

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI NAPOLI
TERZA SEZIONE CIVILE

SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA D'IMPRESA

Il Tribunale di Napoli, Terza Sezione Civile, Sezione Specializzata in Materia d'Impresa, riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

DR. DARIO RAFFONE

PRESIDENTE

DR. ADRIANO DEL BENE

GIUDICE REL.

DR. SSA FRANCESCA REALE

GIUDICE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa

PROMOSSA DA

STEFANO

GIANCARLO

VINCENZO

tutti rappresentati e difesi, giusta procura in calce all'atto di citazione, dagli avv.ti Pasquale Coppola e Francesco Laezza, presso il cui studio elettivamente domiciliano in Napoli alla M. Cervantes n.55/5

ATTORI

NEI CONFRONTI DI

persona del legale rappresentante p.t., (), rappresentata e difesa, in virtù di procura in atti, dal prof. avv. presso il cui studio elettivamente domicilia in Napoli alla via

CONVENUTA

CONCLUSIONI

All'udienza del 07.05.2021 le parti concludevano come da verbale da intendersi qui riportato e trascritto.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato, gli attori citavano in giudizio la affinché venisse accertata la nullità delle garanzie personali rilasciate in favore dell'istituto di credito convenuto con condanna dello stesso al risarcimento dei danni patrimoniali e morali patiti.

Premettevano in fatto di aver rilasciato in data 27.04.2004 in favore della S.p.a. (e) una "fideiussione omnibus" nell'interesse della società fino alla concorrenza dell'importo di € 100.000,00 a garanzia delle obbligazioni contratte nei confronti della banca; successivamente il limite di tale garanzia veniva portato prima a € 170.000,00 e € 230.000,00 per raggiungere infine il limite

di € 400.000,00.

Secondo gli istanti, il contratto di fideiussione omnibus sarebbe affetto da nullità perché conforme allo schema contrattuale predisposto dall'ABI dichiarato dalla Banca d'Italia (che svolgeva funzioni di Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza tra istituti crediti) con il provvedimento n. 55 del 02.05.2005 in contrasto con l'art. 2 comma 2 lett. A) della legge n. 287/1990.

In particolare, il contratto di fideiussione sottoscritto dagli attori conteneva clausole conformi a quelle di cui ai nn. 2, 6 e 8 contenute nello "schema ABI" (e precisamente clausola di reviviscenza, clausola di rinuncia al termine decadenziale di cui all'art. 1957 c.c. e clausola di sopravvivenza) e quindi si chiedeva la declaratoria di nullità della "fideiussione omnibus" rilasciata a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dell'istituto di credito dalla società [redacted] già fallita nonché il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e morali subiti "da quantificarsi secondo il prudente apprezzamento dell'On.le intestato Giudicante".

Pertanto rassegnavano le seguenti conclusioni:

"1) accertare e dichiarare la nullità delle garanzie personali rilasciate in favore della banca convenuta dagli attori nell'interesse della società [redacted] per contrarietà all'art. 2, comma 2, lettera a) e comma 3, della Legge 287/1990;

2) condannare la banca convenuta ex art. 2043 e 2059 cod. civ. al ristoro di tutti danni patrimoniali e morali subiti dagli stessi per effetto dell'intervenuta compressione del diritto alla libertà di contrattazione, la cui quantificazione si rimette al prudente apprezzamento dell'On.le Giudicante;

Con vittoria di spese e compensi, oltre rimborso forfettario per spese generali, IVA e CPA come per legge e con distrazione in favore dei sottoscritti procuratori, che se ne dichiarano anticipatari."

Si costituiva in giudizio la [redacted], depositando comparsa di costituzione. Parte convenuta sosteneva l'infondatezza della tesi di parte attrice che invocherebbe una pronuncia di nullità delle fideiussioni omnibus riprodotte le clausole già dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, laddove tali clausole costituirebbero unicamente pattuizioni accessorie a contratti di fideiussione validi e vincolanti per le parti contraenti.

