

COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

(RM) MASSERA	Presidente
(RM) ROSSI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) SILVETTI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) NERVI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(RM) MARINARO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore MARINARO MARCO

Nella seduta del 20/05/2015 dopo aver esaminato:

- il ricorso e la documentazione allegata
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione
- la relazione della Segreteria tecnica

FATTO

I ricorrenti hanno stipulavano nel dicembre 2011 un appalto con una società costruttrice, per l'edificazione di due fabbricati.

Nel corso del 2012 (e poi anche per parte del 2013) sopraggiungevano contrasti in merito alla conduzione dei lavori (vizi opera). A settembre 2013 le parti concludevano un accordo integrativo dell'appalto originario nel quale era previsto a carico dell'appaltatore l'obbligo di dotarsi di una garanzia fideiussoria di natura indennitaria.

In adempimento di tale obbligo contrattuale, l'appaltatore si procurava garanzia (prestata dal Confidi resistente) con decorrenza dal 24.09.2013 fino al 24.05.2014 (entro tale termine avrebbe dovuto essere inoltrata richiesta di escussione della garanzia, a cura dei ricorrenti). La garanzia copriva l'inadempimento dell'appaltatore, con obbligo di

corrispondere euro 88.400,00 “a semplice richiesta e senza beneficio della preventiva escussione”.

L'intermediario, dopo avere in un primo momento (il 30.09.2013) rifiutato di costituirsi garante dell'appaltatore, ritornava sui suoi passi e acconsentiva ad obbligarsi con raccomandata del 13.11.2013.

L'appaltatore si rendeva inadempiente e di ciò veniva reso edotto l'odierno resistente.

Nell'imminenza della scadenza del periodo di garanzia, i ricorrenti invitavano la controparte a ottenere una proroga di tale termine (senza esito, tanto che venivano interrotti i lavori).

Preso atto dell'inadempimento del costruttore, i ricorrenti invitavano l'intermediario ad adempiere alle obbligazioni contenute nella garanzia ossia al pagamento della somma di euro 88.400,00, decurtati euro 15.600,00 pari al valore delle opere realizzate dall'appaltatore.

La parte ricorrente fa presente che alcuna conferenza con il caso hanno le asserzioni (contenute in sede precontenziosa) di parte resistente, in merito a decadenze dalla fideiussione. Da un lato, infatti, il negozio stipulato con l'intermediario va correttamente inquadrato quale contratto autonomo di garanzia, dall'altro lato, tutte le prescrizioni contrattuali, atte a ottenere l'escussione della cautela, sono state rispettate. Da ultimo, eventuali clausole che prevedessero decadenze del beneficiario (i ricorrenti) per mancata comunicazione all'intermediario dell'inadempimento del garantito (l'appaltatore) sarebbero invalide, ai sensi del Codice del Consumo, in quanto non oggetto di apposita trattativa individuale (a nulla varrebbe l'avvenuta approvazione per iscritto delle stesse).

Peraltro, neppure rilevano le supposte contestazioni dell'appaltatore in merito ai propri inadempimenti, in quanto del tutto pretestuose (veniva addebitata la responsabilità per la conduzione dei lavori ai ricorrenti, i quali avrebbero richiesto modificazioni più onerose al progetto) e peraltro mai rese note ai ricorrenti. Le contestazioni della resistente paiono, quindi, essere dettate dal solo scopo di recare nocimento ai ricorrenti e, quindi, prive di ogni pregio giuridico.

I ricorrenti chiedono che l'Abf condanni il Confidi resistente all'esecuzione degli obblighi di pagamento contenuti nella garanzia rilasciata. Più in particolare, chiedono che, a tale titolo, versi la somma di euro 72.800,00 (pari alla differenza tra il valore della garanzia, ossia euro 88.400,00 e il valore dell'opera realizzata dall'appaltatore pari a euro 15.600,00).

Il Confidi resiste al ricorso ed espone unicamente di avere presentato domanda di mediazione presso Organismo di Mediazione e, per tale ragione, ritiene che il ricorso sia da dichiararsi improcedibile.

In fase anteriore al contenzioso Abf, la stessa aveva negato ogni obbligo di adempimento della garanzia, in quanto i presunti inadempimenti contestati dal committente (odierno ricorrente) all'appaltatore sarebbero stati da questi respinti con lettera del 27.05.2014 (anche se tale documento non è disponibile agli atti e i ricorrenti dichiarano di non conoscere il testo della lettera). Il contratto di garanzia prevedeva la clausola di non indennizzo in caso di obbligazioni contestate (art. 11 contratto). Sempre secondo la parte resistente i ricorrenti, hanno violato l'art. 14 del contratto, in quanto non hanno denunciato, nel termine essenziale ivi previsto, i presunti inadempimenti dell'appaltatore.

L'intermediario chiede che il ricorso sia dichiarato improcedibile, in quanto lo stesso ha promosso procedimento di mediazione presso apposito organismo.

