



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) BONGINI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) DENOZZA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BENAZZO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) DI NELLA	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore FRANCESCO DENOZZA

Seduta del 21/05/2019

Esame del ricorso n. 1225874 del 22/10/2018

proposto da [REDACTED]

nei confronti di - B.CA POPOLARE [REDACTED]

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) BONGINI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) DENOZZA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BENAZZO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) DI NELLA	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore FRANCESCO DENOZZA

Seduta del 21/05/2019

FATTO

Parte ricorrente espone:

- in data 23/12/2010, la Società XXX stipulava un contratto di mutuo fondiario;
- in data 9/12/2010, il ricorrente, padre del rappresentante legale della predetta Società, aveva sottoscritto una fideiussione *omnibus* a garanzia del contratto di mutuo;
- non era indicato l'importo massimo garantito dalla fideiussione;
- in data 9/12/2011, il Cliente era nuovamente convocato in filiale per sottoscrivere un'ulteriore fideiussione *omnibus*;
- con riferimento a tale seconda garanzia, non era indicato il debito garantito;
- è tuttavia verosimile che la stessa si riferisse al successivo finanziamento chirografario erogato alla Società XXX stipulato in data 22/02/2012;
- il ricorrente *"non è mai appartenuto e non appartiene a nessun titolo alla compagine della società garantita, mai contribuiva alla operatività concreta della stessa, mai ricopriva la carica di componente dell'organo gestorio della società (e tanto meno di quello di controllo) e neppure di dipendente della stessa"*.
- nel mese di ottobre 2015, l'Intermediario convocava urgentemente, a mezzo di due telegrammi, il ricorrente;
- *"in tale sede il [Cliente] aveva suo malgrado un acceso confronto personale con l'allora direttore della Filiale che, unitamente all'inattesa e formale convocazione a mezzo telegrammi presso la residenza, alla luce della preoccupazione per la*



propria esorbitante e non giustificata esposizione personale, in data 19.10.2015 incorreva in un infarto";

- *"Di fatto"* la Società garantita non veniva mai dichiarata in stato di sofferenza, né la situazione economica della stessa era tale da spingere la Banca ad escutere la garanzia prestata dal ricorrente;
- in ogni caso, entrambe le fideiussioni sono da reputarsi nulle in quanto conformi a uno schema sanzionato nell'ambito di intesa anticoncorrenziale (Cass. n.29810/2017);
- le fideiussioni contengono clausole vessatorie che non sono state doppiamente sottoscritte;
- il danno patrimoniale è pari a € 12.750,00, pari al valore delle fideiussioni (nulle) rilasciate.
- Nel ricorso chiede che il Collegio:
 - accerti la qualità di consumatore in capo al ricorrente;
 - dichiari la nullità ab origine delle garanzie A e B prestate in data 09.12.2010 e 09.12.2011;
 - per l'effetto, condannare l'intermediario a corrispondere al ricorrente, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale la somma di euro 85.873,18, ovvero la diversa somma maggiore o minore che sarà ritenuta equa con riserva di future diverse quantificazioni e integrazioni in ragione, ma non solo, dei danni conseguenti anche alle segnalazioni presso la Centrale Rischi.
 - In ogni caso condannare l'intermediario a rimborsare al ricorrente le spese legali affrontate in conseguenza della presente procedura, come da fattura allegata, nonché l'importo di euro 20,00 per la proposizione del presente procedimento oltre alle spese sostenute per la perizia effettuata.

L'Intermediario convenuto eccepisce tra l'altro che:

- non è possibile individuare con esattezza la pretesa del cliente in quanto formulata in duplice versione;
- il 23/12/2010 era concesso mutuo ipotecario alla Società garantita dal Cliente;
- *"verso la fine del 2011, in conseguenza del costante utilizzo del credito da parte della società al di fuori della linea accordata, era richiesta ulteriore garanzia fideiussoria fino alla concorrenza di € 100.000,00";*
- nel febbraio 2012, al fine di rateizzare l'esposizione, fu erogato finanziamento chirografario di € 100.000,00;
- era mantenuta la garanzia da ultimo prestata;
- nel corso degli anni erano regolarmente fornite le informazioni periodiche sull'andamento del rapporto garantito;
- il Cliente non formulava alcuna contestazione;
- l'istanza risarcitoria risulta sprovvista di prova.
- Chiede la reiezione del ricorso.

