

N. R.G. 2227/2023



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

nelle persone dei seguenti magistrati:

dott.ssa Alessandra Arceri	Presidente
dott.ssa Beatrice Siccardi	Consigliere
dott.ssa Emanuela Rizzi	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. 2227/2023 promossa in grado d'appello

DA

Parte_1 (C.F. *C.F._1*) e *Parte_2* (C.F. *C.F._2*), elettivamente domiciliati in MILANO, VIA XX SETTEMBRE N. 24 presso lo studio dell'avv. MICHELE SANTARELLI e dell'avv. che lo rappresentano e difendono come da delega in atti,

APPELLANTI

CONTRO

Controparte_1 **GIA'** *Controparte_2*
[...], (C.F. *P.IVA_1*), elettivamente domiciliata in MILANO, VIA DEI BOSSI N. 6 presso lo studio dell'avv. MATTEO PASCULLI, che la rappresenta e difende come da delega in atti,

APPELLATA

CONCLUSIONI

Per *Parte_1* *Parte_2*

In via principale, nel merito:

pagina 1 di 9

-- accogliere i motivi di appello proposti dai Signori *Parte_1* e *Parte_2* e, per l'effetto, in riforma integrale della Sentenza del Tribunale di Milano n. 5120/2023, R.G. n. 60659/2019, emessa il 22 dicembre 2022, pubblicata il 21 giugno 2023 e notificata in pari data, accertare e dichiarare la nullità parziale, ai sensi dell'art. 1419 c.c., della fideiussione omnibus del 24 marzo 2006 per cui è causa, relativamente alle clausole di cui agli articoli nn. 2, 6 e 8, con ogni effetto e conseguenza di legge;

In ogni caso e sempre:

-- con vittoria di spese e compensi professionali per entrambi i gradi di giudizio, oltre al rimborso forfettario per le spese generali, CPA e IVA come per legge.

Per *Controparte_1*

Piaccia alla Ecc.ma Corte d'Appello di Milano, ogni contraria istanza disattesa, così giudicare:

in via pregiudiziale:

- rigettare l'istanza di sospensione dell'esecutorietà della Sentenza impugnata, non ricorrendo i presupposti di cui all'art. 283 c.p.c. come esposto in atti;

in via principale, nel merito:

- dichiarare inammissibile o comunque rigettare l'appello proposto dai sig.ri *Parte_1* e *Parte_2* [...] per i motivi esposti in atti e, per l'effetto, confermare la sentenza impugnata;

in via subordinata:

- dichiarare inammissibili o comunque rigettare tutte le domande proposte dai sig.ri *Parte_1* e *Parte_2* poiché infondate in fatto e diritto, per le ragioni esposte in atti e da intendersi qui richiamati;

in via istruttoria:

- dichiarare inammissibili o rigettare le istanze istruttorie avanzate dalle parti appellanti per le ragioni esposte in atti e da intendersi qui richiamati;

in ogni caso:

- con vittoria di spese, competenze e onorari di entrambi i gradi di giudizio, oltre I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali di studio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Parte_1 e *Parte_2* hanno convenuto in giudizio *Controparte_2* ora *Controparte_3* esponendo di aver accettato con beneficio d'inventario, il 7 dicembre 2017, l'eredità del padre *Persona_1* e del fratello *Per_2* i quali avevano stipulato con la convenuta, in

pagina 2 di 9

data 24 marzo 2006, un contratto di fideiussione *omnibus* a garanzia delle obbligazioni contratte dalla società *Controparte_4* sino alla concorrenza di euro 594.000,00, importo successivamente aumentato fino a euro 900.000,00 in data 6 agosto 2009.

Gli attori hanno dedotto:

- la nullità della fideiussione del 2006, in quanto redatta dall'istituto di credito su un modulo analogo a quelli elaborati dalla *Controparte_5* nel 2002 e ritenuti frutto di un'intesa anticoncorrenziale vietata dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990 sulla base del provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia;
- che il d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017 sancisce il principio secondo cui l'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione, e attribuisce al giudice il potere di liquidare il danno in via equitativa nell'ipotesi in cui non si possa dimostrare l'esatto ammontare del danno stesso.

