

N. R.G. 2416/2022



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
Sezione Specializzata in materia di Impresa

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Domenico Bonaretti	Presidente
dott.ssa Manuela Cortelloni	Consigliere
dott.ssa Emanuela Rizzi	Consigliere rel

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa da:

T R A

Parte_1 (C.F. *C.F._1*); *Parte_2* (C.F. *C.F._2*); *Parte_3* (C.F. *C.F._3*); [...] *Parte_4* C.F. *C.F._4* ; *Parte_5* (C.F. *C.F._5* ; *Controparte_1* (C.F. *P.IVA_1*), rappresentati e difesi, come da procura in atti, dagli Avv. Paola Pifferi e Roberto Marconi, ed elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultimo sito in Milano, Via Priv. C. Battisti n. 1.

APPELLANTI E APPELLATI

CONTRO

Controparte_2 (C.F. *P.IVA_2*), e per essa, quale sua procuratrice, la *CP_3* (C.F. *P.IVA_3*) rappresentata e difesa, come da procura in atti, dagli avv.ti Alessandro Barbaro e Andrea Aloï. Elettivamente domiciliata in Milano, Via Festa del Perdono n. 14, 20122, presso lo studio dell'Avv. Barbara Alampì

pagina 1 di 17

APPELLATA E APPELLANTE IN VIA INCIDENTALE

Oggetto: controversie in materia di imprese e abuso di posizione dominante per violazione disciplina antitrust nazionale

CONCLUSIONI**Per parte appellante**

“Voglia l'Ecc.ma Corte adita, rigettato in toto l'appello incidentale di parte avversa, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Milano 1528/22 emessa a conclusione del giudizio R.G. 26998/19: - dichiarare la nullità totale delle fidejussioni per cui è causa; - dichiarare che gli appellanti non hanno rinunciato alla domanda di estinzione della obbligazione fidejussoria ex art. 1957 c.c. e nella ipotesi in cui non si ritenga di separarla ai sensi dell'art. 103 II co. c.p.c. rimettendola al Giudice preventivamente adito ex art. 39 II co. c.p.c., accoglierla al Giudice preventivamente adito ex art. 39 II co. c.p.c., accoglierla integralmente in quanto fondata in fatto ed in diritto ovvero, in subordine, dichiarando che gli appellanti sono tenuti a versare alle appellate (ed in particolare alla CP_4 in quanto cessionaria del presunto credito di ^{Cont} esclusivamente la somma di € 1.659,66 in relazione al conto corrente n. 7200 ed a condizione che, all'esito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo R.G. 5814/18 pendente presso il Tribunale di Como risulti accertato un saldo passivo di quel rapporto per un importo quantomeno pari a detta somma ovvero, in caso opposto, nei limiti del minor saldo passivo che in detto giudizio venisse accertato; - condannare le appellate alla rifusione integrale delle spese del giudizio di primo grado da distrarsi in favore del sottoscritto difensore antistatario ai sensi dell'art. 93 c.p.c.

- condannare le appellate alla rifusione integrale delle spese del presente grado con distrazione in favore del sottoscritto difensore antistatario ai sensi dell'art. 93 c.p.c.”

Per parte appellata

«Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, disattesa ogni contraria istanza,

- In via incidentale e preliminare, previa valutazione di ammissibilità del presente atto, in riforma della Sentenza n. 1528/2022 pubbl. il 21/02/2022 RG n. 26998/2019 Repert. n. 2256/2022 del 21/02/2022 resa dal Tribunale di Milano, in composizione collegiale, nel procedimento civile RG N. 26998/2019, rigettare la domanda principale svolta da parte attrice nel primo grado di giudizio di nullità totale e/o parziale delle fidejussioni oggetto di causa, in accoglimento dell'appello proposto

pagina 2 di 17

con il presente atto, annullare e/o comunque revocare e/o in ogni caso riformare la sentenza e per l'effetto della revoca/riforma/annullamento della sentenza appellata dall'odierna appellante rigettare l'appello avversario.

- In via preliminare dichiarare l'inammissibilità dell'appello per violazione del disposto normativo di cui all'art. 342 c.p.c. e per assenza dei presupposti richiesti ex art. 348 bis c.p.c., e con l'effetto di accertare e dichiarare l'inammissibilità dell'appello ex adverso proposto;

- In via principale rigettare integralmente l'appello proposto in quanto inammissibile per violazione dell'art. 345 c.p.c. ed in quanto palesemente infondato, sia in fatto che in diritto, e per l'effetto confermare integralmente la Sentenza n. 1528/2022 pubbl. il 21/02/2022 RG n. 26998/2019 Repert. n. 2256/2022 del 21/02/2022 resa dal Tribunale di Milano, in composizione collegiale, nel procedimento civile RG N. 26998/2019

- con vittoria di spese e compensi del doppio grado di giudizio"

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato *Parte_1* *Parte_2* *Parte_3*
Parte_4 *Parte_5* e *Controparte_1* convenivano in giudizio, innanzi al Tribunale di Milano, la *Controparte_6* esponendo di aver preventivamente proposto opposizione, dinanzi al Tribunale di Como, avverso il decreto ingiuntivo emesso in favore di tale istituto di credito e nei confronti dei medesimi, in qualità di fideiussori della fallita *Controparte_7* per l'importo di € 133.370,64 quale saldo debitore del conto corrente n. 7200/52.