DIRITTO

Con riferimento alla prima domanda formulata dal ricorrente, va dato anzitutto atto che non esiste agli atti alcun elemento in grado di smentire la ricorrenza in capo al ricorrente dei requisiti inerenti alla qualifica di consumatore da lui asseritamente posseduta.



Quanto al merito della vertenza, il ricorrente impugna i negozi fideiussori da lui stipulati, sulla base sostanzialmente di tre ordini di motivi: mancata indicazione dell'importo massimo, ovvero del credito, garantito; redazione su modulo uniforme ABI, con conseguente presenza di clausole attuative di un'intesa stipulata in violazione del divieto di intese anticoncorrenziali ex art. 2 L. 287/1990; vessatorietà di alcune clausole inserite nelle fideiussioni.

Quest'ultimo motivo (relativo alla vessatorietà) non può essere qui esaminato in quanto la relativa contestazione non era presente nel reclamo ed è stata formulata per la prima volta nel ricorso.

Degli altri motivi, quello relativo alla mancanza di indicazioni si configura diversamente con riferimento a ciascuna delle due fideiussioni (per una l'assenza di indicazioni viene prospettata con riferimento all'importo massimo garantito, mentre per l'altra il problema riguarda l'obbligazione principale). La richiesta dichiarazione di nullità delle fideiussioni in quanto negozi "a valle" di un'intesa la cui illiceità è già stata accertata dall'Autorità competente (nella specie dalla Banca d'Italia, autorità allora competente, con provvedimento n. 55 del 22 maggio 2005) riguarda invece allo stesso modo entrambe le fideiussioni. Conviene pertanto iniziare dall'esame di questo motivo.

Il Collegio non ignora l'esistenza di opinioni, anche autorevoli, contrarie ad estendere la sanzione della nullità, che colpisce indubbiamente le intese anticoncorrenziali, anche ai contratti che le imprese partecipanti all'intesa stipulano con i consumatori in esecuzione degli impegni assunti con l'adesione al cartello.

Il principale argomento addotto in favore di tale conclusione, e cioè l'intrinseca non illiceità della clausola contrattuale derivata (nel senso di introdotta nel contratto in attuazione dell'intesa) non sembra in realtà probante. Le esigenze di protezione della concorrenza, valorizzate dal diritto antitrust, operano infatti proprio nel senso di rendere illeciti atti e comportamenti che sarebbero altrimenti intrinsecamente leciti, e persino, talora, atti che costituiscono esercizio di riconosciuti e tutelati diritti (come il diritto di proprietà o quello di libertà contrattuale). Altrettanto formalistico appare l'argomento che vorrebbe escludere la nullità sulla base della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento. A prescindere dall'attuale dubbia tenuta della dogmatica distinzione tra le due categorie di norme imperative (le stesse famose sentenze delle Sezioni Unite 26724 e 26725 del 2007, che ebbero ad applicare la distinzione al tema dei contratti conclusi dagli intermediari finanziari, riconoscevano già allora che si tratta di una distinzione in via di dissolvimento) la qualificazione delle norme antitrust come semplici norme di comportamento appare del tutto insoddisfacente. Lo scopo di queste norme non è semplicemente quello di esigere prestazioni (come nel caso ad es. dei doveri di informazione) ma è quello di pretendere dei risultati (un mercato in cui la concorrenza non sia falsata) e di escluderne altri (un mercato in cui la concorrenza sia limitata). In questa prospettiva il semplice risarcimento dei danni può anche soddisfare le esigenze di protezione delle singole vittime, ma sicuramente non tutela l'interesse generale alla presenza di mercati efficienti che è il bene giuridico principalmente tutelato dal diritto antitrust.

Un semplice esempio pratico può del resto illustrare molto chiaramente quanto sinora esposto in via teorica. Si pensi alla stipulazione di una clausola di esclusiva. Come è ben noto, una simile clausola non è di per sé illecita e quindi secondo le tesi qui criticate i contratti che la contengono non sarebbero colpiti in nessun caso da nullità. Che ciò produca risultati assurdi è però agevole constatare se si pensa ad un abuso di posizione dominante che si concretizzi nel pretendere esclusive a proprio favore, o ad una intesa che abbia per oggetto proprio l'impegno a concludere esclusive con una determinata impresa. In questi casi la sopravvivenza delle clausole di esclusiva nei contratti "a valle" farebbe sì che il mercato conservi quella struttura anticoncorrenziale la cui formazione il



legislatore ha inteso espressamente prevenire. Quale senso potrebbe avere mai una soluzione che affermasse al contempo la nullità dell'intesa e però la validità dei contratti stipulati in sua esecuzione? Dovremmo sopportare un mercato con un assetto anticoncorrenziale formalmente inoppugnabile e solo fonte di obblighi di risarcimento? Sembra evidente che tutto ciò non può essere conforme alle intenzioni del legislatore.