Ne consegue secondo parte comparente che la nullità di tali clausole non sarebbe idonea ad inficiare il resto del contratto di fideiussione, la cui funzione pratica non può essere disconosciuta anche in ragione del principio di conservazione del negozio.

Peraltro, secondo la banca convenuta, sia la normativa antitrust che la stessa Commissione Europea hanno negato che la nullità delle intese anticoncorrenziali si riverberi direttamente sui contratti "a valle" travolgendoli, residuando unicamente una tutela risarcitoria.

E' stata poi eccepita la prescrizione della pretesa risarcitoria avanzata da parte attrice, trattandosi di contratti di fideiussione risalenti ad oltre 14 anni fa. Nel merito la tutela risarcitoria è infondata, atteso che in ordine alla validità delle clausole incriminate già si è pronunciata in senso positivo gran parte della giurisprudenza di merito e di legittimità. Inoltre risulta completamente indimostrato - secondo la banca convenuta - anche il *quantum* del preteso danno da risarcire, fermo restando che nella fattispecie sarebbe inconfigurabile alcun danno morale.

Concludeva pertanto per il rigetto delle domande attoree, con vittoria di spese.

Alla prima udienza di trattazione del 27.11.2018, il giudice istruttore concedeva i richiesti termini ex art. 183 comma 6 c.p.c. ed all'esito in mancanza di richieste istruttorie fissava l'udienza di precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 07.05.2021 le parti concludevano come da verbale ed il giudice istruttore rimetteva la causa in decisione concedendo i termini ex art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

La domanda di parte attrice è parzialmente fondata e va accolta per quanto di ragione.

Preliminarmente, il Collegio rileva che nella prima memoria ex art. 183 comma 6 c.p.c. parte attrice ha parzialmente modificato la domanda nei seguenti termini:

“..dichiarare ex art. 1419, comma 2, c.c. la nullità parziale dei contratti di fideiussione in oggetto in riferimento alle sole clausole contenute negli artt. 2), 6) e 8) delle condizioni dei contratti di “fideiussione omnibus” in oggetto: per violazione diretta dell’art. 2, comma 2), lett. a) e comma 3) della Legge 287/1990, ovvero ex art. 1418 c.c., per l’intervenuta violazione della richiamata norma imperativa, ovvero ancora per contrarietà della causa dei medesimi contratti di fideiussione e/o delle sole clausole invalide all’Ordine Pubblico Economico ex art. 1343 c.c.; in tal caso accertare la violazione da parte della banca dei termini di cui all’art. 1957 c.c. (non derogato), con conseguente liberazione degli attori da qualsivoglia obbligazione conseguente alla sottoscrizione delle garanzie in parola;

in ogni caso:

- condannare la banca convenuta ex artt. 2043 e/o 2059 cod. civ. al ristoro di tutti i danni patrimoniali e morali subiti dagli attori per effetto dell’intervenuta compressione del diritto alla libertà di contrattazione, la cui quantificazione si rimette al prudente apprezzamento dell’On.le intestato Giudicante.-

In via subordinata ed alternativa:

- accertare e dichiarare l’intervenuta risoluzione dei contratti di fideiussione omnibus per grave inadempimento della banca ex artt. 1453 e ss. cc., da ritenersi insito nella violazione delle prescrizioni di cui all’art. 2, comma 2, lett. a) e comma 3, della Legge 287/1990, in quanto norma posta a tutela del predetto Ordine Pubblico Economico, con conseguente liberazione degli attori da qualsivoglia obbligazione conseguente alla sottoscrizione delle garanzie in parola...”.

In particolare, nella prima memoria parte attrice ha modificato la domanda chiedendo in alternativa alla declaratoria di nullità totale della fideiussione omnibus già richiesta la declaratoria di nullità parziale delle clausole ritenute violative della concorrenza ed ancora “in via subordinata ed alternativa” la risoluzione dei contratti di fideiussione omnibus.

Parte convenuta ha ritenuto che l’esercizio dello *ius variandi* di parte attrice avrebbe comportato una *mutatio libelli* incorrendo pertanto nelle preclusioni previste dal codice di rito e non accettando quindi il contraddittorio.