Tra i motivi di opposizione, gli attori avevano lamentato la nullità delle fideiussioni sottoscritte con la *Controparte_6* (contratte precisamente il 30 marzo 2000 e il 2 maggio 2000 da *Parte_1* [...] e *Parte_2* il 7 novembre 2002 da *Parte_3* *Parte_4* e [...] *Parte_5* ed il 22 novembre 2012 da *Controparte_1*), in quanto redatte su moduli predisposti dalla banca contenenti clausole identiche alle clausole n. 2, n. 6 e n. 8 presenti su moduli conformi elaborati dalla ABI nel 2002, che la *Org_1* , con il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, aveva ritenuto frutto di un'intesa anticoncorrenziale vietata dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990.

Costituendosi dinanzi al Tribunale di Como nel procedimento di opposizione, la *Controparte_6* [...] eccepiva l'incompetenza per materia del Tribunale adito a decidere in ordine alla domanda di nullità delle fideiussioni, deducendo la competenza della Sezione Specializzata in materia di Imprese

istituita presso il Tribunale di Milano. Gli attori, ritenendo di dover proporre dinanzi al tribunale competente per materia la predetta azione di nullità, introducevano il relativo giudizio innanzi al Tribunale di Milano, Sez. Imprese, chiedendo di voler dichiarare la nullità, anche parziale, delle predette fideiussioni per violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990 con conseguente declaratoria di inefficacia delle stesse per decorso del termine di cui all'art. 1957 c.c.

A seguito dell'introduzione di tale giudizio, il Tribunale di Como, ravvisata la pregiudizialità della questione di nullità delle fideiussioni sottoscritte, sospendeva il procedimento ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

Si costituiva dunque in giudizio la *Controparte_6* domandando, al Tribunale di Milano, il rigetto delle domande avversarie.

Successivamente si costituiva ai sensi dell'art. 111 c.p.c., *Controparte_2* attraverso la sua procuratrice *CP_3* assumendo di aver acquistato il credito della *Controparte_6* nei confronti di *Parte_1* *Parte_2* *Parte_3* *Parte_4* [...] *Parte_5* e *Controparte_1*.

La stessa, richiamando e facendo proprie le istanze e le difese della cedente, chiedeva l'estromissione di quest'ultima dal processo.

Il Tribunale di Milano, Sez. Specializzata in materia d'impresa, con la sentenza n. 1528/2022, del 21.02.2022, ha così statuito:

*“Il Tribunale di Milano – sezione specializzata impresa “A” - in composizione collegiale, definitivamente decidendo sulle domande proposte da *Parte_1* *Parte_2* [...] *Pt_3* *Parte_4* *Parte_5* e *Controparte_1*, con atto di citazione notificato in data 7 maggio 2019, disattesa o assorbita ogni diversa istanza, così provvede:*

*- dichiara la nullità dei contratti di fideiussione stipulati con la *Controparte_6* rispettivamente il 30 marzo 2000 e il 2 maggio 2000, da *Parte_1* e *Parte_2* il 7 novembre 2002 da *Parte_3* *Parte_4* e *Parte_5* e il 22 novembre 2012 da *Controparte_1*, limitatamente alle clausole n. 2, n. 6 e n. 8;*

- compensa le spese di lite tra le parti.”

L'iter percorso dal giudice di primo grado può essere così sintetizzato:

- il Tribunale ha anzitutto rilevato che tutte le fideiussioni prodotte dagli attori contengono le clausole n. 2, n. 6 e n. 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI;

