

N. R.G. 9613/2018



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di VERONA
TERZA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice Claudia Dal Martello, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado (opposizione a decreto ingiuntivo) iscritta al n. r.g. **9613/2018** promossa da:

_____ (C.F. _____), **fallita in corso di causa – interruzione dichiarata**
già con il patrocinio dell'avv. MARAGNA NICOLA

OPPONENTE

_____ (C.F. _____),

_____ (C.F. _____),

Entrambi con il patrocinio dell'avv. MARAGNA NICOLA, con domicilio eletto presso il suo studio in San Bonifacio (VR), Via Camporosolo n. 26

OPPONENTI/RICORRENTI IN RIASSUNZIONI

contro

_____ (C.F. _____), tramite il procuratore con rappresentanza

_____ (C.F. e P.I. _____),

con il patrocinio dell'avv. _____, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. _____

OPPOSTA

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni del 3.12.2020 (con concessione di termini ridotti ex art. 190 c.p.c.).

OPPONENTI/RICORRENTI IN RIASSUNZIONE:

“Nel merito:

- *Accertarsi e dichiararsi la nullità delle fideiussioni omnibus datate 16.4.2004 per violazione dell'art. 2, co. II, lett. a, legge “antitrust” n. 287/1990, per tutti i motivi in fatto e in diritto esposti in atti.*
- *Accertarsi e dichiararsi la liberazione dei garanti ai sensi dell'art. 1957 c.c., per tutti i motivi in fatto e in diritto esposti in atti.*
- *Revocarsi, annullarsi e dichiararsi nullo e/o di nessun effetto il decreto ingiuntivo n. 2991/18, emesso dal Tribunale di Verona in data 6.8.18, perché infondato, ingiusto ed illegittimo in fatto e diritto per i motivi di cui in atti.*
- *In ogni caso, accertarsi e dichiararsi che nulla è dovuto dai sigg.ri _____, in favore della Banca opposta, per i motivi in fatto e in diritto esposti in atti.*
- *In subordine, ridursi l'importo asseritamente vantato da _____ a quanto risultante di giustizia.*
- *Rigettarsi tutte le domande avversarie, in quanto infondate in fatto e in diritto.*

In ogni caso:

Con vittoria di spese e compensi di lite, oltre accessori come per legge, con distrazione in favore dello scrivente patrocinio ai sensi dell'art. 93 c.p.c.

In via istruttoria: ... Omissis...”

OPPOSTA:

“in via preliminare,

- *rilevare, con riferimento alla lamentata nullità della fideiussione per presunta violazione della normativa antitrust, l'incompetenza per materia del Tribunale adito per essere competente il Tribunale*

di Milano, sezione specializzata in materia di impresa, ex art. 33, della legge 10.10.1990 e art. 3, comma 3, del D.Lgs. n. 168/2003, e disporre, ove ritenuto necessario, la sospensione del presente procedimento ex art. 295 c.p.c.;

nel merito,

- respingere l'opposizione in quanto infondata e conseguentemente confermare il decreto ingiuntivo opposto, e comunque condannare gli opposenti al pagamento della somma di € 65.425,32, o della diversa somma che risulterà dovuta in corso di causa, con gli interessi contrattualmente pattuiti dalla domanda al saldo, e con integrale rifusione delle spese e degli onorari di causa;

con vittoria di onorari e spese di causa e di quelli della fase monitoria.

Con integrale rigetto di ogni diversa domanda o istanza anche istruttoria proposta dagli attori.”

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

La causa ha per oggetto l'opposizione al decreto ingiuntivo del 6 agosto 2018, n. 2991/2018 r.ing., emesso dal Tribunale di Verona nei confronti di _____ e dei fideiussori _____

Il credito dell'ingiungente _____

sua procuratrice con rappresentanza, fonda sul rapporto di conto corrente n. 328/500238 del primo marzo 2004, e, quanto ai garanti, sulle fideiussioni *omnibus* sottoscritte il 16 aprile 2004 sino al limite massimo di euro 400.000,00.

Con ordinanza 20 febbraio 2019, da intendersi qui richiamata *per relationem*, è stata disposta la sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto nei confronti di tutti gli ingiunti.

Le parti hanno ulteriormente dedotto ed argomentato nelle memorie ex art. 183, comma 6, c.p.c.

La causa è stata istruita a mezzo CTU contabile, a firma della dottoressa _____, di cui si condividono le conclusioni, in quanto frutto di attento esame documentale e di argomentazioni logiche prive di vizi, anche quanto a repliche alle osservazioni dei CTP.