Molto più pertinente appare in conclusione un discorso che non guardi a profili formali, ma tenga invece conto degli interessi in gioco e che cerchi perciò negli interessi variamente protetti dalla legge l'indicazione in ordine all'interpretazione da dare all'estensione della valutazione di illiceità compiuta dal legislatore con l'emanazione della legge antitrust.

Da questo punto di vista, non sembra dubbio che l'obiettivo della più ampia possibile eliminazione degli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato sia quello decisamente più coerente con l'imperatività delle norme a tutela della concorrenza e con la tutela degli interessi generali che queste perseguono. Una soluzione, come quella che qui si sta criticando, che si limita ad eliminare, con la comminatoria di nullità, il vincolo giuridico nascente dall'intesa illecita (ed a sanzionare i colpevoli partecipanti), ma lascia sopravvivere intatti tutti gli effetti che l'intesa ha prodotto sul mercato in termini di contratti stipulati a valle dell'intesa stessa, appare sicuramente molto poco coerente con gli obiettivi di difesa e promozione del mercato concorrenziale che sono propri del diritto antitrust. Da questo punto di vista pochi dubbi sussistono in ordine a quale sia l'interpretazione della legge di gran lunga preferibile.

Si tratta ora di verificare se obiezioni nei confronti di questa interpretazione, fondata sulla considerazione dell'interesse generale, possano essere tratte dall'esame degli specifici interessi dei soggetti che hanno concretamente operato sul mercato e che sarebbero ovviamente incisi dalla dichiarazione di nullità di tutti i contratti che siano stati conclusi (per lo più nell'inconsapevolezza di una delle due parti) in esecuzione di un'intesa. In particolare, considerata la posizione in cui si trova la parte che ha dato attuazione al cartello, e il basso livello di meritevolezza dei suoi interessi, si tratta soprattutto di verificare che la soluzione favorevole alla nullità dei contratti a valle, non confligga con le esigenze di protezione di qualche rilevante, contrapposto, interesse delle controparti contrattuali dei partecipanti all'intesa, e specialmente dei consumatori. Non si può escludere infatti la possibilità di immaginare casi in cui la controparte del partecipante al cartello non avrebbe interesse alla caducazione del contratto di fatto concluso (anche se peggiorativo rispetto a quello che avrebbe potuto concludere su un mercato concorrenziale). Con la conseguenza che, in assenza di una possibilità di configurare la nullità dei contratti a valle come una nullità di protezione (possibilità che andrebbe comunque esplorata), la sanzione della nullità potrebbe esporre il consumatore a subire un trattamento che egli non considera comunque nel suo interesse. Se la possibilità del verificarsi di questo inconveniente non può essere, come si è detto, esclusa con sicurezza a priori, va però rilevato che l'obbligo del risarcimento del danno comunque gravante sull'imprenditore partecipante all'intesa dovrebbe in ogni caso garantire il ristoro di tutte le conseguenze negative sopportate dal consumatore, ivi comprese quelle che dovessero derivare dalla dichiarazione di nullità del contratto stipulato a valle dell'intesa illecita.

Sembra, in conclusione, ad esito della suesposta valutazione comparativa tra i vari interessi in gioco, che la tesi favorevole alla nullità dei contratti a valle sia quella più conforme alla gerarchia di interessi fissata dalle norme e dai principi che governano la materia.

La conclusione favorevole al riconoscimento in via di principio della nullità dei contratti stipulati a valle di un'intesa illecita sembra del resto conforme anche ai principi stabiliti, proprio in materia di fideiussioni, da Cass. Civ. .29810/2017 (*"l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non*



può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia') e recentissimamente ribaditi da Cass. Civ. 13846/2019.