- il giudice di primo grado ha dapprima richiamato la natura di prova privilegiata del provvedimento n. 55 del 2005 di *Org_1* con cui la stessa, all'epoca Autorità garante della concorrenza tra Istituti creditizi ai sensi degli artt. 14 e 20 della legge n. 287 del 1990, all'esito di un'esauritiva istruttoria, aveva appurato che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie contenevano disposizioni che, se applicate in modo uniforme, contrastavano con la normativa *antitrust*;
- ciò posto, con riguardo alle fideiussioni stipulate da *Parte_1* e *Parte_2* rispettivamente in data 30 marzo 2000 ed il 2 maggio 2000 e con riguardo alla fideiussione stipulata da *Parte_3* *Parte_4* e *Parte_5* in data 7 novembre 2002, il giudice, richiamando l'orientamento espresso con la sentenza della Corte di Cassazione n. 13846/2019 per cui le decisioni assunte dall' *Org_2* , se non impugnate o passate in giudicato a seguito del relativo contenzioso dinanzi al giudice amministrativo costituiscono prova privilegiata e ponendo l'accento sul fatto che le ricadute degli effetti del provvedimento di *Org_1* hanno ad oggetto anche i contratti stipulati prima del maggio 2005, è addivenuto a tale conclusione: *“deve ritenersi che la produzione in giudizio, da parte degli attori, del provvedimento n. 55 del 2005 della Org_1 quale documento 8, sia sufficiente a provare la sussistenza dell'intesa restrittiva”*;
- in riferimento, invece, alla fideiussione sottoscritta in data 22 novembre 2012 dalla società *CP_1* , il Tribunale ha mosso i seguenti rilievi: la produzione in giudizio del provvedimento di [...] *Org_1* non fornisce, di per sé, prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza, data la distanza temporale intercorsa fra l'accertamento e la stipula della garanzia fideiussoria; parte attrice è coinvolta in un giudizio c.d. *stand alone* nel quale l'attore chiamato a dar prova dei fatti costitutivi della domanda, non può giovare, come nelle c.d. *follow on actions* dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale contenuto nel provvedimento, ed è dunque onerata dell'allegazione e dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali rientra quello della perdurante esistenza di un'intesa illecita all'epoca della sottoscrizione del contratto di fideiussione da parte della *Controparte_1* ;
- il Tribunale ha dunque rilevato che parte attrice, al fine di fornire la prova dell'intesa illecita, ha prodotto alcuni contratti di fideiussione che vanno dalla fine degli anni '90 al 2014 di cui quattro relativi al 2012. Ha poi osservato che i moduli prodotti contengono le tre clausole oggetto di accertamento per poi concludere che *“tali documenti, ad avviso del Collegio, sono idonei a fornire*

la dimostrazione del perdurare dell'intesa illecita già censurata anche all'epoca della sottoscrizione della fideiussione stipulata dalla società CP_1 nel novembre del 2012";

- il Tribunale, poi, sulla base della nota pronuncia delle S.U. n. 41994/21 per cui l'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto ha portata eccezionale ed è a carico di chi ha interesse a far cadere del tutto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, ha rilevato come, nel caso di specie, in mancanza di rigorosa allegazione e prova del contrario, si può ritenere che il fideiussore avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole anzidette, dovendosi ritenere portatore di un interesse economico al finanziamento bancario, che spiega, appunto, il consenso alla prestazione di garanzia;
- accertata, dunque, la nullità parziale delle fideiussioni, limitatamente, pertanto, alle clausole contenenti gli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI, il Collegio ha osservato che benché l'accertamento di inefficacia delle fideiussioni ai sensi dell'art. 1957 c.c. fosse stato richiesto nell'atto di citazione, nella prima memoria istruttoria ed in sede di p.c., nella propria comparsa conclusionale gli attori hanno rilevato che *"come già anticipato nella terza memoria ex art. 183 VI co. c.p.c. [...] in realtà la decisione sulla declaratoria di inefficacia spetta al Giudice della opposizione a decreto ingiuntivo pendente davanti il Tribunale di Como in quanto preventivamente adito"* e che *"l'aver riprodotto la medesima domanda anche nella citazione introdotta di questo giudizio è dipeso da un mero refuso"*;
- il Collegio ha dunque ritenuto che la relativa domanda dovesse considerarsi rinunciata.

Parte_1 Parte_2 Parte_3 Parte_4 Parte_5 e
Controparte_1 hanno interposto appello avverso la sentenza di primo grado, articolando,

a tal fine, i seguenti motivi, che verranno approfonditamente esposti in parte motiva:

- 1) *"La nullità totale della fideiussione"*;
- 2) *"La domanda di estinzione della obbligazione fideiussoria"*;
- 3) *"La compensazione delle spese di lite"*

Si è costituita, nel presente giudizio d'appello, la CP_3 quale procuratrice di CP_2 [...] quest'ultima cessionaria del credito, la quale ha contestato l'ammissibilità dell'appello *ex adverso* proposto ai sensi degli artt. 342 e 348 *bis* c.p.c., censurandone, altresì, la fondatezza nel merito. L'appellata ha proposto, a sua volta, appello incidentale suddiviso in due motivi, i quali saranno, anch'essi, oggetto di approfondimento in parte motiva:

- 1) *“Erronea motivazione in relazione alla sussistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza nonché dell’accertamento della nullità parziale delle clausole, - Fideiussioni rilasciate dai sig.ri Parte_1 Parte_2 Parte_3 Parte_4 e [...] Parte_5 ;*
- 2) *“Erronea motivazione in relazione alla sussistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza, nonché dell’accertamento di nullità parziale delle clausole, - Fideiussione rilasciata dalla CP_1 .*

Precisate le conclusioni all’udienza del 13.03.2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Rileva la Corte in via preliminare che l’eccezione di inammissibilità formulata dall’appellata ai sensi dell’art. 348 *bis* c.p.c. è priva di pregio, atteso che la Corte, rinviando per la precisazione delle conclusioni, ha escluso la manifesta infondatezza dell’impugnazione ritenendo opportuno e necessario, per le questioni introdotte con i motivi di appello, assicurare l’ordinario corso del giudizio.

