

Sentenza n. 610/2020 pubbl. il 23/01/2020
RG n. 32302/2018

N. R.G. 32302/2018



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SESTA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Francesco Ferrari ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **32302/2018** promossa da:

parte attrice opponente

contro

parte convenuta opposta

pagina 1 di 13

Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTEO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 219f59087f3986a26720319a270b5
Firmato Da: CORREGGIA LUCIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7a6014d120946633b51f51986576d7



CONCLUSIONI

Per parte attrice opponente:

- revocare e/o annullare e/o dichiarare nullo o comunque inefficace nei confronti dell' opponente , per le ragioni di cui alla narrativa dell' atto di citazione ed alle memorie in atti , il decreto ingiuntivo opposto del Tribunale di Milano n. 9777 /2018 del 27 aprile 2018 RG n. 14188 / 2018 , e respingere ogni domanda e pretesa ex adverso avanzata

- con il favore di spese e competenze di lite

In via istruttoria , ammettere prova per testi sulle seguenti circostanze :

1. "vero che [redacted] - [redacted] delle [redacted] sono state socie dell' Associazione Bancaria Italiana a far tempo dal momento di inizio della loro attività"

2. "vero che il testo della fidejussione bancaria prodotto in atti di parte ricorrente quale doc 3 (fidejussione omnibus) corrisponde , in particolare per quanto riguarda il punto 6 (deroga all' art.1957 cc) , al testo predisposto da ABI nell' anno 1987 e costantemente adottato dalla generalità degli istituti di credito iscritti ad ABI nel quinquennio 1987 - 2002 e successivi"

Si indicano quali testimoni , su detti capitoli , il Presidente della Associazione Bancaria Italiana con sede in Roma (Palazzo Altieri) in Piazza del Gesù, 49 ed il Direttore pro tempore della Direzione "Rapporti Istituzionali e media" della medesima associazione , o altro loro incaricato .

Ancora in via istruttoria , ordinare ex art.210 cpc ad ABI Associazione Bancaria Italiana con sede in Roma (Palazzo Altieri) Piazza del Gesù, 49 - 00186 l' esibizione in giudizio dell' elenco degli istituti di credito ad essa associati a far tempo dall' anno 1985 ad oggi e comunque ed in particolare nell' anno 2002

pagina 2 di 13

Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTEO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 219f59087c3968a26720319a270b5
Firmato Da: CORREGGIA LUCIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7a6014d120946633b515f198657667



L'opponente in particolare esponeva:

- che la pretesa monitoria, pari a euro 190.706,01, era riferita a somme non restituite oggetto di un finanziamento erogato dall'opposta alla V.T. [REDACTED] s.r.l., di cui l'opponente si era costituito garante;
- che la fideiussione prestata dall'opponente risaliva al 2002;
- che la garanzia era stata rilasciata sottoscrivendo modulistica predisposta dalla banca, la quale conteneva clausola di deroga all'art. 1957 c.c.;
- che detta clausola era del tutto conforme a quella contenuta nelle Norme Uniformi Bancarie predisposte dall'Associazione Bancaria Italiana nel 1987 e poi ribadite in modo immutato con la proposta di modulistica del 2003;
- che detta proposta era stata sanzionata dalla Banca d'Italia nel 2005, in quanto ritenuta illecita sotto il profilo della tutela della concorrenza limitatamente a tre clausole, una delle quali proprio quella di deroga dell'art. 1957 c.c.;
- che, conseguentemente, era nulla la fideiussione prestata dall'opponente o, quanto meno, la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ivi inclusa;
- che, per l'effetto, nulla era dovuto dall'opponente, o per la nullità della garanzia prestata o per la decadenza della stessa, essendo decorso il termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale senza che la creditrice intraprendesse le proprie azioni nei confronti del debitore principale o del garante.