Ciò premesso in via generale, occorre ora considerare se siano nella specie presenti i presupposti di applicazione del principio di diritto che il Collegio ritiene di condividere relativamente alla nullità dei contratti a valle. Il primo presupposto riguarda ovviamente la conformità tra l'oggetto dell'intesa riconosciuta come illecita e il contenuto del contratto stipulato a valle. E' ovvio che una rilevante divergenza tra le clausole in concreto inserite nel presunto contratto a valle, e quelle che l'intesa imponeva ai cartellisti di adottare, renderebbe problematica la riconducibilità delle prime ad un atto di esecuzione del patto illecito e non consentirebbe di affermarne automaticamente la nullità.

Questa eventualità non si dà tuttavia nel caso di specie, stante che la sostanziale conformità tra i contenuti dell'intesa e i contenuti delle clausole impugnate è rilevabile *ictu oculi*. Si tratta, per quanto attiene all'intesa, delle clausole 2, 6, e 8 dello schema contrattuale predisposto dall' ABI per i contratti di fideiussione omnibus esaminato nel già citato provvedimento della Banca d'Italia n.55 del 2005, e relative, rispettivamente: 1) all'obbligo del fideiussore di rimborsare alla banca anche somme che questa fosse costretta a restituire per caducazione dei pagamenti ricevuti 2) all'esonero della banca dal rispetto dei termini previsti dall'art. 1957 cod. civ., 3) al trasferimento della garanzia dalla obbligazione garantita eventualmente dichiarata invalida, al conseguente obbligo di restituzione del debitore principale. Tali clausole corrispondono sostanzialmente a quelle contenute negli artt. 2, 5 e 8 della fideiussione nella specie rilasciata dal ricorrente nel 2010 e a quelle contenute negli artt. 2, 6, e 8 della fideiussione nella specie rilasciata dal ricorrente nel 2011.

Il Collegio ritiene poi di doversi soffermare su un altro aspetto e in particolare su un presunto onere dell'attore in nullità di provare che le clausole che impugna sono oggetto di applicazione uniforme. La tesi favorevole alla sussistenza di questo onere, affermata anche da alcuni giudici di merito, sembra trovare conforto soprattutto in una statuizione di Cass. Civ. 30818/2018 dove si afferma perentoriamente che *"... il carattere uniforme dell'applicazione della clausola contestata è certamente costitutivo della pretesa attorea essendo la sua necessità pacificamente prevista nel provvedimento della banca d'Italia su cui l'attore fonda in buona sostanza la sua pretesa"* (l'esistenza di tale onere probatorio dell'attore è stata incidentalmente, e, in verità, un po' frettolosamente, ribadito anche dalla citata più recente Cass. 13846/2019).

Questa tesi si basa (lo spiega chiaramente Cass. 30818/2018) sull'idea che il carattere uniforme sia un elemento essenziale dell'intesa anticoncorrenziale e che il provvedimento della Banca d'Italia non avrebbe accertato tale elemento ma l'avrebbe indicato in termini soltanto ipotetici.

La tesi, e gli argomenti addotti a suo sostegno, sembrano frutto di un equivoco. Si potrebbe anzitutto osservare che se l'uniformità di comportamento fosse un elemento essenziale dell'illiceità dell'intesa, il mancato accertamento della ricorrenza di tale elemento avrebbe dovuto imporre alla Banca d'Italia un provvedimento di assoluzione (per mancata completa prova dell'esistenza di un'intesa) e non un provvedimento di condanna "incompleta" da integrare volta per volta con la prova dell'uniformità offerta da ogni singolo attore. Interpretato in questo modo il provvedimento acquisirebbe una configurazione abnorme, estranea alla prassi delle autorità antitrust (sia quella italiana, sia quella dell'UE) e difficilmente giustificabile sul piano logico giuridico.

Più radicalmente si può però osservare che leggendo la motivazione del provvedimento in questione, ci si rende conto che la Banca d'Italia ha in effetti compiuto l'accertamento relativo alla uniforme adozione delle clausole e ne dà atto, in conclusione, al par. 93, là



dove precisa che " *Le verifiche compiute nel corso de/l'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI*" e, in precedenza ai parr. 57s.: "Allo scopo di verificare l'effettivo grado di uniformità degli schemi contrattuali utilizzati per le garanzie personali, nel mese di settembre 2004 la Banca d'Italia ha inviato una richiesta di informazioni a un campione di 7 banche di diversa dimensione. Dall'analisi dei moduli contrattuali relativi alla fideiussione omnibus, è stato possibile rilevare che le clausole oggetto di approfondimento istruttorio, dal punto di vista sostanziale, sono riconducibili a un medesimo modello". E ancora, par. 60, "L'esame della contrattualistica relativa alla fideiussione omnibus, pertanto, ha posto in evidenza come i testi negoziali in uso nella prassi bancaria disciplinano in maniera sostanzialmente uniforme le principali clausole oggetto di istruttoria .. ."