Parimenti infondata risulta essere l’eccezione di inammissibilità dell’appello ai sensi dell’art. 342 c.p.c. Invero, l’art. 342 c.p.c., nel testo novellato, deve essere inteso come precettivo di un appello formulato con motivi specifici, che enucleino, esplicitamente o implicitamente, il capo di sentenza impugnato, sia in fatto che in diritto; che indichino gli *errores in iudicando* od *in procedendo*, asseritamente compiuti dal primo giudice, e la loro rilevanza ai fini della decisione.

Il tutto per come ribadito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con Sentenza n. 27199 del 16/11/2017, laddove hanno espressamente affermato che "l’art. 342 c.p.c., nel testo formulato dal D.L. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla L. n. 134 del 2012, va interpretato nel senso che l’impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, senza che occorra l’utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, tenuto conto della permanente natura di "*revisio prioris instantiae*" del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata".

A detta interpretazione si conforma l’appello qui in esame, secondo la sua prospettazione, individuando i capi di sentenza impugnati e gli *errores in iudicando* asseritamente compiuti dal primo giudice (segnatamente, l’aver erroneamente ravvisato un’ipotesi di nullità parziale anziché di nullità totale dei

pagina 7 di 17

contratti di fideiussione sottoscritti; l'aver erroneamente rilevato l'intenzione di parte attrice a voler rinunciare alla domanda di declaratoria di inefficacia delle fideiussioni *ex art. 1957 c.c.*; l'aver erroneamente compensato le spese di lite fra le parti) con richiesta di riforma dei capi suddetti. Il che integra una prospettazione specifica e rilevante delle argomentazioni di impugnazione ed il rigetto dell'eccezione proposta da parte appellata.

Passando all'esame degli appelli prospettati, ritiene la Corte di vagliare dapprima i motivi di appello principale.

Con il primo motivo di gravame gli appellanti impugnano la sentenza di primo grado per aver individuato, nel caso di specie, un'ipotesi di nullità parziale laddove, invece, a dir di parte appellante, ciò che la legge n. 287/90 vuole impedire e che, pertanto, va sanzionato, non è la singola clausola oggetto di libera contrattazione fra le parti, quanto, piuttosto, l'intera intesa anticoncorrenziale.

Secondo la prospettazione di parte appellante, se il negozio finale è nullo perché è nulla l'intesa "a monte" a cui partecipa una delle due parti che, in virtù di quella intesa, diventa la parte forte che può imporre un testo uniforme ed immodificabile di quel negozio, allora questa nullità non può che travolgere l'intero negozio "a valle".

La difesa di parte appellante evidenzia, in particolare, che l'interrogativo da porsi non è quello individuato dal Tribunale e cioè se il garante avrebbe comunque sottoscritto la fideiussione qualora non vi fossero state le clausole nn. 2, 6 e 8, bensì se il garante avrebbe firmato la fideiussione se un'altra banca, in assenza di un'intesa con altri istituti di credito, avesse offerto condizioni anche più vantaggiose rispetto allo schema ordinario di fideiussione delineato dal codice civile.

Ritiene la Corte che tale motivo sia infondato e che non meriti, dunque, accoglimento per le seguenti ragioni.

Quanto agli effetti dell'intesa concorrenziale "a monte" sul contratto di fideiussione "a valle" stipulato da chi è rimasto estraneo all'intesa, secondo l'orientamento di questa Corte di Appello¹ e, da ultimo, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con la più volte citata sentenza n. 41994/2021), la riproduzione delle clausole vietate comporta la nullità parziale del contratto di fideiussione, ai sensi dell'art. 1419 c.c.

Trattasi di approdo interpretativo fondato, essenzialmente, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata, ai sensi dell'art. 41 Cost., dell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c.; nonché sulla previsione, nella stessa disciplina antitrust (art. 2, comma 3, Legge 287/1990), della "nullità" delle

¹ Cfr. C.A. Milano, sentenza del 4 novembre 2021 (Rel. Pres. Raineri).

intese vietate e, non ultimo, sull'interesse protetto dalla disciplina in tema di concorrenza che è, principalmente, il mercato in senso oggettivo e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente.

Da ciò consegue l'inidoneità del solo rimedio risarcitorio che protegge, nei singoli casi considerati, solo il contraente, se ed in quanto abbia dato prova di avere subito un danno, senza avere un'efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa o che ne hanno - come nella specie - recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio e non tutti sono nelle condizioni di allegare e provare il danno subito.

La nullità parziale delle clausole vietate rappresenta pertanto il punto di equilibrio tra il "principio di conservazione del contratto" e la necessità di espungere, dallo stesso regolamento contrattuale, le clausole nulle, per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali.

Di conseguenza, in base alla disciplina di cui all'art. 1419 c.c., la nullità della singola clausola contrattuale - o di alcune soltanto delle clausole del negozio - comporta la nullità dell'intero contratto ovvero, in base al principio «utile per inutile non vitiatur», la conservazione dello stesso, previa valutazione della volontà delle parti, in funzione dell'interesse in concreto perseguito. Quindi, "La nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non abbia un'esistenza autonoma, né persegua un risultato distinto, ma sia in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità (Cass., 05/02/2016, n. 2314)".