Va dato atto che in corso di causa è intervenuto il fallimento della società _____

A seguito dell'interruzione il processo è stato riassunto dai garanti opposenti e la causa viene quindi decisa nei riguardi della banca opposta e dei soli fideiussori, ad esclusione della società fallita.

1) Riconoscimento di debito.

La prima questione da affrontare è la valenza del "*riconoscimento del debito e proposta piano di rientro*" sottoscritto il 7 ottobre 2015 dalla società debitrice principale e dai garanti (doc. 11 opposta).

La proposta non è stata a suo tempo accettata dalla banca, e, sia pure nell'atto di opposizione e dopo che da tempo erano stati revocati i rapporti in essere con la società debitrice principale, è stata revocata dai proponenti. Fermo, quindi, che la transazione non si è perfezionata, resta da verificare la valenza del documento quale riconoscimento del debito.

Al riguardo si richiama quanto già argomentato nell'ordinanza 20 febbraio 2019.

La configurabilità di quanto dichiarato in premessa in termini di riconoscimento di debito, ex art. 1988 c.c., da parte di tutti i sottoscrittori (debitrice principale e garanti), se dispensa il creditore dalla prova del rapporto fondamentale, che si presume sino a prova contraria, non impedisce ai debitori di dimostrare l'invalidità del rapporto sottostante.

Tale ultima considerazione vale tanto per il rapporto di conto corrente apertura di credito, quanto per le fideiussioni. Come chiarito dalla Corte di Cassazione (19792/2014), "*in tema di conto corrente bancario, il piano di rientro concordato tra la banca e cliente, ove abbia natura meramente ricognitiva del debito, non ne determina l'estinzione, né lo sostituisce con nuove obbligazioni, sicché resta valida ed efficace la successiva contestazione della nullità delle clausole negoziali preesistenti*". In parte motiva la Corte specifica che "*con il predetto piano le condizioni negoziali preesistenti non hanno subito alcuna trasformazione o sostituzione. Non può, pertanto, essersi realizzato l'effetto preclusivo di ogni successiva con attestazione*". Tale conclusione è coerente con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui "*la ricognizione di debito, al pari della promessa di pagamento, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma soltanto effetto conservativo di un preesistente rapporto fondamentale (ex Cass. 4019 del 2006), rispetto al quale mutano soltanto le regole dell'onere della prova mediante l'astrazione processuale, senza, tuttavia, modificazioni interne all'assetto negoziale preesistente*".

In tal senso anche Cass. 27406/2018: "*La ricognizione di debito non costituisce autonoma fonte dell'obbligazione, ma ha solo il più limitato effetto di sollevare il creditore dall'onere di provare il proprio diritto. Essa, tuttavia, diviene inefficace, siccome priva di causa, ove il debitore deduca e dimostri in giudizio la nullità o l'inesistenza del rapporto obbligatorio*".

Ne consegue che legittimamente può essere eccepita la nullità delle clausole o dell'intero rapporto.

2) Eccezione di nullità delle fideiussioni.

La seconda tematica da affrontare, ancor prima della fondatezza del credito principale, è quella della nullità delle fideiussioni stipulate il 16 aprile 2004, per violazione delle norme anticoncorrenziali da parte della banca, in quanto conformi allo schema ABI 2003, così come censurato dalla Banca d'Italia nel provvedimento 55 del 2 maggio 2005.

In via principale la banca opposta rileva l'incompetenza del Tribunale adito a pronunciarsi sul punto, stante la competenza inderogabile posta dal legislatore in favore del Tribunale delle Imprese (in particolare, nel caso di specie, del Tribunale delle Imprese di Milano).

È necessario coordinare la disciplina sulla competenza funzionale a conoscere dell'opposizione del decreto ingiuntivo, e quella relativa alla competenza del Tribunale delle Imprese in materia di nullità dei contratti per violazione delle norme antitrust.

A questo proposito va rilevato che la questione della nullità delle fideiussioni è sollevata dai garanti in termini di eccezione riconvenzionale, e non quale domanda riconvenzionale.

Ciò è a dirsi, al di là di come sono state da ultimo precisate le conclusioni, sulla scorta di quanto replicato dagli opposenti, proprio in tema di incompetenza per materia, nella memoria n. 1 ex art. 183 co. 6 c.p.c., in cui si afferma espressamente (pag. 1, punto 1), che *“qualora la questione di nullità venga sollevata sotto forma di eccezione, volta alla paralisi della pretesa creditoria (come nel caso di specie), la competenza a conoscere della questione di nullità è anche del Tribunale ordinario, innanzi al quale è stato opposto il relativo decreto ingiuntivo... omissis...”*. Non vi è dubbio, quindi, che la questione della nullità delle fideiussioni sia stata posta dagli opposenti – per loro stessa esplicita precisazione – in termini di eccezione.

