. 2 del contratto accluso agli atti); vi è dispensa a favore del creditore dall'osservanza dei termini dell'art. 1957 c.c. alla clausola sub. art. 7 del modello contrattuale depositato ed è prevista l'estensione della fideiussione a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide (clausola cd. di "sopravvivenza", di cui all'art. 9 della fideiussione impugnata).

Tuttavia, tenuto conto del periodo di sottoscrizione del contratto fideiussorio di base (stipulato il 17.03.2006) - costituendo quello del dicembre 2007 solo ampliamento quantitativo della garanzia già prestata, privo di valenza novativa - il provvedimento Banca d'Italia 55/2005 non esplica per esso alcuna attitudine probatoria

sull'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale, poiché tale efficacia è da intendersi limitata e circoscritta ai soli contratti conclusi nel medesimo periodo oggetto dell'istruttoria condotta, ossia dall'ottobre 2002 al maggio 2005 (così anche Trib. Mil. sez. spec. impresa del 19/01/2022).

Il rilievo che la fideiussione oggetto del presente giudizio non può essere ricompresa nell'ambito dei contratti di garanzia ricaduti sotto la scure del provvedimento di natura sanzionatoria emesso dall'Autorità di vigilanza competente (che ora competerebbe all'AGCM), valevole come prova cd. privilegiata, determina la riesplorazione dell'ordinario onere probatorio di parte, che impone all'attore - come è richiesto per tutte le azioni *stand-alone*, quale quella proposta - ex art. 2697 c.c. l'allegazione, anzitutto, e dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d'illecito concorrenziale dedotto in giudizio, di cui all'art. 2 della l. 287/1990, ossia della conformità del contratto di fideiussione allo schema censurato dall'ABI, dell'esistenza di un accordo anticoncorrenziale nel periodo di sottoscrizione del contratto impugnato nonché specificamente dell'uniforme applicazione da parte degli istituti di credito delle clausole contestate e del collegamento esistente tra il contratto di fideiussione e l'intesa vietata, con l'opportuna rappresentazione delle modalità per cui l'intesa abbia concretamente leso la libertà economica.

La necessità, per l'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale, della allegazione e prova, del tutto assenti nel caso di specie, anche circa il carattere uniforme dell'applicazione delle clausole sopra richiamate è ribadita dall'orientamento prevalente della giurisprudenza di merito, condiviso anche da questo Collegio. Invero, l'opinione consolidata è che *"il fatto che la banca abbia proposto alla clientela un contratto contenente dette clausole [n.d.r. le clausole 2, 6 e 8 dello schema uniforme ABI] non*

può ritenersi elemento di per sé stesso sufficiente a dare effettivo conto, se pure in termini indiziari, della sussistenza di una intesa rilevante nella sua estensività e pervasività sul piano antitrust" (in tal senso, Trib. Milano, sentenza 23 giugno 2016 n. 7796, confermata da Corte d'Appello di Milano, con sentenza 20 novembre 2018 n. 5039; in senso conforme anche Trib. Siena 12 febbraio 2022 n. 131; Trib. Prato 16 gennaio 2021 n. 28; Trib. Pescara 15 luglio 2019 n. 1156; Trib. Spoleto 21 giugno 2019 n. 444; Trib. Torino 17 aprile 2019 n. 1970; Trib. Roma 11 settembre 2019 n. 17243; Trib. Roma 3 maggio 2019 n. 9354; Trib. Velletri 14 maggio 2019 n. 921).

Per quanto sopra illustrato, non potendosi avvalere dell'istruttoria della Banca d'Italia, su cui invero si è interamente basato l'impianto probatorio attoreo, gli attori avrebbe dovuto piuttosto introdurre un'autonoma fattispecie di comportamento anticoncorrenziale o compulsare un procedimento di *public enforcement* in tal senso, al fine di allegare autonomi fatti idonei a censurare l'esistenza, nel periodo di sottoscrizione della fideiussione contestata, sia di un'intesa anticoncorrenziale sia di una prassi contrattuale diffusa presso gli istituti di credito violatrice, per le modalità di applicazione uniformi, dell'articolo 2, comma 2, lett. a) della L. n. 287/1990.

L'inadempimento dell'*onus probandi* di parte attrice in relazione all'asserito illecito anticoncorrenziale, determina la non accoglibilità della tutela demolitoria neppure di tipo parziale, richiesta in via subordinata.

Invero la domanda principale di caducazione dell'intero contratto, risulta non accoglibile anche in punto di diritto, in applicazione dei principi nomofilattici resi a Sezioni Unite dal Giudice di legittimità, dai quali il Collegio non intende discostarsi, anche perché con svariati

precedenti aveva già reso decisioni nel senso indicato dalle Sezioni Unite. Deve infatti affermarsi 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”* (Sent. 41994/2021).

Sarebbe stato onere degli istanti, quindi, allegare, prima, e provare, poi, che senza le clausole attinte da nullità relativa il contratto non sarebbe stato concluso, perché quelle clausole erano determinanti ai fini della formazione del consenso. Invero, tali circostanze di fatto non sono state mai dedotte dagli attori ed ancor meno provate.

Dal rigetto della declaratoria di nullità, totale o parziale, infine consegue il rigetto della domanda di accertamento della decadenza della Banca convenuta per inosservanza dei termini di cui all’art. 1957 c.c. e di ogni altra domanda ed eccezione introdotta e dipendente dall’accoglimento della richiesta declaratoria di nullità.

Le spese, liquidate in parte dispositiva, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, Sezione civile specializzata in materia di impresa, definitivamente pronunciando nella controversia come sopra proposta tra le parti, così provvede:

- Rigetta le domande degli attori;

Sentenza n. 5264/2023 pubbl. il 22/05/2023

RG n.

rg

Repert. n. _____ del 22/05/2023

- Condanna gli attori al pagamento delle spese di giudizio a favore della convenuta che liquida in _____ € per compensi, oltre spese generali nella misura del 15%, iva e cpa come per legge se dovute.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 18/05/2023

IL GIUDICE ESTENSORE

Dott.ssa Viviana Criscuolo

IL PRESIDENTE

Dott. Nicola Graziano

Il presente provvedimento è stato redatto con la collaborazione della
funzionario addetto all'ufficio del processo presso il Tribunale delle Imprese di Napoli.