Per queste ragioni, gli attori hanno chiesto:

- in via principale, di accertare e dichiarare l'intesa anticoncorrenziale realizzata dal [...] *Controparte_2* in relazione al contratto di fideiussione *omnibus* del 24 marzo 2006, e per l'effetto dichiarare la nullità del contratto di fideiussione;
- condannare la controparte al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi quantificati in euro 90.000,00, oppure in una somma diversa da liquidarsi anche in via equitativa;
- in via, subordinata, di accertare e dichiarare la nullità parziale del contratto di garanzia con riferimento alle clausole censurate e condannare la controparte oltre al risarcimento del danno, da determinarsi in via equitativa.

Si è costituita *CP_2* ora *Controparte_3* la quale ha eccepito:

- l'improcedibilità delle domande della controparte per mancato esperimento del procedimento di mediazione;
- l'intervenuta prescrizione della pretesa risarcitoria;
- l'infondatezza delle domande nel merito.

Con sentenza n. 5120/23 il Tribunale di Milano ha rigettato le domande degli attori e li ha condannati in solido a rifondere alla convenuta le spese di lite, liquidate in complessivi € 10.860,00 per compensi, oltre 15%, a titolo di rimborso spese forfetario, e oneri di legge.

L'iter motivazionale del giudice di prime cure può essere così sintetizzato:

pagina 3 di 9

- in sede di precisazione delle conclusioni, gli attori hanno circoscritto la richiesta di declaratoria di nullità alle clausole 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione per cui è causa, mentre la domanda di nullità totale della garanzia non è stata reiterata. La stessa, pertanto, deve intendersi rinunciata;
- l'esperimento della procedura di mediazione deve ritenersi facoltativo, in quanto la fideiussione, anche se stipulata con un istituto di credito, non è propriamente riconducibile a un contratto bancario ai sensi del testo unico bancario e dunque non rientra nell'alveo delle materie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5 comma 1-bis del d.lgs 28/2010. Inoltre, vertendosi in materia di illecito sottoposto alla disciplina *Antitrust*, tale normativa non prevede l'esperimento della procedura di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda;
- la fideiussione prodotta dagli attori quale documento 4 contiene tutte le clausole n. 2, n. 6 e n. 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie. All'identica numerazione utilizzata in quello schema corrisponde il medesimo contenuto precettivo. Tuttavia, la produzione in giudizio del provvedimento della Banca d'Italia non fornisce di per sé prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stipulazione della garanzia fideiussoria è intervenuta successivamente rispetto a quel provvedimento, relativo a una fase temporale conclusasi nel maggio del 2005. La mancanza di prova circa il perdurare dell'intesa illecita sino al marzo del 2006 comporta il rigetto delle domande degli attori, sui quali incombeva il relativo onere.

Avverso tale sentenza hanno proposto appello *Parte 1* e *Parte 2* formulando i seguenti motivi:

1. *Primo motivo di appello: violazione e/o falsa applicazione degli articoli 2 e 33 della Legge n. 287/1990 nonché degli articoli 112, 115 e 116 c.p.c., per omesso esame e/o errata valutazione di documenti e di circostanze rilevanti e decisive ai fini della controversia.*

Gli appellanti hanno dedotto che la fideiussione impugnata in primo grado, seppur riportante una data di sottoscrizione del 24-28 marzo 2006, è stata prestata dai Signori *Persona 1* e *Per 2* mediante la sottoscrizione di uno schema negoziale di fideiussione *omnibus* predisposto in via unilaterale dalla Banca nel mese di settembre 1999, come emergerebbe incontrovertibilmente dalla dicitura "*Mod. 1181 FIL/GB (09/99) Pt 3 – Sondrio*" presente in calce alla seconda pagina della Fideiussione (cfr. doc. IV prodotto in primo grado dagli attori).