Tale rilievo consente di superare l'eccezione di incompetenza a pronunciarsi sul punto, avanzata dalla banca opposta.

In termini generali la competenza a decidere dell'opposizione a decreto ingiuntivo è funzionalmente ed inderogabilmente in capo all'ufficio giudiziario di emissione.

A norma dell'articolo 33 (Competenza giurisdizionale), comma 2, legge 10 ottobre 1990, n.287, *“le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al Tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1*

del decreto legislativo 26 giugno 2003, n.168, e successive modificazioni". In particolare, in ragione di quanto disposto dall'art. 4, co. 1 *ter*, d.lvo 268/2003, come modificato dal d.lvo 3/2017 (art. 18), la competenza a decidere di tali cause per il distretto veneto è in capo alla Sezione Specializzata in materia di Impresa presso il Tribunale di Milano.

Va quindi affrontata la questione del coordinamento tra le due competenze inderogabili.

Sussiste in capo al giudice dell'opposizione, quanto alle istanze ex art. 649 c.p.c., come nel caso in esame, ovvero ex art. 648 c.p.c., il potere di valutare l'asserita nullità della fideiussione *omnibus*, considerata l'inidoneità della pronuncia sul punto a fare stato.

Il tema è più complesso quanto alla possibilità che il giudice dell'opposizione si esprima sulla nullità della fideiussione *omnibus* per violazione della normativa anticoncorrenziale in fase decisionale.

Se l'opponente formula una vera e propria domanda riconvenzionale di accertamento della nullità della fideiussione *omnibus*, indicata quale modalità di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale, quindi con pronuncia destinata a fare stato, sussiste la competenza sul punto delle Sezioni Specializzate in materia di Impresa presso il Tribunale di Milano. La domanda riconvenzionale dovrebbe quindi essere separata ed oggetto di declaratoria di incompetenza del Tribunale adito. Il giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo andrebbe quindi sospeso ex art. 295 c.p.c., in attesa del pronunciamento sulla nullità della fideiussione.

A conclusioni diverse si perviene, invece, se, come nel caso in esame, la questione della nullità è sollevata unicamente in via di eccezione riconvenzionale al mero fine di bloccare la pretesa creditoria dell'opposto (ad es. Tribunale di Verona 1.10.2018, Tribunale Verona 23 gennaio 2020, Tribunale di Padova 29.1.2019).

La qualifica della difesa dell'opponente in termini di "eccezione" trova conferma nella tradizionale distinzione tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale, ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 21472/2016), nel senso che ciò che distingue l'eccezione riconvenzionale dalla domanda riconvenzionale, esperibile soltanto in primo grado, sono le conseguenze giuridiche che il deducente intende trarre dal fatto nuovo allegato e, cioè, dal provvedimento che egli chiede al giudice in base a tale fatto.

"La distinzione fra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato suo fondamento, ma del relativo

oggetto, vale a dire dal risultato processuale che lo stesso intende con essa ottenere, che è limitato, nel secondo caso, a rigetto della domanda proposta dall'attore; di conseguenza, non sussistono limiti al possibile ampliamento del tema della controversia da parte del convenuto a mezzo di eccezioni, purché vengano allegati, a loro fondamento, fatti o rapporti giuridici prospettati come idonei a determinare l'estinzione o la modificazione dei diritti fatti valere dall'attore, ed in base ai quali si chiede la reiezione delle domande da questo proposte in una pronuncia di accoglimento di ulteriori e diverse domande" (in senso conforme anche Cassazione 14852/2013).

L'eccezione di incompetenza per materia, per quanto esposto, va respinta.

3) Eccezione di nullità delle fideiussioni.

Si premette sin d'ora l'adesione alla ricostruzione giurisprudenziale, secondo cui, qualora la fideiussione sia effettivamente stipulata secondo lo schema ABI del 2003, debbano considerarsi nulle le clausole corrispondenti agli articoli 2, 6 e 8, come censurate nel provvedimento 55 del 2005 della Banca d'Italia.

Dal confronto del testo dello schema ABI 2003 con quello delle fideiussioni *omnibus* sottoscritte dagli opposenti risulta l'inserimento di clausole esattamente corrispondenti a quelle, di cui agli articoli 2, 6 e 8.