L'ambiguo inciso ("*nella misura in cui ...*") inserito nel dispositivo non può essere perciò interpretato in un modo che contraddirebbe la motivazione del provvedimento e che, come si diceva, finirebbe per dargli il senso paradossale di una singolare condanna ... condizionata alla prova della ricorrenza di un ulteriore elemento decisivo da provarsi successivamente caso per caso. E' più ragionevole pensare che l'uso del tempo congiuntivo ("vengano") sia frutto di un'imprecisione linguistica e che la Banca d'Italia volesse affermare che le clausole, in quanto sono applicate uniformemente, sono illecite.

A ciò si può poi aggiungere che comunque si interpreti il provvedimento in questione, la richiesta della prova dell'uniformità di applicazione sarebbe sostanzialmente contraria alla legge. La ragione è che l'uniformità di cui si sta discorrendo non è in nessun caso elemento costitutivo dell'illiceità dell'intesa. L'art. 2, comma 2 della legge 287/90 (come del resto al corrispondente norma dell'Unione) vieta e colpisce di nullità le intese che abbiano una restrizione della concorrenza anche solo per oggetto e non necessariamente anche per effetto. Non solo non si richiede perciò l'uniformità nel comportamento dei partecipanti all'intesa, ma è illecita, nulla e sanzionata anche l'intesa che nessuno dei cartellisti avesse ad applicare. Ovviamente in un caso di intesa in forma di pratica concordata l'accertamento dell'uniformità di comportamento potrà essere anche molto rilevante, ma non come elemento costitutivo dell'illecito, bensì come semplice indizio dell'esistenza dell'accordo (esplicito o tacito) costitutivo dell'intesa. Anche per questa via si deve perciò giungere alla conclusione che posto che il provvedimento della Banca d'Italia ha accertato, come da tutti si riconosce, l'esistenza dell'intesa (in forma tra l'altro di un accordo praticamente esplicito) non c'è nessuna esigenza, né sul piano costitutivo della fattispecie, né sul piano probatorio, di accertare di volta in volta la ricorrenza dell'uniformità.

Deriva da quanto sopra la nullità delle clausole 2, 5 e 8 del contratto del 2010 e 2,6, e 8 del contratto del 2011.

Ciò stabilito si pone l'ulteriore e ancor più delicato problema della sorte dei contratti in cui dette clausole sono inserite. Il Collegio non ignora che sul punto esiste nella giurisprudenza di merito un netto dissenso tra chi afferma la nullità totale del negozio stipulato in esecuzione dell'intesa vietata (v. ad es., App Bari, sent. 526/2018, del 21/03/2018; Trib. Fermo, ordinanza, 24/09/2018; Trib. Salerno, sent. 3016/2018, del 23/08/2018; Trib. Siena, sent. Del 14/05/2019) e chi sostiene che la nullità colpisce le clausole frutto dell'accordo di cartello, ma non l'intero contratto (v. ad es., Trib. Ancona, sentenza n. 1993 del 17.12.2018; Trib. Roma, Sentenza n. 9354/2019 pubbl. il 03/05/2019; Tribunale di Mantova, sez. 1116 gennaio 2019).

La tesi favorevole alla nullità parziale si fonda su un ragionamento apparentemente lineare. Per quanto attiene alla banca, si osserva in genere che è presumibile che avrebbe comunque stipulato il contratto, pur mutilato delle clausole incriminate, in quanto è



ragionevole pensare che sia in genere meglio avere una certa garanzia che non averne nessuna. Mentre per la controparte si osserva che se ha concluso il contratto con le clausole a lei sfavorevoli, a maggior ragione avrebbe concluso quello stesso contratto depurato di dette clausole.

Il ragionamento appare decisamente semplicistico e ben poco consapevole delle peculiarità della fattispecie.