Pertanto, il tribunale avrebbe dovuto qualificare la presente causa alla stregua di un giudizio “follow on actions” anziché di una causa “stand alone” e, di conseguenza, ritenere pienamente assolto l’onere della prova relativo all’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza, così come accertata e dichiarata dal Parere AGCOM n. 12400 del 22 agosto 2003, nonché dal Provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2 maggio 2005;

2. *Secondo motivo di appello: violazione e/o falsa ed errata applicazione dell’articolo 113 c.p.c. nonché degli articoli 33 e 36 del D. Lgs. n. 206/2005, per omessa pronuncia su un’eccezione di nullità di protezione rilevabile anche d’ufficio, di cui gli odierni appellanti dichiarano espressamente di volersi avvalere.*

Gli appellanti hanno dedotto che il tribunale ha omesso di pronunciarsi sull’eccezione di nullità per violazione degli artt. 33 e 36 del Codice del Consumo – nullità di protezione, rilevabile anche d’ufficio – della clausola di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 c.c. contenuta all’art. 6 della fideiussione. In particolare, gli appellanti hanno evidenziato che:

- l’eccezione era stata sollevata con la comparsa conclusionale (cfr. pagine da 19 a 22) e con la memoria di replica (cfr. pagine 9 e 10);
 - in ogni caso tale nullità avrebbe dovuto essere rilevata d’ufficio dal giudice di prime cure, in quanto rappresenta una nullità di protezione prevista dalla normativa consumeristica, di cui gli odierni appellanti intendono espressamente avvalersi;
 - *Parte 1* e *Parte 2* al pari dei garanti originari *Persona 1* e *Per 2* non hanno mai avuto alcun collegamento funzionale con la società garantita attraverso la Fideiussione (vale a dire la *Controparte 4* poi incorporata all’interno di *Controparte 6*), considerato che gli odierni appellanti non hanno mai ricoperto alcuna carica amministrativa né detenuto alcuna partecipazione del capitale sociale di tale società.
3. *Terzo motivo di appello: violazione e/o falsa applicazione degli articoli 115 e 116 c.p.c. per errata valutazione e/o apprezzamento di un documento rilevante e decisivo ai fini della controversia, nonché per erroneità, contraddittoria ed illogicità della decisione impugnata*

Con il terzo motivo di appello, proposto in via meramente subordinata al primo motivo di gravame gli appellanti hanno censurato la sentenza nella parte in cui non ha ritenuto che la presunzione circa la sussistenza dell’illecito operasse anche in relazione alla fideiussione oggetto di causa sottoscritta dopo soli tre mesi dalla garanzia del dicembre 2005 esaminata Cassazione n. 13846/2019 e, in ogni caso, a distanza di meno di un anno (10 mesi e mezzo) dal

pagina 5 di 9

Provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia e nella parte in cui non ha ritenuto l' idoneità della produzione documentale attorea a fornire la prova della sussistenza e della perduranza dell' intesa restrittiva della concorrenza censurata dal Provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, non solo in epoca coeva alla sottoscrizione della fideiussione per cui è causa (marzo 2006) ma anche in epoca successiva.

4. *Quarto motivo di appello: le spese di lite.*

Gli appellanti hanno chiesto, in caso di riforma della sentenza impugnata, di porre le spese processuali integralmente a carico della Banca per entrambi i gradi di giudizio, in ragione del principio della soccombenza di cui agli artt. 91 e ss. cod. proc. civ..