Senza ripercorrere il percorso argomentativo tracciato dalla giurisprudenza di legittimità per ampliare il potere di esercizio dello *ius variandi* nel rispetto del principio di economia processuale evitando la proliferazione dei processi, si può affermare che i giudici della nomofiliachia abbiano esteso la possibilità di procedere a modificare la domanda entro i termini della prima memoria ex art. 183 comma 1 c.p.c. senza che tale scelta determini *mutatio libelli*.

Invero, è stato abbandonato il criterio della differenziazione di *petitum* e *causa petendi* per valorizzare in una prospettiva di più ampio respiro l’inerenza delle nuove domande alla medesima vicenda sostanziale sottoposta all’esame del giudice e rispetto alla quale la domanda modificata sia più confacente all’interesse della parte.

Sulla base di tali premesse, le sezioni unite della Corte di Cassazione con la recente pronuncia n. 22404 del 13.09.2018 hanno affermato che *“..va accertato se, tra la domanda inizialmente proposta e quella poi successivamente formulata con la memoria ex art. 183, 6° comma, c.p.c., sussista quel rapporto di connessione per “alternatività” od “incompatibilità” cui si fa riferimento in quella decisione. Nella specie, entrambe le domande proposte (di adempimento contrattuale e di indebito arricchimento) si riferiscono indubbiamente alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, intesa come unica vicenda in fatto che delinea un interesse sostanziale...E’ ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. proposta in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183, 6° comma, c.p.c., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata”.*

Chiarito in questi termini l'esercizio dello *ius variandi* a cui è legittimato parte attrice, non vi è dubbio che nella fattispecie in esame la domanda di nullità parziale delle tre clausole contenute nel contratto di fideiussione omnibus tacciate di realizzare l'effetto anticoncorrenziale si pone in chiave alternativa alla già formulata domanda di declaratoria di nullità totale inerendo alla medesima vicenda sostanziale e non configura affatto un'ipotesi di *mutatio libelli*.

In tal caso viene in rilievo quel profilo di connessione per alternatività che rende possibile la modifica che non va incidere in alcun modo sulla durata del processo se non in termini positivi evitando la gemmazione di altro processo e favorendo la soluzione della complessiva vicenda sostanziale in un unico contesto processuale. Né tantomeno vengono intaccate le prerogative della difesa di controparte ben a conoscenza dell'unica vicenda sostanziale dedotta in giudizio (nel caso di specie i rimedi civilistici accordati in caso di nullità delle intese anticoncorrenziali "a monte" che si riverberano nei contratti stipulati a valle) ed a cui viene assegnato congruo termine per potersi difendere e controdedurre anche sul piano probatorio.

Venendo al merito della controversia è indubitabile che l'invocata nullità totale o parziale delle fideiussioni omnibus involge un tema piuttosto complesso che sta dividendo la dottrina e la giurisprudenza e cioè la tematica della nullità dell'intese illecite anticoncorrenziali e dei rimedi civilistici che riguardano i contratti stipulati "a valle".

La particolare complessità della vicenda si spiega alla luce della sovrapposizione nella fattispecie in esame del sistema del "public enforcement" con la tutela approntata dal "private enforcement" del diritto della concorrenza, ovvero il complesso delle tutele esperibili da parte del privato contraente vittima dell'illecito anticompetitivo.

E ciò in ragione della previsione introdotta dalla disciplina dettata dalla legge n. 287 del 1990 che all'art. 2 prevede che le intese che hanno per oggetto o per effetto di ridurre o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza "sono nulle ad ogni effetto".

Orbene, all'esito di un ampio dibattito, si è convenuto che la tutela garantita dalla legge antitrust non ha come destinatari unicamente le imprese che sottoscrivono l'intesa, ma piuttosto tutti i partecipanti al mercato, imprenditori come consumatori, portatori in analogo misura almeno in potenza di un interesse alla conservazione del suo carattere competitivo.