Peraltro, così come sottolineato dalle SS.UU. Civili "... tale ultima evenienza è di ben difficile riscontro nel caso in esame. Ed invero, avuto riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione. D'altro canto, però, il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. Osserva - al riguardo - il provvedimento n. 55/2005 che il fideiussore è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione

della garanzia. Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti" – (cfr. par. 2.15.3 SS.UU. Civili cit.).

Tutto ciò premesso, trasponendo tali principi al caso di specie, la Corte rileva che il Tribunale ha fornito una corretta applicazione dei principi resi dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite appena richiamata ritenendo, a ragione, che in assenza di rigorosa allegazione e prova del contrario, il fideiussore avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole richiamate.

L'appellante, difatti, pur criticando la prospettazione assunta dal Tribunale si è limitato a suggerire il quesito da porsi ai fini della caducazione dell'intero negozio e cioè se il garante avrebbe firmato la fideiussione se un'altra banca, in assenza di un'intesa con altri istituti di credito, avesse offerto condizioni anche più vantaggiose rispetto allo schema ordinario di fideiussione delineato dal codice civile, senza, tuttavia, svolgere alcuna argomentazione difensiva in ordine alla ricaduta pratica della eventuale declaratoria di nullità sul contratto, non avendo provato né allegato se ed in che termini lo stesso sarebbe stato concluso o se sarebbe stato concluso a condizioni differenti o se, al contrario, le parti non avrebbero concluso il contratto senza tali clausole, con conseguente integrale caducazione ex art. 1419 c.c..

Attraverso il secondo motivo d'appello parte appellante impugna la parte della sentenza di primo grado in cui il Tribunale ha ritenuto che parte attrice avesse rinunciato alla propria domanda di declaratoria di inefficacia delle fideiussioni ex art. 1957 c.c.

Argomenta parte appellante che la stessa non ha mai inteso rinunciare a tale domanda, evidenziando che siffatta rinuncia, oggetto di pronuncia da parte del Tribunale, contrasta con le argomentazioni esposte negli atti conclusivi con cui si chiedeva altresì l'accoglimento della domanda di estinzione dell'obbligazione fideiussori ai sensi dell'art. 1957 c.c.

Preme a parte appellante evidenziare l'erroneità di tale statuizione anche per le ripercussioni che potrebbero scaturire nel separato giudizio innanzi al Tribunale di Como.

In particolare, l'appellante deduce: *"l'equivoco che potrebbe generare la permanenza (in mancanza di opportuni chiarimenti) di una tale statuizione sta nel fatto che la rinuncia alla domanda è un concetto che spesso viene equivocato nel senso che da essa discenderebbe l'impossibilità di riproporre la medesima domanda in altro giudizio (il che potrebbe indurre a sostenere che tale rinuncia avrebbe spiegato effetti anche nell'antecedente giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ove tale domanda è*

stata formulata per prima e che si intende coltivare senza alcuna rinuncia di sorta) [...] In realtà l'unica rinuncia processuale che consente di sostenere una abdicazione definitiva alla proposizione di una domanda è la rinuncia all'azione (di tale che la pronuncia del Tribunale di Milano oggetto del presente motivo di appello potrebbe anche ritenersi del tutto ininfluyente in quanto la medesima domanda di estinzione della obbligazione fidejussoria potrà essere coltivata davanti al Giudice della opposizione a decreto ingiuntivo dov'era stata preventivamente proposta). Anche una statuizione della Ecc.ma Corte di Appello qui adita che chiarisse la carenza di interesse al presente motivo di appello per potersi comunque coltivare la medesima domanda nel predetto giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo sarebbe comunque chiarificatrice ed impedirebbe a quel Giudice di cadere in un equivoco che imporrebbe la prosecuzione di quel giudizio nei successivi gravami”.

Parte appellante chiede di voler separare ai sensi dell'art. 103 II comma c.p.c. la domanda di estinzione dell'obbligazione fidejussoria ai sensi dell'art. 1957 c.c.

Esponde parte appellante che, qualora la Corte intenda vagliare la questione, non potrebbe che rilevarne la fondatezza e ciò sulla base delle seguenti allegazioni: non vi è prova che la banca abbia effettivamente iniziato l'azione giudiziale contro il debitore principale posto che la banca sostiene di aver depositato la propria domanda di ammissione al passivo della procedura fallimentare della società

Controparte_7 in data 13.09.2018, ma controparte si è limitata a produrre il contenuto di una pec inviata al curatore del fallimento, nella quale afferma di aver depositato tale istanza senza dar effettiva prova del deposito dell'istanza; all'interno della predetta e-mail si fa riferimento ad un c/c n. 7200, ma non è dato sapere se il relativo credito sia stato ammesso allo stato passivo e comunque, come evidenziato già nell'atto di citazione in opposizione al D.I., il rapporto di c/c in essere tra la banca e la società debitrice principale non era quello contrassegnato dal n. 7200; fra le parti, difatti, vi erano 5 rapporti di c/c differenti in essere, i cui rispettivi saldi confluivano quotidianamente nel conto n. 7200; soltanto a partire dal settembre del 2017 è stato utilizzato unicamente il c/c n. 7200; tuttavia, per la determinazione del corretto saldo del rapporto dedotto nel ricorso monitorio, la banca avrebbe dovuto produrre anche gli estratti conto afferenti ai diversi c/c; inoltre, anche volendo prescindere da ciò, qualsiasi ipotetico credito vantato dalla banca nei confronti della *Controparte_7* era già esigibile alla data del 13.03.2018 poiché dall'esame dell'estratto scalare del conto 7200 risulta che già nel febbraio 2018 il rapporto non godeva di alcun affidamento e che, anzi, l'esigibilità del saldo del c/c doveva essere fatta risalire al 2.10.2017, momento in cui il fido di cassa veniva revocato.