Il Collegio concorda con la tesi per cui nonostante la particolare natura della nullità in questione non vi sia ragione di derogare alla disciplina generale della nullità e che si debba perciò applicare anche al caso di specie la disciplina della nullità parziale, con la conseguente necessità di applicare la norma (rt. 1419 cod.civ.) che dispone la nullità dell'intero contratto quando *risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità*.

A questo fine vanno però operate alcune precisazioni. E' evidente anzitutto che il ragionamento controfattuale richiesto dalla legge mira a porre al centro di ogni decisione la verifica della effettiva volontà dei contraenti. La regola generale implicita sembra essere quella per cui vanno salvati i contratti che possono considerarsi come effettivamente voluti, ed eliminati quelli non fondati su un presumibile effettivo consenso.

Ciò premesso, ne derivano due osservazioni. La prima è che per discutere della presumibile volontà delle parti bisogna definire un contesto. E' evidente infatti che il contratto che potrebbe apparire conveniente e, quindi, probabilmente voluto, in un contesto, potrebbe apparire non conveniente, e, quindi, probabilmente non voluto, in un altro.

La seconda osservazione è che trattandosi nella specie di contratti di garanzia, per loro natura necessariamente accessori ad un atto fonte dell'obbligazione principale, non si può immaginare di valutare la convenienza del contratto accessorio senza tener conto delle condizioni praticate per l'obbligazione principale. L'operazione dal punto di vista economico è unica. In concreto è facile immaginare che un credito che in quanto assistito da una garanzia che vale x , viene concesso al costo di 10 , non può essere concesso allo stesso prezzo se la garanzia, a causa di maggiore esposizione a rischi di caducazione o di maggiori costi (ad es., di monitoraggio), non vale più x , ma $x-y$. Più in generale, è da ritenere che il prezzo del credito dipende e varia, non solo in rapporto alle sue caratteristiche intrinseche, ma anche in rapporto a quelle della garanzia da cui venga, originariamente o successivamente, assistito. Una garanzia "più forte" consentirà di praticare al debitore principale condizioni migliori rispetto a quelle che sarebbero praticate nel caso di una garanzia "più debole". Nell'analisi della volontà presunta non si può perciò isolare quella relativa alla garanzia, ma bisogna considerare il senso economico dell'intera operazione, comprensiva delle condizioni a cui viene erogato il credito garantito.

Quanto al problema della definizione del contesto in cui valutare se il contratto sarebbe stato ugualmente stipulato o non, certo essendo che la valutazione non va effettuata con riferimento al contesto esistente al momento dell'accertamento della nullità (come invece tendono surrettiziamente a fare i ragionamenti di alcune sentenze), il Collegio ritiene che in un caso come quello qui in esame neppure possa essere assunto come acritico riferimento quello, falsato dalla limitazione della concorrenza, in concreto esistente al momento della stipulazione del contratto. Non è questo, come si è appena detto, falsato, contesto, quello in cui si può accertare l'esistenza di una effettiva volontà delle parti che come si è detto rappresenta, secondo il Collegio, il punto di riferimento indicato dalla legge. Nel caso di specie la verifica della presumibile effettiva volontà delle parti deve essere compiuta immaginando il contesto che sarebbe esistito in assenza dell'atto principale colpito da nullità e, quindi, su un mercato non falsato dalla presenza dell'intesa. Un contesto dominato da un monopolista (individuale o, nel caso delle intese, collettivo) si



caratterizza proprio per il fatto di non offrire agli acquirenti (in particolare, ai consumatori) una gamma differenziata di opzioni alternative. Non avrebbe perciò senso un'indagine sulla presumibile volontà dei contraenti immaginata in un contesto di assenza di libertà di scelta. Se si procede lungo le linee delineate, la domanda che nel caso di specie occorre porsi è se in un mercato ragionevolmente concorrenziale (non falsato dalla presenza dell'intesa nulla) i contraenti avrebbero raggiunto ugualmente l'accordo sul contenuto del contratto pur mutilato delle clausole in questione.