Tale conclusione è stata peraltro consacrata nella sentenza a sezioni unite della Corte di Cassazione n. 2207/2005 in cui è stato affermato il seguente principio "...la legge antitrust 10 ottobre 1990 n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e, dall'altro, che il c.d. contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti".

Ciò ha determinato l'ampliamento delle tutele esperibili una volta che il sistema del public enforcement abbia sancito la nullità dell'intesa anticoncorrenziale, ogniqualvolta gli effetti di quell'intesa si siano invernati in regolamenti negoziali nei quali i consumatori finali hanno visto limitata o addirittura negata l'effettiva libertà di scelta tra prodotti diversi.

E' noto che per quanto attiene al tema delle cd. fideiussioni omnibus con provvedimento n. 55/2005 (già depositato agli atti del giudizio), la Banca d'Italia, quale Autorità garante nel settore del credito prima che la competenza fosse devoluta nel 2006 all'AGCM, ha accertato l'uniforme applicazione, da parte delle banche aderenti all'ABI, associazione che raggruppa la quasi totalità delle aziende di credito operanti sul territorio nazionale (tra cui anche l'odierna convenuta e la Banca nei cui rapporti la stessa è succeduta, [REDACTED]), di un modello standardizzato, da

questa associazione predisposto, contenente, fra le altre, tre clausole ritenute in violazione della concorrenza.

In particolare si fa riferimento alle clausole concernenti la deroga all'onere ex art. 1957 c.c. di previo recupero del credito, entro sei mesi dalla scadenza, nei confronti del debitore principale, nonché la c.d. reviviscenza delle garanzie prestate e l'irripetibilità dei pagamenti effettuati in caso di sopravvenuta invalidità o inefficacia dell'obbligazione principale.

Nel citato provvedimento emesso dalla Banca d'Italia si legge testualmente: "Nel parere espresso sullo schema contrattuale definito dall'ABI, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato osserva preliminarmente che esso non è coerente con la *ratio* delle modifiche apportate alla disciplina codicistica della fideiussione con legge n. 154 del 1992, ispirate alla finalità di rafforzare la tutela della posizione contrattuale del garante. Lo schema dell'ABI, infatti, articolando la disciplina del rapporto in maniera dettagliata, sceglie, fra le varie opzioni lasciate dal codice civile alle parti per esercitare la propria autonomia contrattuale, la soluzione più sfavorevole al fideiussore. In particolare, tra le clausole che presentano profili di criticità dal punto di vista della concorrenza, l'Autorità indica – oltre a quelle previste dagli artt. 2, 6, 7, 8 e 13 dello schema, sopra descritte – anche quella dell'art. 1, secondo la quale la garanzia copre anche interessi, oneri tributari, spese e ogni altro accessorio, senza menzionare la possibilità di stipulare patto contrario, contemplata dall'art. 1942 cod. civ... 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".

Proseguendo nella lettura del citato provvedimento, la Banca d'Italia dopo aver riscontrato che nelle fideiussioni omnibus l'apposizione di alcune clausole (come quella "a prima richiesta") è strumentale a rafforzare la tutela degli istituti di credito in considerazione del ruolo fondamentale degli stessi nel sostegno all'attività economica per la concessione di finanziamenti, ha però evidenziato come altre clausole non siano necessarie alla funzione della garanzia bancaria ma piuttosto realizzano effetti anticoncorrenziali inducendo l'uniformità di comportamenti degli istituti di credito sfavorevoli alla clientela.

E pertanto ha concluso disponendo che: "gli articoli 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 l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90".

Peraltro non deve sfuggire che la portata della decisione del sistema di public enforcement incide in maniera pregnante sul potere del giudice chiamato a verificare se l'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale abbia leso il diritto del consumatore finale ad una libera scelta dei prodotti in concorrenza.

E a tal proposito viene in soccorso la previsione di cui al D. Lgs. n. 3 del 2017 adottato in attuazione della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, "relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea" che all'art. 7 prevede espressamente che: "Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato...La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale

e territoriale, valutabile insieme ad altre prove”.