Ritiene la Corte che il motivo sia infondato per le seguenti ragioni.

pagina 11 di 17

Giova ricordare, anzitutto, che la rinuncia all'azione, ovvero all'intera pretesa azionata dall'attore nei confronti del convenuto, costituisce un atto di disposizione del diritto in contesa e richiede, in capo al difensore, un mandato "ad hoc", senza che sia a tal fine sufficiente quello "ad litem", in ciò differenziandosi dalla rinuncia ad una parte dell'originaria domanda, che rientra fra i poteri del difensore quale espressione della facoltà di modificare le domande e le conclusioni precedentemente formulate (Cass. civ. n. 4837/2019).

Ciò posto, la Corte rileva che l'interesse degli odierni appellanti, sotteso alla proposizione del presente motivo di doglianza, è quello di ottenere - come precisato dagli stessi nell'atto introduttivo del presente giudizio - una pronuncia "*chiarificatrice*", ovvero una pronuncia che chiarisca che vi è stata una mera rinuncia alla domanda e non una rinuncia all'azione e che, pertanto, la domanda può essere riproposta in altro giudizio.

Ebbene, è di tutta evidenza che, come del resto rilevato anche dal Tribunale, gli odierni appellanti hanno inteso rinunciare alla domanda di declaratoria di inefficacia delle fideiussioni *de quibus* per decorso del termine di cui all'art. 1957 c.c. e che tale rinuncia ha spiegato i propri effetti unicamente all'interno del presente giudizio; ciò, difatti, non preclude loro il coltivare la relativa domanda nel separato giudizio sorto innanzi al Tribunale di Como ed attualmente sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. In via incidentale, preme alla Corte rilevare - anche ai fini deflattivi del contenzioso giudiziale - che si dubita della dedotta inefficacia delle fideiussioni oggetto di causa, poiché come evidenziato dall'appellata, le stesse presentano tutte la clausola di pagamento a prima richiesta² (vd. art. 7 dei testi delle fideiussioni, docc. 2, 3, 4 e 5 di parte appellante) e risulta prodotta in atti la richiesta stragiudiziale di *Controparte_6* di pagamento del 26.03.2018 contestuale alla comunicazione di recesso dai rapporti in essere (vd. doc. 17 parte attrice I grado).

Mediante il terzo motivo d'appello l'appellante censura la decisione di primo grado per aver compensato le spese di lite fra le parti rappresentando che, nel caso di specie, non si versa né in un'ipotesi di "mutamento della giurisprudenza", essendo ormai ben radicato l'orientamento di

² Si osservi, difatti, sul punto che, la Suprema Corte ha avuto modo di prendere posizione sul punto fornendo un orientamento condiviso da questa Corte e per cui la presenza di una clausola c.d. "a prima richiesta", in concorrenza con la previsione di cui all'art. 1957 c.c. (la cui reviviscenza è la normale conseguenza della nullità del patto di deroga), determina non già l'elusione del termine semestrale per agire nei confronti del debitore, ma comunque il venir meno dell'obbligo di esperire, in quello stesso termine, un'azione giudiziale (come richiesto dalla tradizionale esegesi della norma), dovendosi ritenere "*sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento ... atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare "a prima richiesta" l'adempimento subordinato all'esercizio di un'azione in giudizio*" (Cass. 22346/2017).

legittimità per cui in caso di fideiussioni *omnibus* redatte in conformità allo schema ABI vi è un caso di nullità – totale o parziale che sia - del contratto di fideiussione, né di “*gravi ed eccezionali ragioni*”.

Ritiene la Corte che anche tale motivo sia infondato e vada, dunque, rigettato per quanto segue.

A parere della Corte la compensazione delle spese di lite operata dal giudice di primo grado si giustifica in ragion del fatto che la questione di diritto trattata nel corso del procedimento di primo grado – introdotto, quest’ultimo, con atto di citazione notificato in data 07.05.2019 e culminato nella pronuncia impugnata del 10.02.2022 – era caratterizzata da novità. Difatti, in materia, almeno sino alla già menzionata pronuncia delle Sezioni Unite n. 41994/2021, intervenuta nel dicembre 2021, dunque proprio in concomitanza del procedimento di primo grado, si registravano plurimi orientamenti giurisprudenziali variegati ed articolati i quali non offrivano soluzioni univoche quanto alla sorte del contratto a valle³.