Trattasi di indagine fattuale che presenta evidenti elementi di delicatezza, ma per la quale nella specie soccorrono gli accertamenti a suo tempo compiuti dalla Banca d'Italia dei cui esiti conviene in questa sede dare letteralmente conto (v. parr. 94 ss. del provvedimento citato):

"La standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali. Essa può risultare compatibile con le regole di concorrenza a condizione che gli schemi uniformi non ostacolino la possibilità di diversificazione del prodotto offerto, anche attraverso la diffusione di clausole che, fissando condizioni contrattuali incidenti su aspetti significativi del rapporto negoziale, impediscano un equilibrato temperamento degli interessi delle parti. In questo senso, non è ingiustificato l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema AB/ della clausola "a prima richiesta". Come emerso nel corso dell'istruttoria - infatti - essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario. Tale valutazione trova conferma nel raffronto con le esperienze estere, da cui emerge un'ampia diffusione della clausola in questione, e in quanto previsto nell'Accordo di Basilea 2, che considera la clausola stessa essenziale ai fini del riconoscimento delle garanzie personali come strumenti di attenuazione del rischio. Viceversa, per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod.civ. e per le c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa".

Come emerge chiaramente da quanto precede, le clausole in questione non sono funzionalmente giustificabili e, nella misura in cui addossano al cliente costi che la Banca potrebbe evitare con l'osservanza dei suoi obblighi di diligenza, non possono essere considerate irrilevanti.

Alla luce di queste precisazioni sembra ragionevole ritenere che in un contesto di disapplicazione dell'intesa nulla, e di riconosciuta nullità delle clausole in questione, il contratto non sarebbe stato concluso ad analoghe condizioni.

Dal punto di vista della Banca, l'impossibilità di scaricare alcuni costi sul cliente avrebbe richiesto una complessiva ristrutturazione della sua attività e anche della sua politica contrattuale, non solo con riferimento alla garanzia, ma anche con riferimento all'erogazione del credito (in un mercato concorrenziale le banche dovrebbero competere anche sul piano della riduzione dei costi, che non possono più scaricare sulle controparti, e sul piano della ricerca delle migliori combinazioni tra rischi del credito, costi del medesimo e coperture realizzabili attraverso garanzie).

Il ragionamento del tipo meglio poco che niente, rivalutato in questa prospettiva, non tiene. Esso può essere vero *a posteriori* nelle condizioni odierne, in cui si tratta di prendere o lasciare (ma ciò ai fini dell'applicazione dell'art. 1419 cod. civ. è palesemente irrilevante). Non è invece vero *ex ante*, quando la banca avrebbe dovuto fare i conti con la concorrenza e con la possibilità di ristrutturare le condizioni a cui offriva il credito, prima



ancora che le garanzie (del resto, mantenendo il ragionamento al livello più banale possibile, è ben difficile immaginare che le imprese si diano tanta pena e corrano tanti rischi per fare intese su condizioni contrattuali in fondo marginali di cui potrebbero fare tranquillamente a meno senza rilevanti conseguenze).

Quanto al punto di vista del cliente, considerata la non funzionalità delle clausole e la conseguente varietà di offerte che avrebbe potuto trovare sul mercato, non esiste alcuna certezza che il contratto mutilato avrebbe potuto rappresentare la migliore opzione (beninteso, come si è detto, di credito più garanzia) a sua disposizione. E' perciò da ritenere, in conclusione, che un contratto identico a quello stipulato, ma privo della parte colpita nullità, da una parte non sarebbe stato probabilmente offerto e dall'altra non è detto che sarebbe stato accettato.

Il Collegio ritiene in conclusione che la nullità delle clausole in questione importi la nullità di entrambi i contratti di cui è causa.

Venendo ora alle domande di risarcimento dei danni avanzate dal ricorrente, il Collegio ritiene che meriti accoglimento la domanda di rifusione delle spese legali di difesa nella misura di E 749,56, in considerazione della complessità della vicenda e della effettiva necessità di fatto di ricorrere ad una assistenza tecnico - legale pur non imprescindibilmente richiesta dalla procedura avanti all'ABF. Per il resto, il Collegio ritiene che il ricorrente non abbia provato né l'esistenza di un effettivo danno emergente (tale non potendosi evidentemente considerare l'ipotetico "costo" delle fideiussioni), né una qualche forma di lucro cessante, né, in generale, la ricorrenza di danni che possano essere considerati come causalmente cagionati dal comportamento della convenuta. Tali domande vanno pertanto respinte.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dichiara la nullità delle garanzie in contestazione. Dispone altresì che l'intermediario rimborsi alla parte ricorrente le spese legali sostenute nella misura di € 749,56.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
FLAVIO LAPERTOSA