Come è stato puntualmente ribadito dalla stessa giurisprudenza di legittimità in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza e con particolare riferimento alle clausole relative ai contratti di fideiussione omnibus da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia che ha accertato l'infrazione (con il dispositivo sopramenzionato) possiede un'elevata attitudine a provare la condotta concorrenziale (cfr. Cass. n. 13846 del 22.05.2019).

Pertanto, una volta che si riscontra come nella fattispecie in esame la perfetta corrispondenza delle clausole contenute nel modulo ABI e tacciate di generare effetti anticompetitivi con quelle espressamente inserite nel contratto di fideiussione intercorso tra le parti del presente giudizio (cfr. contratto prodotto da parte attrice che riproduce le clausole incriminate con la medesima indicazione numerica dello schema di contratto ABI: nn. 2, 6 ed 8), residua in capo al giudicante la verifica delle conseguenze della accertata e non più vagliabile illiceità dell'intesa “a monte” sul contratto stipulato a valle.

Come anticipato, le posizioni della giurisprudenza di merito in ordine ai rimedi effettivamente proponibili (tutela demolitoria o tutela risarcitoria) avverso la riscontrata illiceità dell'intesa a monte sono piuttosto diversificate e presuppongono spesso una visione atomistica che non tiene in debito conto le effettive ricadute dell'intesa illecita sulla regolamentazione negoziale a valle, senza la quale lo stesso divieto delle intese anticoncorrenziali resterebbe monco.

Vi è una parte della giurisprudenza di merito che scinde la portata della declaratoria della nullità delle intese dal contratto stipulato a valle che si connoterebbe per essere un contratto valido, se perfezionato in presenza di tutti i requisiti strutturali previsti dalla legge e non persegua una causa illecita.

Secondo tale ricostruzione, infatti, il contratto e le sue clausole, in quanto frutto dell'autonomia negoziale delle parti non potranno subire gli effetti invalidanti dell'accertamento della nullità e/o della caducazione di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi, residuando unicamente la possibilità di invocare la tutela risarcitoria (cfr., *ex pluris*, Trib. Treviso n. 1623/2018).

In senso diametralmente opposto, invece si muove quella giurisprudenza che individua un legame non solo sotto il profilo fattuale ma anche sotto quello degli effetti tra l'intesa “a monte” e il contratto “a valle”, configurando, talvolta, un'ipotesi di nullità totale (cfr. Tribunale Roma del 26.07.2018 e Trib. Salerno n. 3016 del 23.08.2018), talvolta un'ipotesi di nullità parziale (Trib. Roma, 29.01.2019; Corte di Appello di Bari 15.01.2020).

In attesa che la questione venga affrontata e sciolta dalle sezioni unite della Corte di Cassazione investite di recente sui rimedi civilistici esperibili, il Collegio intende ribadire la propria posizione già consolidata nelle prime pronunce sul tema in cui si è espressa l'intestata sezione specializzata.

Il Collegio ritiene che il fenomeno in esame non possa esser osservato in un'ottica unicamente pubblicistica, ma che occorra porre l'attenzione anche sulla posizione del soggetto contraente estraneo all'intesa e al pregiudizio che questi subisce per effetto di un'intesa vietata, di cui il contratto costituisce “lo sbocco” e ciò in considerazione della tutela apprestata dalla legge antitrust che attribuisce rilievo civilistico agli interessi dei consumatori.

L'opzione di recidere il vincolo funzionale che avvince l'intesa illecita con la successiva contrattazione con l'utenza (senza per questo scomodare la tesi del collegamento negoziale che non si ataglia alla fattispecie in esame per il semplice motivo che l'utente finale non prende parte alla intesa illecita) rischia di far sopravvivere gli effetti dell'intesa, così frustrando gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale tipici del diritto della concorrenza.