Si è costituita *Controparte_3*, la quale ha eccepito l' inammissibilità dell' appello ex art. 348 bis cpc, nel merito, ne ha dedotto l' infondatezza e, in particolare, in relazione al secondo motivo d' appello, ha evidenziato che:

- *Persona_1* (originario fideiussore della Banca) rivestiva la carica di consigliere della società garantita, con la conseguenza che non è qualificabile quale consumatore (cfr. ns. doc. 2a del giudizio di primo grado);
- in caso di decesso del garante, il contratto di fideiussione resta valido e i suoi effetti vengono trasmessi agli eredi, posto che la morte del garante non fa venire meno gli obblighi di garanzia che vengono trasferiti agli eredi, i quali subentrano nel contratto con gli stessi diritti e doveri del deceduto.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La Corte ritiene che l' appello non possa trovare accoglimento per le ragioni che di seguito si illustrano e che la relativa trattazione richieda un esame unitario delle censure svolte.

Quanto alla dedotta nullità del contratto di fideiussione *omnibus* oggetto di causa per violazione dell' art. 2 della legge n. 287 del 1990, occorre, innanzitutto, osservare che, anche a non voler riconoscere efficacia probatoria *strictu sensu* 'privilegiata' al provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia con riguardo alla predetta fideiussione contenente le clausole sanzionate, ma sottoscritta in un periodo successivo all' arco temporale oggetto dell' istruttoria condotta dall' Autorità (marzo 2006), il provvedimento *de quo*, alla luce dell' autorevole e condivisibile interpretazione offertane dalla Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza n. 41994/2021, 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

pagina 6 di 9

diversi (id est: il contratto a valle e l'intesa a monte, dichiarata nulla dall'Autorità di vigilanza), ma tra loro 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 (cfr. doc. n. IV fascicolo di primo grado appellanti) e allegando la corrispondenza delle clausole contrattuali a quelle sanzionate dalla Banca d'Italia. Di contro, a fronte di ciò e dell'effettiva riproduzione nel testo negoziale di tutte e tre le clausole del modello ABI dichiarate nulle, 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 (marzo 2016).

Ciò posto, si deve evidenziare che, alla luce del principio di diritto contenuto nella citata sentenza SU n. 41994/2021, che ha risolto il contrasto in tema di nullità delle fideiussioni riproduttive delle clausole del modello ABI ritenute illegittime dalla Banca d'Italia affermandone la nullità parziale, l'invalidità del negozio per violazione della normativa *antitrust* si estende all'intero contratto solo in via eccezionale, ossia quando l'interessato dimostri che la parte del contratto colpita da nullità – in tal caso le clausole del modello ABI – sia inscindibilmente correlata alla porzione residua e, quindi, che le parti non avrebbero concluso il negozio fideiussorio in sua assenza. Le parti appellanti non hanno tuttavia fornito una simile prova, avendo peraltro chiesto di dichiarare la sola nullità parziale del contratto.

Tanto considerato e riconosciuto in astratto la nullità delle sole clausole contrattuali riproduttive del modello *de quo* (artt. 2, 6 e 8 del contratto), occorrerebbe a tal punto verificare se nel caso concreto dette clausole nulle abbiano trovato applicazione e, quindi, se la banca beneficiaria della garanzia ne abbia tratto vantaggio. Soltanto in questo caso, ad avviso della Corte, sussisterebbe in capo agli odierni appellanti un interesse concreto a ottenere una declaratoria dell'invalidità delle clausole in questione.

Tale interesse non può, tuttavia, ravvisarsi nel caso di specie in quanto [Parte_1](#) e [Parte_2](#) non hanno neppure eccepito l'intervenuta decadenza della banca per decorso del termine di sei mesi previsto dall'art. 1957 c.c., né hanno reiterato, nel presente giudizio di appello, la domanda risarcitoria

formulata in primo grado, né tantomeno hanno allegato la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante ad ottenere la predetta declaratoria di nullità.

Il riconoscimento in astratto della nullità delle clausole contrattuali riproduttive del predetto modello ABI (artt. 2, 6 e 8 del contratto) comporta l'assorbimento dell'eccezione di nullità dell'art. 6 del contratto per violazione degli artt. 33 e 36 del Codice del Consumo, rispetto alla quale non potrebbe comunque non ravvisarsi il medesimo difetto di interesse già rilevato in precedenza.