Si costituiva ritualmente in giudizio [REDACTED] s.p.a., contestando quanto *ex adverso* dedotto e, in particolare, evidenziando come la fideiussione prestata dall'opponente fosse antecedente alla proposta di modulistica predisposta dall'ABI e oggetto del rilievo sanzionatorio ad opera della Banca d'Italia.

pagina 4 di 13

Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTEO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 219f59087f3986a26720319a270b5
Firmato Da: CORREGGIA LUCIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7a6014d120946633b515f1986576d7



Senza che fosse dato corso ad attività istruttoria alcuna, il giudice rinviava all'udienza del 29.10.2019 per la precisazione delle conclusioni; adempiuto detto onere processuale, la causa era trattenuta in decisione, previo deposito di comparse conclusionali e, ad opera del solo opponente, anche di memoria di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'opposizione proposta dal Volpe è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Preliminarmente, tuttavia, appare opportuno osservare come, sebbene tutta la difesa articolata dall'opponente muova dal presupposto della nullità della garanzia o di clausole della stessa, in quanto espressione e frutto di una intesa anticoncorrenziale, nessuna domanda di accertamento di tale prospettata nullità sia stata proposta in tal senso, essendosi la parte limitata a eccepire la stessa, al fine di ottenere la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Ciò comporta, pertanto, che la eccepita nullità rimanga relegata a un accertamento di carattere incidentale, senza che a ciò si ricollegli una declaratoria conseguente, suscettibile di accertamento con efficacia di giudicato, con l'effetto che la trattazione della presente controversia non ricada sotto la competenza collegiale del Tribunale delle Imprese, secondo quanto previsto dall'art. 3 del d. lgs 168/2003.

Fatta tale premessa, passando al merito della controversia, va osservato come la fideiussione omnibus prestata dall'opponente il 17.2.2002 preveda alla clausola 6 che *"i diritti derivanti alla IntesaBci SpA dalla fideiussione restano integri sino 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 termini previsti dall'art. 1957 Cod. Civ., che si intende derogato"*.



Orbene, la clausola in esame risulta del tutto conforme allo schema di contratto di fideiussione omnibus predisposto dall'A.B.I. nel 2003, modello che la Banca d'Italia, chiamata a esprimere un parere preventivo in proposito, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 ha inteso sanzionare, limitatamente alle clausole ivi contenute **che prevedevano che** *“il fideiussore è tenuto a 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”*; *“qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate”*; *“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”*.

In proposito la Banca d'Italia, dopo avere riconosciuto come tali clausole fossero già stabilmente inserite negli schemi delle fideiussioni omnibus ordinariamente predisposte dagli istituti di credito, ha affermato come le stesse fossero il frutto di un accordo lesivo della concorrenza, accordo consacrato nel modello di fideiussione predisposto dall'A.B.I. e sottoposto al suo vaglio preventivo.

In particolare la Banca d'Italia ha evidenziato come *“secondo l’Autorità, l’istruttoria ha consentito di rilevare come il contenuto dello schema sia sostanzialmente riprodotto nei contratti delle banche interpellate; l’ampia diffusione delle clausole oggetto di verifica non può essere ascritta a un fenomeno “spontaneo” del mercato, ma piuttosto agli effetti di un’intesa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica”* e, ancora, che *“la previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l’esigenza, presente nell’ordinamento giuridico, di garantire una*



particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore "a prima richiesta" della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garanzia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela".

In particolare, "con riferimento alla deroga all'articolo 1957 cod. civ. configurata dall'articolo 6 dello schema ABI, occorre rilevare che essa ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e perseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà – come ritiene l'ABI – quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a svantaggio del garante".

Per quanto concerne, invece, "la clausola che dispone la "reviviscenza" della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (articolo 2 dello schema)" essa "impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest'ultimo (cfr. articolo 1953



cod. civ.). Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso".

Sulla base di tali considerazioni, quindi, la Banca d'Italia, osservando come "l'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90 considera intese gli accordi e le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari" e che "le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90", ha sanzionato lo schema contrattuale predisposto dall'A.B.I. e rimesso al suo vaglio, limitatamente alle tre clausole sopra considerate, ricordando come "il successivo comma dell'articolo 2 della legge n. 287/90 vieta "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, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali", quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati. Le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti".

Preso atto, quindi, della censura operata dalla Banca d'Italia nei termini e per le motivazioni sopra riassunte, va ulteriormente ricordato come la Corte di Cassazione già nel 1999 (Cass. 827/1999), poi richiamata più recentemente nel 2017 (Cass. 29810/2017), abbia osservato come l'art. 2 della legge n.



287 del 1990 (cosiddetta legge "antitrust"), 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 abbia 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 stesso della distorsione della concorrenza, che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali".