Come è stato ribadito nei precedenti della sezione che hanno già affrontato il tema: “per questo Tribunale, sarebbe del tutto contraddittorio con il sistema antitrust, unitariamente interpretato ed applicato, nella sua inscindibile connessione tra normativa europea e nazionale, mantenere in essere

situazioni conclamatamente anticoncorrenziali e limitare, eventualmente, la portata della sanzione ad un mero risarcimento. E ciò proprio per la funzione più generale, sopra ricordata, di massimizzazione delle transazioni nel tentativo di limitare le pur inevitabili asimmetrie di potere economico ed informativo presenti tra grandi imprese e i soggetti con queste stipulanti” (cfr. Tribunale Napoli sezione specializzata Imprese del 22.09.2021) .

Il divieto delle intese illecite o comunque di comportamenti anche unilaterali che limitano o restringono lo sviluppo di una concorrenza effettiva sul mercato non può essere circoscritto soltanto alla invalidazione di quei comportamenti illeciti come sanzionati ex art. 2 legge n. 287 del 1990 ma deve estendersi a qualsiasi altro atto espressione di autonomia privata che persegua il medesimo obiettivo.

In tal senso, si ritiene che il giudizio di disvalore contenuto nel divieto delle intese illecite a monte si deve poter trasmettere anche al regolamento di interessi voluto dalle parti poiché consente il concreto dispiegarsi dell’effetto anticoncorrenziale vietato.

Sanzionare di nullità la sola intesa “a monte” senza estendere il profilo caducatorio al contratto a valle significa negare che quest’ultimo costituisca lo strumento privilegiato attraverso il quale si estrinsecano sul piano fattuale gli effetti dell’intesa che altera il gioco della concorrenza.

Pertanto, il Tribunale ritiene che con specifico riferimento alle fideiussioni omnibus, laddove venga accertato che le clausole del contratto (quelle di cui ai nn. 2, 6 e 8 riportate pedissequamente nel contratto per cui è stata spiegata la presente azione) siano estrinsecazione di un’intesa illecita ex art. 2 della legge antitrust, debba configurarsi il rimedio della declaratoria di nullità.

Profilo invalidante che non può essere declinato in tal senso sulla base dell’illiceità della causa ex art. 1343 c.c. e ciò perché se l’istituto di credito persegue con il contratto “a valle” il fine di alterare a suo favore il mercato, dall’altra parte il cliente-fideiussore stipula il contratto per soddisfare un interesse coerente con il fine tipico dell’operazione posta in essere.

Né si ritiene di condividere la tesi secondo cui la nullità deriverebbe dall’illiceità dell’oggetto in quanto contrario alle norme imperative contenute nella legislazione antimonopolistica o, comunque, al principio di ordine pubblico economico secondo cui il mercato deve operare in regime di libera concorrenza. A tale ricostruzione, invero, si può obiettare che, nei contratti di fideiussione in esame, le condizioni contrattuali imposte dall’impresa non sono illecite (invero lo sarebbero soltanto alcune clausole) ma lo è il meccanismo di determinazione del contenuto del contratto.

Sulla base di quanto testè affermato, il Tribunale ritiene che, nella fattispecie in esame, il vizio che colpisce le clausole delle fideiussioni, riproduttive del contenuto del modulo ABI, integri un’ipotesi di nullità “virtuale” ex art. 1418, comma 1°, c.c. per contrarietà diretta a norme imperative di ordine pubblico economico (Trib. Napoli sezione imprese del 04.12.2020).

E ciò perché il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell’intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante (cfr. Cass. n. 2305/2007), sicché esso stesso è colpito da nullità ponendosi in contrasto con la disciplina posta a tutela della concorrenza.

In tale ipotesi, poiché lo schema contrattuale è frutto della predeterminazione unilaterale da parte della banca, unico soggetto che può fornire la prova dell’essenzialità delle clausole ai fini della stipula del contratto, circostanza che non può in alcun modo desumersi *sic et simpliciter* dall’alterazione del sinallagma contrattuale, il vizio riguarderà, quindi, le sole clausole del contratto di fideiussione interessate dall’intesa, ai sensi e per gli effetti della previsione di nullità parziale di cui all’art. 1419 c.c. (in senso conforme v. Cass. sent. n. 24044/2019).