Anche in ragione della vicinanza temporale di sottoscrizione delle fideiussioni (aprile 2004) rispetto alla diffusione dello schema ABI del 2003, va riconosciuta valenza presuntiva della sussistenza della condotta anticoncorrenziale "a monte" al provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, come evidenziato da Cass. 13846/2019 (la Suprema Corte si esprime in termini di "elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale"), con riguardo all'accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'articolo 2 della legge n.287 del 1990, ed in specie alle clausole relative a contratti di fideiussione delle banche.

Non persuade l'argomentazione difensiva dell'opposta, secondo cui la sottoscrizione dei garanti anche del documento di sintesi della fideiussione, di per sé non riproduttivo delle clausole dello schema ABI censurato, dimostrerebbe che le garanzie stipulate non sono appiattite su quel modello, e che nulla avrebbero a che vedere con l'asserita intesa anticoncorrenziale "a monte".

I documenti di sintesi (doc. 8 e 9 opposta) si limitano a riassumere il contenuto delle fideiussioni, senza che siano ravvisabili indicazioni contrarie o difformi rispetto al testo principale e, in particolare, alle clausole di “sopravvivenza”, “reviviscenza”, ed a quella derogatoria dell’art. 1957 c.c.

La considerazione, poi, che le fideiussioni siano stilate su di un modulo precompilato “standard”, come appare, ad esempio, dalle ulteriori caselle vuote in relazione ad eventuali altri garanti, suggerisce che questo fosse il testo usualmente utilizzato dalla banca opposta. Di ciò – vale a dire della dimostrazione della “uniformità” di applicazione dello schema ABI 2003 da parte dell’opposta (a prescindere dalla documentazione sub 7, prodotta dagli oppositori, che si riferisce alla diffusione dello schema presso numerosi istituti di credito) – si trae conferma, sia pure indirettamente, dalla mancata prova contraria, che, per il principio di vicinanza, spetta alla banca. Quest’ultima, infatti, avrebbe potuto agevolmente dimostrare in via documentale che all’epoca della sottoscrizione delle fideiussioni da parte dei signori Bagolin, essa utilizzava a garanzia dei crediti concessi fideiussioni *omnibus* contenenti varie e differenti clausole, difformi da quelle contestate.

Le clausole, di cui agli artt. 2, 6 e 8 delle fideiussioni corrispondono a quelle, con medesima numerazione, di cui allo schema ABI del 2003, censurate dalla Banca d’Italia. Ne consegue, quindi, in base a quanto disposto dall’articolo 2 della legge 287/1990, che dette clausole vanno considerate nulle e prive di effetti, per violazione di norme imperative, ex art. 1419 c.c. (per l’applicabilità dell’art. 1419 c.c., Cass. 24044/2019).

Gli oppositori affermano, invece, in principalità la nullità dell’intera fideiussione, ex art. 1418 c.c.

Non si condivide l’assunto.

Il richiamo all’art. 1418 c.c. va inteso rispetto alla contrarietà del contratto a norme imperative, vale a dire, in questo caso, per la violazione della normativa *antitrust*. A ben vedere, però, il provvedimento della Banca d’Italia, che pure analizza tutte le articolazioni dello schema ABI 2003, accerta l’intesa anticoncorrenziale in relazione alle tre clausole menzionate, senza estendere le proprie censure all’intero schema fideiussorio *omnibus*.

L’art. 2 della legge 287/1990, prevede la nullità delle “*intese vietate*” “*ad ogni effetto*”. Da ciò si deduce l’estensione della nullità dalle intese “*a monte*”, sino ai contratti “*a valle*”. Ebbene, l’intesa vietata – come si evince dalla complessiva lettura del provvedimento 55/2005 della Banca d’Italia – non è, di per sé, quella che individua uno schema uniforme di garanzia personale nell’ambito di

concessione del credito, tanto più che sussiste uno schema fideiussorio senz'altro di per sé esente da censure, che è quello codicistico (sul quale l'intesa ha inserito clausole derogatorie a vantaggio del ceto bancario), bensì la pattuizione che violi i principi della concorrenza.

Del resto, è lo stesso legislatore a prevedere nell'art. 1419 c.c. che la nullità di singole clausole non comporta, di per sé, la nullità dell'intero contratto: l'opzione tra l'applicazione dell'art. 1418 c.c. e l'art. 1419 c.c. non può essere legata ad intenti comunque "sanzionatori" verso chi si è valso a proprio favore di clausole anticoncorrenziali, ma è ancorata, per disposizione normativa, alla verifica se "*i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità*".