Secondo la corte di Cassazione, quindi, "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".

Se, quindi, ai fini dell'art. 2 in esame è possibile attribuire rilievo anche a condotte di natura non negoziale (tipico l'esempio dello scambio di informazioni fra imprese operanti nel settore assicurativo, che in un caso nel quale era avvenuto in misura eccedente le finalità lecite e fisiologiche dello scambio, ha consentito di determinare l'adozione di equilibri di prezzo idonei a consentire di realizzare il massimo profitto congiunto per l'industria assicurativa nel suo complesso, integrandosi così un accordo *de facto*: così Cass. n. 12551/2013), ciò avviene pur sempre al fine di integrare il requisito della



fattispecie, ossia l'intesa, da considerarsi non necessariamente in un accordo in senso stretto, ma più latamente in una pratica concordata, rivolta al perseguimento di un obiettivo comune.

Ne consegue che l'estensione della nullità dall'intesa anticoncorrenziale in senso lato, ai negozi a "valle", frutto ed espressione di tale intesa, implica che sia assolto l'onere probatorio in ordine al collegamento esistente tra la prima e il secondo, ossia al fatto che la fideiussione omnibus prestata nel caso di specie sia stata modellata sullo schema di contratto predisposto dall'associazione di imprese con la finalità di aderire allo stesso e in tal modo escludere un ambito di differente negoziabilità (*id est*, un margine di concorrenzialità).

Ebbene, ai fini di tale accertamento non può non rilevare la circostanza che non solo la clausola 6 della fideiussione risulti essere stata redatta utilizzando pedissequamente la terminologia e le espressioni contenute nello schema contrattuale predisposto dall'A.B.I. per derogare al disposto dell'art. 1957 c.c., ma che in realtà tutto il tenore della fideiussione riproduca in modo assolutamente fedele il modello di garanzia esaminato dalla Banca d'Italia.

La coincidenza della clausola in contestazione con quella incriminata, in uno con la pari corrispondenza dell'intero testo contrattuale con il modulo A.B.I., giustificano una solida presunzione che la garanzia predisposta dall'istituto di credito e sottoposta alla sottoscrizione da parte dell'opponente fosse stata modellata recependo in chiave monolitica lo schema di categoria, in quanto concordato nell'interesse del sistema bancario, con esclusione di possibili differenti pattuizioni ad opera delle parti.

In sostanza, quindi, la piena coincidenza della garanzia con il modello proposto dalla associazione di categoria degli istituti di credito, senza che fosse dato spazio ad alcuna forma di personalizzazione, neppure stilistica o lessicale, costituisce l'indizio più solido di una volontà del predisponente di



uniformare la disciplina contrattuale delle fideiussioni omnibus nei termini più vantaggiosi per il sistema creditizio, escludendo qualsiasi differente disciplina sul mercato del credito, ossia proprio l'intento distorsivo della concorrenza che la Banca d'Italia ha riscontrato e sanzionato con riferimento alle tre clausole ritenute apportatrici di ingiustificati aprioristici vantaggi per le banche, a detrimento del regolare funzionamento del mercato.

Nessun elemento atto a minare tale presunzione è stato fornito dalla opposta, la quale in proposito si è esclusivamente limitata a **evidenziare come nel caso di specie la fideiussione prestata dall'opponente fosse antecedente alla proposta contrattuale poi esaminata dalla Banca d'Italia.**

Sennonché proprio con riferimento a tale profilo temporale, va osservato come la difesa dell'opponente abbia opportunamente provato come la clausola in parola fosse stata già inserita nello schema contrattuale proposto dall'A.B.I. nel 1987 e che la stessa era stata riproposta immutata nel 2005, per poi essere vagliata e sanzionata dalla Banca d'Italia.

Ed è proprio in ragione di tale “conferma” dello schema contrattuale che si comprende e si spiega quanto osservato nel 2005 dalla Banca d'Italia, là dove ha affermato che *“secondo l'Autorità, l'istruttoria ha consentito di rilevare come il contenuto dello schema sia sostanzialmente riprodotto nei contratti delle banche interpellate; l'ampia diffusione delle clausole oggetto di verifica non può essere ascritta a un fenomeno “spontaneo” del mercato, ma piuttosto agli effetti di un'intesa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica”*.