Anche l’appello incidentale prospettato risulta infondato per le seguenti ragioni.

Attraverso il primo motivo d’appello incidentale la cessionaria impugna la parte della sentenza in cui è stata dichiarata la nullità parziale delle clausole inserite nelle fideiussioni rilasciate nel 2000.

Adduce, a tal proposito, che le fideiussioni ad oggetto risalgono rispettivamente al 30 marzo 2000 ed al 2 maggio 2000, periodo rispetto al quale nessuna indagine risulta essere stata svolta dall’autorità di vigilanza.

Contesta, pertanto, la valenza del Provvedimento di *Org_1* a comprovare la sussistenza di un’intesa anticoncorrenziale.

Evidenzia che era onere dei garanti dare la prova della conformità della fideiussione sottoscritta allo schema ABI, dell’esistenza di un accordo anticoncorrenziale a monte del contratto, del fatto che il contratto di cui si chiede di dichiarare la nullità abbia concretamente leso la sfera di libertà economica dei garanti, che la banca rientra fra gli istituti di credito che hanno aderito all’ABI e dar prova dell’uniforme applicazione delle suddette clausole fra gli operatori del settore nel periodo nel quale sono state rilasciate le suddette fideiussioni.

Sotto altro profilo, contesta la qualità di consumatore in capo ai fideiussori, asserendo che gli stessi non possono essere considerati tali poiché rivestono la qualifica di soci della società debitrice principale.

Pertanto, secondo l’appellante incidentale, non rivestendo la qualifica di consumatori, la clausola di deroga di cui all’art. 1957 c.c. – ed in generale anche le altre clausole riprodotte dello schema ABI –

³ Difatti, vi era una pluralità di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali riguardanti gli effetti prodotti dall’illecito antitrust accertato “a monte” sulle fideiussioni stipulate “a valle”; nello specifico si controverteva se al fideiussore spettasse una tutela “reale” ossia a carattere “demolitorio” oppure una tutela esclusivamente risarcitoria.

specificatamente approvata per iscritto, non può ritenersi nulla, non potendo trovare applicazione lo “stato del consumatore” (pag. 10 della comparsa di costituzione della ^{CP-}).

Il motivo è infondato.

La Corte rileva anzitutto che le doglianze mosse attraverso il motivo d’appello ad oggetto riguardano le prime due fideiussioni del 30.03.2000 e del 02.05.2000 e non già la fideiussione del 7.11.2002 rilasciata da *Parte_3* *Parte_4* e *Parte_5*

Ciò posto, le critiche mosse non sono idonee a scalfire quanto rilevato dal giudice di primo grado.

Difatti, correttamente il Tribunale ha ritenuto che gli odierni appellanti avessero assolto al proprio onere probatorio, avendo prodotto in giudizio i contratti di fideiussione del 30 marzo 2000 (vd. doc. 2 parte appellante) e del 2 maggio 2000 (vd. doc. 3 parte appellante) riproductivi delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall’ABI, nonché il provvedimento n. 55 del 2005 di [...] *Org_1* (vd. doc. 8 parte appellante).

Difatti, come affermato dalla Suprema Corte con ordinanza del 12 dicembre 2017 n. 29810, “*in tema di accertamento dell’esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art.2, la stipulazione “a valle” di contratti o negozi che costituiscano l’applicazione di quelle intese illecite concluse “a monte” (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all’accertamento dell’intesa da parte dell’Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la [...] *Org_1* con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, articoli 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all’ *Org_2* , con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016) a condizione che quell’intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza”.*

Ciò posto, non può escludersi la nullità dei contratti in questione per il solo fatto della loro anteriorità all’indagine dell’Autorità indipendente ed alle sue risultanze. Invero, con riguardo alle fideiussioni contenenti le clausole sanzionate, ma sottoscritte in un periodo antecedente all’arco temporale oggetto dell’istruttoria condotta dall’Autorità (novembre 2003 – maggio 2005), ritiene il Tribunale che l’accertamento compiuto dalla *Org_1* e pubblicato nel maggio del 2005 ha avuto un periodo temporale di osservazione e di rilievo che fanno ritenere assai probabile che l’intesa (o gli altri

pagina 14 di 17

comportamenti lesivi della concorrenza tra imprese bancarie) sia stata consumata ancor prima della conclusione dei contratti qui contestati. In altri termini, la riproduzione in un contratto di fideiussione anteriore al 2005 delle clausole dichiarate nulle dal provvedimento n. 55/2005 comporta una valida presunzione della esistenza, tra l'atto a monte e il contratto a valle, di un nesso funzionale alla produzione dell'effetto anticoncorrenziale. Incombeva, pertanto, sulla banca l'onere di dimostrare che al tempo in cui la fideiussione è stata rilasciata e nonostante l'identico contenuto delle clausole, non esistesse ancora l'intesa anticoncorrenziale tra gli istituti di credito oggetto delle censure dell'Autorità di Vigilanza. Tale prova non è stata, tuttavia, fornita.