Si ritiene che, in base all'art. 1419 c.c., debba essere affermata la nullità delle sole clausole, di cui agli artt. 2, 6 e 8 c.c., e che la nullità parziale non si estenda all'intera garanzia, in quanto i contraenti l'avrebbero ugualmente stipulata, anche senza le parti colpite da nullità, a prescindere dalla rilevanza delle stesse nell'originario testo della fideiussione *omnibus* sottoscritta.

I garanti l'avrebbero stipulata, visto che la fideiussione, con sostituzione della disciplina codicistica alle pattuizioni nulle, è loro più favorevole, in quanto privata delle clausole di "sopravvivenza", di "reviviscenza" e di deroga all'art. 1957 c.c.: se essi erano disponibili a rendere la garanzia a condizioni più onerose, è da ritenersi che, a maggiore ragione, tale disponibilità permanga in caso di clausole più favorevoli.

Quanto alla banca, considerata la nullità delle pattuizioni censurate, avrebbe ugualmente stipulato la fideiussione, sia pure per sé meno tutelante, pena, altrimenti, il rimanere priva di qualsivoglia garanzia. Va peraltro ricordato che la fideiussione ben può essere prestata per atto unilaterale, donde l'irrilevanza dell'atteggiamento del soggetto garantito rispetto alle clausole nulle, a meno di sostenere che la banca non avrebbe nemmeno concesso il credito principale. Si arriverebbe però al paradosso che, in termini generali, nessuna banca che avesse adottato tali clausole, come da schema ABI 2003, avrebbe allora concesso alcun credito.

4) Decadenza ex art. 1957 c.c.

Premesso quanto sopra, va dichiarata la decadenza delle fideiussioni prestate dagli opposenti _____, ex art. 1957 c.c., con conseguente loro liberazione.

A fronte, infatti, dell'eccezione sollevata, la banca opposta non ha dimostrato di avere proposto le proprie istanze (da intendersi, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, quali iniziative giudiziarie) nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione.

Tale constatazione rende fondata l'opposizione, senza che sia necessario soffermarsi sulla fondatezza del credito principale e sulla sua entità.

5) Spese di lite e di CTU.

Le spese di lite seguono la soccombenza, ravvisabile in capo all'opposta, e vengono liquidate come in dispositivo, secondo i parametri vigenti (DM 55/2014 e successivi aggiornamenti), nei medi per ogni fase di giudizio, oltre al rimborso forfettario delle spese generali al 15%, oltre alle spese documentate (CU e marca), oltre CPA ed IVA, se dovuta. Va disposta la distrazione in favore del difensore che si è dichiarato antistatario.

Parimenti le spese di CTU, liquidate con separato provvedimento, vanno definitivamente poste a carico dell'opposta, ferma la solidarietà esterna delle parti nei confronti della CTU.

Al riguardo, sia pure incidentalmente, si osserva che già al vaglio dell'istanza ex art. 649 c.p.c., è parsa la non debenza dell'importo richiesto in via monitoria, in base alla riscontrata indeterminatezza della commissione di massimo scoperto, come del resto confermato dalle risultanze dell'elaborato tecnico.

P.Q.M.

Il Tribunale di Verona, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza o eccezione disattesa o assorbita, in accoglimento dell'opposizione, così dispone:

- Rigetta l'eccezione di incompetenza per materia, avanzata in via preliminare dall'opposta;
- Previo accertamento della nullità parziale, ex art. 1419 c.c., delle fideiussioni stipulate il 16 aprile 2004 dagli opposenti _____, accerta la liberazione degli opposenti _____, ex art. 1957 c.c.;
- Per l'effetto, revoca nei confronti degli opposenti _____ il decreto ingiuntivo del 6 agosto 2018, n. 2991/2018 r.ing., emesso nei loro confronti dal Tribunale di Verona;
- Condanna l'opposta a rifondere agli opposenti _____ le spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 13.430,00 per compensi, oltre al rimborso forfettario

delle spese generali al 15%, oltre alle spese documentate per euro 406,50, oltre CPA ed IVA, se dovuta, con distrazione in favore del difensore che si è dichiarato antistatario;

- Pone definitivamente le spese di CTU, liquidate con separato provvedimento, a carico dell'opposta, ferma la solidarietà esterna delle parti nei confronti del CTU.

Verona, 29 gennaio 2021

Il Giudice

Claudia Dal Martello