Ed infatti ai sensi dell’art. 1419 c.c. la nullità parziale del contratto circoscritta soltanto ad alcune clausole dello stesso determina la nullità totale del contratto solo laddove risulta che i contraenti non

lo avrebbero concluso senza quella parte del contratto colpita da nullità. Di certo non si può sostenere che il fideiussore avesse interesse ad inserire delle clausole a sé sfavorevoli.

Nel caso di specie, viene in assorbente rilievo la deroga pattizia all'art.1957, comma 1°, c.c. che consente all'istituto bancario di coltivare azioni recuperatorie nei confronti del fideiussore anche dopo la scadenza dei sei mesi ivi prevista per l'inizio delle medesime azioni nei confronti del debitore principale, altrimenti non consentita in caso di inerzia della banca verso quest'ultimo.

Invero, nel caso in esame la banca convenuta dopo aver comunicato al fideiussore ed alla società garantita di aver sospeso gli affidamenti concessi con raccomandata del 26.05.2016 non si attivava nel rispetto dei termini ex art. 1957 c.c. non fornendo alcuna dimostrazione di aver iniziato le azioni recuperatorie nei confronti del debitore principale. Anzi sebbene fosse stato incardinato un giudizio per l'accertamento negativo delle ragioni di credito della banca innanzi al Tribunale di Napoli nemmeno in quella sede l'istituto di credito ha avanzato le richieste di pagamento dei saldi delle linee di credito in via riconvenzionale.

Quanto alla domanda risarcitoria proposta da parte attrice, occorre vagliare preliminarmente l'eccezione di prescrizione sollevata da parte convenuta.

Secondo i principi generali che sottendono l'istituto della prescrizione come corollario del principio di certezza dei rapporti e del traffico giuridico, solo quando il titolare del diritto sia adeguatamente informato dell'esistenza del pregiudizio e della sua attribuibilità all'autore dell'illecito, solo allora l'inerzia del danneggiato diviene rilevante ai fini della prescrizione.

Ed allora se si condivide la tesi che discetta di lungolatenza del danno antitrust da intendersi come distacco temporale tra il momento di inflizione del danno da parte del danneggiante ed il momento della sua percezione da parte del danneggiato, allora l'onere probatorio incombe su chi solleva l'eccezione che deve provare il momento in cui chi agisce abbia assunto l'adeguata e ragionevole percezione del danno subito e della sua ingiustizia (cfr. Cass. n. 2305/2007).

Nel caso in esame parte convenuta nel sollevare l'eccezione di prescrizione si limita a ritenere decorso il termine prescrizione dal momento in cui è stato sottoscritto il contratto fideiussorio senza fornire alcun elemento per individuare il momento in cui il danno è stato realmente percepito dal danneggiato, da cui si deve far decorrere il *dies a quo* della prescrizione.

A prescindere da tale rilievo già sufficiente a far rigettare la predetta eccezione, comunque nel merito il Tribunale non condivide quegli orientamenti giurisprudenziali che ritengono che la lesione della libertà di scelta sia configurabile come fonte di obbligo risarcitorio.

Tale impostazione muove, ad avviso del Collegio, da una non adeguata percezione del fenomeno in questione che nulla ha a che fare con le tradizionali categorie del soggetto nel diritto civile.

Tutto il sistema del diritto antitrust si fonda su presupposti affatto diversi in cui l'oggetto di tutela non è, se non indirettamente, il consumatore/utente (non a caso sono questi termini più usati nelle consuete riflessioni su tali paradigmi giuridici della modernità) ma bensì il complesso delle transazioni commerciali la cui continua espansione deve essere favorita colpendo comportamenti che, in quanto distorsivi del valore della concorrenza, assunto a rilievo fondativo di tutto il sistema dell'Unione Europea, sono nulli di pieno diritto (art.101 e 102 TFUE). E ciò perché, tale espansione delle transazioni commerciali è ritenuta come idonea a creare i presupposti per un sempre maggior benessere per i consociati in generale.