Si consideri poi che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante in via incidentale, in tema di fideiussioni *omnibus* conformi al modello ABI, è irrilevante la qualifica del garante come professionista o consumatore, dal momento che la violazione della normativa *antitrust* può essere invocata sia dagli imprenditori che dai consumatori, essendo entrambi attori del mercato titolari di un interesse processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo.

Attraverso il secondo motivo d'appello incidentale la cessionaria censura la parte della sentenza in cui si è statuita la nullità parziale delle clausole contenute nella fideiussione rilasciata da *CP_1* nel 2012.

Sotto un primo profilo, argomenta che non è stata fornita la prova del fatto che nel 2012 un numero significativo di istituti di credito all'interno del medesimo mercato, ha coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussioni alterando, in siffatta maniera, il gioco della concorrenza.

Asserisce inoltre che *"...per giurisprudenza costante quand'anche le clausole siano presenti nella garanzia rilasciata dalla batoc67, ciò dimostra solo che la banca non aveva all'epoca dei fatti ancora dato seguito al provvedimento di Org_1, ma nulla prova circa la condotta delle altre banche e soprattutto in ordine alla esistenza di un'applicazione uniforme di quello schema, la cui prova sarebbe necessaria ai fini della eccezione nullità"* (pag. 11 della comparsa di costituzione).

La censura è priva di fondamento.

Difatti, a parere della Corte, pur a non voler riconoscere efficacia probatoria *strictu sensu* 'privilegiata' al provvedimento dell'Autorità con riguardo alle fideiussioni contenenti le clausole sanzionate, ma sottoscritte in un periodo successivo all'arco temporale oggetto dell'istruttoria condotta dall'Autorità, il provvedimento *de quo*, alla luce dell'autorevole e condivisibile interpretazione offertane dalla Suprema Corte, con la più volte citata sentenza n. 41994/2021, -in parziale modifica di quanto osservato dal

pagina 15 di 17

giudice di primo grado - consente comunque di ravvisare la persistenza di un “*meccanismo di violazione della normativa nazionale ed euorounitaria antitrust*” abitualmente utilizzato dagli istituti di credito, meccanismo che rinviene la sua fonte in atti diversi (*id est*: il contratto a valle e l’intesa a monte, dichiarata nulla dall’Autorità di vigilanza), *funzionalmente collegati* ai fini dell’attuazione dell’illecito. In altri termini, la riproduzione in un contratto di fideiussione successivo al 2005 delle clausole dichiarate nulle dal provvedimento n. 55/2005 comporta una valida presunzione della persistenza, tra l’atto a monte e il contratto a valle, di un nesso funzionale alla produzione dell’effetto anticoncorrenziale.

Trattasi, ad avviso della Corte, di una presunzione *iuris tantum*, suscettibile di prova contraria, ma da parte della banca, sulla quale, anche per il principio di vicinanza della prova, incombe l’onere di dimostrare che al tempo in cui la fideiussione è stata rilasciata e nonostante l’identico contenuto delle clausole, più non persistesse l’intesa anticoncorrenziale tra gli istituti di credito oggetto delle censure dell’Autorità di Vigilanza.

Nel caso di specie gli appellanti hanno assolto al proprio onere probatorio, producendo il contratto di fideiussione del 22.11.2012 (cfr. doc. n. 5 parte appellante) e allegando la corrispondenza delle clausole contrattuali a quelle sanzionate dalla *Org_1* e tanto bastava, ad opinione della Corte, a ritenere provato il perdurare dell’esistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza.

Di contro, a fronte di ciò e dell’effettiva riproduzione nel testo negoziale di tutte e tre le clausole del modello ABI dichiarate nulle (artt. 2, 6 e 8 del contratto), l’appellata non ha offerto nel presente giudizio una prova in grado di superare la presunzione di permanenza dell’intesa illecita nel momento in cui la fideiussione è stata rilasciata (novembre 2012).

Per le considerazioni svolte, dovendosi ritenere infondati i motivi di appello principale e di appello incidentale, vanno respinti detti appelli, con conseguente integrale conferma della sentenza impugnata, seppure con la differente motivazione illustrata.

Quanto alle spese, tenuto conto del rigetto degli appelli proposti da entrambe le parti, ricorrono le condizioni, a fronte della reciproca soccombenza delle parti, per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti relative al presente grado.

P.Q.M.

La Corte d’Appello di Milano, definitivamente pronunciando, così dispone:

- 1) respinge sia l’appello principale proposto da *Parte_1* *Parte_2* [...] *Pt_3* *Parte_4* *Parte_5* e *CP_1* sia l’appello incidentale proposto

pagina 16 di 17

dall'appellata *Controparte_2* e per essa, quale sua procuratrice, la *CP_3* e per l'effetto conferma la sentenza impugnata n. 1528/22 del Tribunale di Milano, pubblicata in data 21.02.2022;

2) dispone la compensazione delle spese di lite tra le parti;

3) dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dell'appellante e dell'appellata dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. 115/2002, così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. 24/12/2012 n. 228.

Così deciso in Milano, il 13.03.2024.

Il Consigliere rel.

Emanuela Rizzi

Il Presidente

Domenico Bonaretti