

CONCLUSIONI

Per l'attore:

IN VIA PRINCIPALE

- 1) accertare e dichiarare la nullità integrale della fideiussione omnibus rilasciata dal sig. ██████████ ██████████ in favore di Banca Monte dei Paschi di Siena Spa in data 13.09.2007 – e successiva integrazione del 25.08.2011 – per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera a) della Legge “antitrust” n. 287/1990 e/o per violazione di norma imperativa ex art. 1418 c.c.;
- 2) accertare e dichiarare l'estinzione dell'obbligazione fidejussoria in capo al Sig. ██████████ ██████████ nei confronti della Banca per il titolo di cui è causa.

IN VIA SUBORDINATA

- 3) accertare e dichiarare la nullità delle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8, contenute nella predetta fideiussione omnibus del 13.09.2007 – e successiva integrazione del 25.08.2011 - per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera a) della Legge “antitrust” n. 287/1990 e/o per violazione di norma imperativa ex artt. 1418 e/o 1419 c.c.;
- 4) accertare e dichiarare l'intervenuta decadenza, ex art. 1957 c.c., della convenuta opposta da qualsivoglia azione nei confronti dell'odierno attore, e la conseguente estinzione dell'obbligazione fidejussoria in capo al Sig. ██████████ ██████████ nei confronti della Banca, per il titolo di cui è causa.

Per la intervenuta:

rigettare l'azione avversaria e tutte le domande proposte dal sig. ██████████ ██████████ in quanto inammissibili e comunque infondate in fatto e in diritto, per tutti i motivi esposti in atti (ivi compresi quelli esposti nella prima memoria ex art. 183, VI° co., c.p.c. con riferimento all'inammissibilità e comunque infondatezza delle eccezioni e domande nuove di controparte).

Con vittoria di spese diritti ed onorari.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato [REDACTED] conveniva in giudizio la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., al fine di ottenere che fosse dichiarata nel contraddittorio di quest'ultima la nullità integrale o quanto meno di alcune clausole contenute in una fideiussione omnibus dallo stesso prestata in favore della banca nel 2007.

L'attore in particolare esponeva:

- che il 13.9.2007 rilasciava a vantaggio della Banca Monte dei Paschi di Siena una fideiussione omnibus sino al limite di euro 3.120.000,00 a garanzia delle obbligazioni presenti e future contratte nei confronti dell'istituto di credito dalla [REDACTED] s.p.a.;
- che la debitrice principale era stata successivamente ammessa alla procedura di concordato preventivo;
- che la fideiussione in questione riportava pedissequamente le tre clausole, il cui utilizzo uniforme nelle fideiussioni omnibus bancarie in conformità a modelli di garanzia predisposti dall'ABI era stato riscontrato come espressione di una illecita intesa anticoncorrenziale;
- che, infatti, la Banca d'Italia nel 2005 aveva riconosciuto come illecite, in quanto lesive della concorrenza tre clausole contenute nello schema di fideiussione omnibus predisposto nel 2003 dall'ABI e sottoposto al vaglio preventivo dell'autorità di vigilanza;
- che la giurisprudenza, quindi, aveva dichiarato la nullità delle fideiussioni attuative di tale intesa anticoncorrenziale e ciò era stato affermato anche in relazione a fideiussioni rilasciate successivamente al 2005, là dove fossero comunque attuative di tale intesa illecita;
- che, in subordine, parte della giurisprudenza aveva circoscritto la sanzione della nullità alle sole

tre clausole ritenute lesive della concorrenza nel provvedimento della Banca d'Italia.

Si costituiva ritualmente in giudizio █████ NPL █████ s.r.l., tramite la mandataria Cerved Credit Management s.p.a., quale attuale titolare del credito garantito dalla fideiussione impugnata, contestando quanto *ex adverso* dedotto e, in particolare, evidenziando la legittimità e validità della garanzia.

A seguito di diverse riassegnazioni della causa, senza che fosse dato corso ad attività istruttoria alcuna, il giudice assegnatario rinviava all'udienza del 29.6.2021 per la precisazione delle conclusioni; adempiuto detto onere processuale, la causa era trattenuta in decisione collegiale, previo deposito di comparse conclusionali e di memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e, pertanto, merita di trovare accoglimento nella limitata misura che si indica.

Va osservato, infatti, come il testo della fideiussione omnibus prestata dal █████ nella sostanza risulti 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 aveva sanzionato, 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 proseguire 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 "voluta". 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, sebbene le clausole interessate dall'accertamento di cui sopra risultino essere state redatte nella fideiussione omnibus in esame attraverso l'utilizzo di espressioni sintattiche in parte differenti rispetto a quelle utilizzate nello

schema predisposto dall'ABI, tutto il tenore della fideiussione riproduca in modo sostanzialmente fedele il modello di garanzia esaminato dalla Banca d'Italia.

Al di là, infatti, delle minime differenze puramente sintattiche, significativo è il fatto che la fideiussione in esame ricalchi con assoluta fedeltà l'ordine delle clausole dello schema di riferimento.

La sostanziale corrispondenza dell'intero testo contrattuale con il modulo A.B.I., giustifica 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, 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.

Sotto il profilo propriamente temporale, inoltre, va osservato come le clausole incriminate fossero state già inserite nello schema contrattuale proposto dall'A.B.I. nel 1987 e che le stesse erano state riproposte immutate nel 2003, per poi essere vagliate e sanzionate 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") 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 2005, nella parte in cui riproducevano le clausole contestate, così come vadano perpetrate per le fideiussioni rilasciate successivamente al 2005, là dove risultino adesive all'illecita intesa anticoncorrenziale, secondo quanto desumibile dalla sostanziale corrispondenza dell'intero testo contrattuale con lo schema a suo tempo esaminato dalla Banca d'Italia.

Detto ciò, ritiene il Tribunale 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.

Va, quindi, riconosciuta la nullità per le ragioni esposte della clausola di deroga al disposto di cui all'art. 1957 c.c., così come le due clausole di cosiddetta reviviscenza dell'obbligazione del garante, sopra meglio riportate.

Va, viceversa, dichiarata inammissibile, in quanto domanda completamente nuova introdotta da parte attrice solo in corso di causa, la pretesa all'accertamento di una decadenza ex art. 1957 c.c. in cui sarebbe incorsa la banca nelle pretese creditorie avanzate in altra sede contro il [REDACTED] in ragione della fideiussione in esame.

Trattasi, infatti, di domanda completamente differente per titolo, per *causa petendi* e, soprattutto per presupposti fattuali rispetto a quella originaria di mero accertamento di nullità integrale o di singole clausole contenute nella fideiussione, per cui l'eccezione di inammissibilità della stessa sollevata dalla convenuta non può che trovare condivisione.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi euro 14.899,00, oltre i.v.a. e c.p.a., di cui euro 1.500,00 per spese generali ed euro 3.399,00 per rimborso spese.

P.Q.M.

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

- in accoglimento della domanda proposta da [REDACTED] nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., dichiara la nullità della fideiussione omnibus prestata dall'attore in data

13.9.2007 limitatamente alle clausole di essa di cui ai numeri 2, 6 e 8;

- condanna la convenuta a rifondere l'attore delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 14.899,00, oltre i.v.a. e c.p.a., di cui euro 1.500,00 per spese generali ed euro 3.399,00 per rimborso spese.

Così deciso in Milano il 21 ottobre 2021

Il giudice est.

Francesco Ferrari

Il Presidente

Adriana Cassano Cicuto