Avendo, infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, investita dalla Banca d'Italia di un parere sullo schema contrattuale proposto e inviatole dall'A.B.I., riscontrato come le tre clausole ritenute illecite fossero sostanzialmente riprodotte nei contratti di garanzia predisposti dalle banche (parlando a tal fine di una ampia diffusione delle clausole non ascrivibile a un fenomeno “spontaneo”)

pagina 11 di 13

Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTEO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 219f59087c3986a26720319a270b5
Firmato Da: CORREGGIA LUCIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7a6014d120946633b515f198657667



e non potendo, ovviamente, effettuare tale verifica empirica in ragione della proposta sottoposta al vaglio della Banca d'Italia, non essendo ancora stata diffusa tra gli istituti di credito; ne consegue l'implicito riconoscimento della portata lesiva della concorrenza già dello schema contrattuale proposto dall'AB.I. nel 1987, limitatamente alle tre clausole poi reinserite in termini analoghi nello schema successivo poi sanzionato dalla Banca d'Italia.

Se così è, ne discende che tutte le considerazioni condotte e le presunzioni sopra richiamate non possono che essere estese alle fideiussioni antecedenti al 2003, nella parte in cui riproducevano la clausola n. 6 di deroga al disposto dell'art. 1957 c.c. negli esatti termini propri dello schema di fideiussione omnibus redatto dall'A.B.I. nel 1987.

Detto ciò, ritiene chi scrive preferibile aderire all'orientamento che circoscrive la nullità alle sole clausole riconosciute come espressione dell'illecito accordo lesivo della concorrenza, senza che tale vizio si estenda all'intera garanzia, non rispondendo tale contagio al principio di conservazione degli atti, nei limiti in cui gli stessi siano rispondenti alla lecita volontà delle parti.

Nel caso di specie, infatti, non è contestato, né può essere posto in dubbio che le parti avessero intenzione di rafforzare il credito della banca attraverso la garanzia e che, quindi, questa sarebbe stata voluta e prestata anche in difetto delle clausole illecite, rispondendo comunque all'interesse negoziale di entrambi i contraenti.

Se, quindi, va riconosciuta la nullità per le ragioni esposte della clausola di deroga al disposto di cui all'art. 1957 c.c., ne consegue che l'opponente può essere considerato rimasto obbligato in forza della fideiussione omnibus prestata a condizione che la banca creditrice abbia proposto le proprie istanze contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, successivamente cessando di avere efficacia detta garanzia.

pagina 12 di 13

Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTEO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 219f59087f3986a26720319a270b5
Firmato Da: CORREGGIA LUCIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7a6014d120946633b515f198657667



Sentenza n. 610/2020 pubbl. il 23/01/2020
RG n. 32302/2018

Nel caso di specie, tuttavia, avendo la banca operato il recesso nei confronti del debitore principale in data 24.1.2017 e avendo proposto la propria istanza giudiziale mediante il deposito del ricorso per decreto ingiuntivo nei confronti tanto della debitrice principale che del garante solo in data 20.3.2019, ne deriva la cessazione di efficacia della garanzia e, pertanto, **l'infondatezza della pretesa azionata monitoriamente dalla banca nei confronti dell'opponente.**

Per tali ragioni, pertanto, l'opposizione proposta dal [REDACTED] va riconosciuta come fondata, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 8.111,50, oltre i.v.a. e c.p.a., di cui euro 1.005,00 per spese generali ed euro 406,50 per rimborso spese.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa istanza disattesa:

- in accoglimento dell'opposizione proposta da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] s.p.a., revoca il decreto ingiuntivo n. 9777/2018 emesso nei suoi confronti dal giudice unico presso il Tribunale di Milano;
- condanna l'opposta a rifondere l'opponente delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 8.111,50, oltre i.v.a. e c.p.a., di cui euro 1.005,00 per spese generali ed euro 406,50 per rimborso spese.

Così deciso in Milano il 23 gennaio 2020

Il giudice
Francesco Ferrari

pagina 13 di 13

Firmato Da: FERRARI FRANCESCO MATTEO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 219f59087f3986a26720319a270b5
Firmato Da: CORREGGIA LUCIA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 7a6014d120946633b515f198657667