Da ciò discende che, per accedere alla tutela risarcitoria da illecito anticoncorrenziale, il cliente-consumatore non può limitarsi a prospettare una limitazione della sua libertà di scelta ma deve allegare e provare le concrete conseguenze che tale illecito ha determinato nella sua sfera personale e patrimoniale, in termini, ad esempio, di lesione dell'onore, del merito creditizio, ecc.

Peraltro, se nel giudizio civile avente ad oggetto il risarcimento del danno cagionato da illeciti

anticoncorrenziali l'accertamento giudiziale deve partire dal considerare come di fatto già accertata la violazione della normativa antitrust in ragione degli effetti del public enforcement, per quanto attiene al nesso di causalità e al danno risarcibile torna ad espandersi pienamente il potere di accertamento giudiziale secondo i canoni tipici dello statuto della tutela aquiliana.

Orbene nel caso di specie, parte attrice ha dedotto che il danno cagionato dall'intesa illecita atterrebbe alla compressione della libertà contrattuale nella scelta dei prodotti, quasi ipotizzando una sorta di danno *in re ipsa* come effetto dell'alterazione del gioco della concorrenza.

Nell'atto di citazione, poi si fa riferimento anche all'ulteriore danno rappresentato dalle conseguenze dell'eventuale azione esecutiva della banca, di cui non è stato poi fornito alcun elemento dimostrativo nel corso del giudizio.

Ciò che difetta irrimediabilmente è la prova del danno ingiusto che si configura come conseguenza eziologicamente riconducibile alla intesa illecita e che incide direttamente sulla sfera giuridica del fideiussore, il quale sebbene sia stato indotto a stipulare un contratto a condizioni più deteriori, deve poter fornire adeguata dimostrazione delle specifiche conseguenze pregiudizievoli subite in ragione delle clausole di cui è stata dichiarata la nullità.

Non residuano margini per il riconoscimento di un danno *in re ipsa* come sembra surrettiziamente sostenere la parte attrice nell'incapacità di fornire elementi probatori concreti della compromissione della propria sfera patrimoniale, tanto da invocare una liquidazione equitativa del danno non correlata ad alcun principio di prova.

Deve pertanto concludersi per l'accoglimento della domanda limitatamente alla declaratoria di nullità parziale delle clausole di cui ai nn. 2, 6, e 8 del contratto di fideiussione omnibus in oggetto, con reiezione di ogni altra richiesta.

L'accoglimento solo parziale della domanda e l'indubbia persistenza di contrasti non ancora composti (in attesa della pronuncia delle sezioni unite sui rimedi da azionare in caso di intese illecite anticoncorrenziali) sulle conclusioni a cui è giunto il Tribunale circa la presenza della nullità come sopra accertata, indiziano l'esistenza dei gravi motivi legittimanti l'integrale compensazione, fra le parti, delle spese di lite.

PQM

Il Tribunale di Napoli, Sezione Specializzata in materia d'Impresa, pronunciando sulle domande proposte da [REDACTED] STEFANO, [REDACTED] GIANCARLO, [REDACTED] VINCENZO e [REDACTED] MARIA nei confronti di [REDACTED] S.P.A.:

- accoglie parzialmente la domanda e, per l'effetto, dichiara la nullità parziale della fideiussione omnibus del 27.04.2004 rilasciata nell'interesse della società [REDACTED] con riferimento alla pattuita deroga al termine decadenziale di cui all'art.1957 c.c. nonché alle clausole di reviviscenza delle garanzie prestate e l'irripetibilità dei pagamenti effettuati in caso di sopravvenuta invalidità o inefficacia dell'obbligazione principale;

- rigetta tutte le altre domande;

- spese di lite integralmente compensate fra le parti.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 6 ottobre 2021

**IL GIUDICE ESTENSORE
DR. ADRIANO DEL BENE**

IL PRESIDENTE
DR. DARIO RAFFONE