Inoltre, *ad abundantiam*, giova precisare che sulla base della giurisprudenza europea (cfr. CGUE 19 novembre 2015, C- 74/15, *Per_3* ; CGUE 14 settembre 2016, C-534/15, *Per_4*) e dell'orientamento adottato sul punto dalla Corte di Cassazione (cfr. Cass. civ., sez. VI, Ord. 16 gennaio 2020, n. 742; Cass. civ., sez. III, ord., 13 dicembre 2018, n. 32225), per vagliare l'eventuale qualità di consumatore del fideiussore si deve avere riguardo alle finalità per le quali è stato stipulato il contratto di garanzia, verificando se esso sia estraneo o invece inerente allo svolgimento dell'attività lavorativa e se la stipula del contratto di fideiussione sia un atto funzionale allo svolgimento dell'attività dell'impresa o meno.

In particolare, è sufficiente che il contratto concluso (in questo caso, la fideiussione a garanzia delle obbligazioni assunte dalla *Controparte_4*) sia connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale, affinché il contraente venga considerato "professionista" ai sensi della nozione comunitaria di consumatore, come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità¹.

Orbene, nel caso di specie, occorre evidenziare che i contraenti sono *Persona_1* e *Per_2* (mentre gli odierni appellanti rivestono la mera qualifica di successori *mortis causa* degli stessi), che parte appellata ha allegato il coinvolgimento di *Persona_1* nella società garantita, che dai documenti dalla stessa prodotti si evince che quest'ultimo rivestiva la carica di consigliere della *CP_6* [...] società che ha incorporato la *Controparte_4* (cfr. doc. 2a fasc. primo grado), e di amministratore unico della *Controparte_4* (cfr. doc. 2b fasc. primo grado) e che alcuna specifica contestazione è stata formulata dagli appellanti in ordine a tale circostanza.

Ne consegue che, non potendo l'eccezione sollevata trovare accoglimento quantomeno in relazione alla garanzia prestata da *Persona_1* ed essendo gli odierni appellanti succeduti *mortis causa* nella

¹ *Ex multis*, Cass., 23 febbraio 2007, n. 1527 dove la Corte ha ricordato che «*Ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli articoli 1469 bis e seguenti del codice civile, relativa ai contratti del "consumatore", perché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente - come si evince dalla parola "quadro" - che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale?*».

medesima posizione dello stesso e, quindi, in ogni caso, subentrati nelle obbligazioni derivanti dalla fideiussione, non può ravvisarsi alcun interesse di *Parte_1* e *Parte_2* a ottenere una eventuale declaratoria di nullità della garanzia prestata dall'altro fideiussore.

Conclusivamente, per tutti i motivi sopra esposti, l'appello va respinto.

Le spese di lite del presente grado vengono poste, per la soccombenza, a carico delle parti appellanti e, tenuto conto della natura e del valore della controversia, nonché dei parametri e criteri tutti *ex D.M. n. 55/2014 e ss.mm.ii.*, vengono liquidate in complessivi euro 18.511,00, oltre spese generali (15%), iva e cpa, come per legge.

Infine, la Corte dà atto che sussistono, nel caso di specie, i presupposti per il pagamento del doppio contributo, *ex art. 13, comma 1 quater*, del D.P.R. n. 115/02.

P.Q.M.

la Corte d'Appello di Milano, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) rigetta l'appello proposto da *Parte_1* e *Parte_2*
- 2) condanna *Parte_1* e *Parte_2* a rifondere a *Controparte_1* le ulteriori spese del grado, liquidate in euro 18.511,00, oltre spese generali (15%), iva e cpa, come per legge;
- 3) dà atto che sussistono, nel caso di specie, i presupposti per il pagamento del doppio contributo, *ex art. 13, comma 1 quater*, del D.P.R. n. 115/02.

Così deciso in Milano, il 26.2.2025

Il Consigliere est.

Emanuela Rizzi

Il Presidente

Alessandra Arceri