Diritto

Il Collegio ritiene di dover esaminare preliminarmente l'eccezione di improcedibilità opposta dalla parte resistente. Ed invero nelle controdeduzioni si affida la difesa in questa sede soltanto a tale eccezione che viene fondata sull'avvenuta presentazione di una istanza di mediazione presso un Organismo di Mediazione (in una materia che si ritiene assoggettata alla condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1-bis, D.lgs. 28/2010).

Ciò premesso, i ricorrenti, a mezzo di successiva nota del legale, hanno reso noto che non intendono aderire a tale procedimento di mediazione e hanno chiesto che l'Abf decida il ricorso nel merito.

Sul punto, il testo delle Disposizioni Abf prevedono che "Non possono altresì essere proposti ricorsi inerenti a controversie rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge (ad esempio, D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito" (cfr. Sez. I, par. 4). Pertanto, le norme procedurali chiariscono che – per aversi "litispendenza" – la procedura di mediazione eventualmente, avviata dall'intermediario, debba avere avuto quanto meno l'adesione da parte del ricorrente. Nel caso di specie risulta – per un verso – che la procedura di mediazione è stata avviata dal resistente e – per altro verso – che il ricorrente non vi ha aderito, con la conseguenza che non può ritenersi sussistente alcuna "litispendenza" (che comunque avrebbe condotto al più ad una

interruzione, ma non ad una declaratoria di improcedibilità). L'eccezione proposta appare dunque priva di pregio e non può essere accolta (in termini, Coll. Napoli, dec. n. 7264/2014).

Passando ad esaminare il merito, i termini della lite appaiono chiari. Una società appaltatrice ha procurato il 24.09.2013, in favore dei ricorrenti (committenti l'edificazione di fabbricati), una garanzia (è in discussione se trattasi di fideiussione o di contratto autonomo di garanzia) rilasciata da un Confidi (l'intermediario resistente). La garanzia è stata rilasciata fino alla concorrenza della somma di euro 88.400,00, per il periodo di validità dal 24.09.2013 al 24.05.2014.

Tale garanzia (e le relative pattuizioni) è stata sottoscritta dal garantito (la società edile) e dal Confidi resistente ma non dai ricorrenti (i beneficiari), come emerge dall'esame del contratto.

Quanto alla natura del contratto si rileva che l'art. 2 delle condizioni generali prevede che il beneficiario (ossia i ricorrenti) accederà alle provvidenze della garanzia, a semplice richiesta.

A seguito degli inadempimenti del costruttore i ricorrenti in data 2.5.2014 diffidavano il primo ad adempiere senza ricevere risposta e il 13.05.2014 inviavano la richiesta di escussione della garanzia (prima della scadenza della stessa, valida fino al 24.05.2014).

Ciò premesso, va precisato che l'intermediario adduce le seguenti ragioni a sostegno del proprio rifiuto di corrispondere alcunché in relazione alla fideiussione:

- gli inadempimenti contestati all'appaltatore erano in realtà già avvenuti da tempo e, quindi, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 14 (decadenza della fideiussione causata dalla mancata denuncia all'intermediario dell'inadempimento, entro 15 giorni dal fatto), l'efficacia della garanzia sarebbe venuta meno. Le asserzioni della resistente si basano sul mancato rispetto di un cronoprogramma che sarebbe stato allegato ad un accordo firmato dal ricorrente e dal costruttore a settembre 2013, documento di cui non vi è evidenza. Constano, tuttavia, altri documenti (dichiarazioni del direttore dei lavori del cantiere) dai quali emerge senza dubbio che le parti fossero ben consapevoli dei ritardi nei lavori (certificato di pagamento del 25.02.2014 relativo alla fase 1 del cronoprogramma): ritardo di 113 giorni. Allegata al ricorso vi è altresì una lettera della parte ricorrente indirizzata al Confidi in data 22.10.2013 nella quale evidenza taluni inadempimenti dell'appaltatore;

- l'intermediario sostiene l'esistenza di contestazioni sui presunti inadempimenti dell'appaltatore (e ciò impedirebbe l'escussione ex art. 11 del contratto);



per comprovare tali contestazioni in merito al rapporto contrattuale principale (l'appalto) fa riferimento alla lettera del 27.5.2014 con la quale l'appaltatore avrebbe contestato gli addebiti a lui rivolti dai ricorrenti (di tale lettera però non vi è evidenza agli atti ed i ricorrenti hanno dichiarato di non conoscerla); produce un estratto delle risultanze di cancelleria di un tribunale dal quale emerge la sussistenza di un procedimento di ATP; non è dato sapere chi sia il ricorrente e chi il resistente e, in aggiunta a ciò, esso è stato iscritto nel registro generale del contenzioso civile presso tale ufficio giudiziario a novembre 2014, ossia ben sei mesi dopo rispetto alla richiesta di escussione della garanzia (maggio 2014).

Ad avviso del Collegio il ricorso è fondato e merita di essere accolto e ciò adottando consapevolmente un orientamento interpretativo diverso da quello assunto in talune precedenti decisioni su questioni analoghe.

Invero, il Confidi è abilitato a “svolgere esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi che consiste nella «prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie» volta a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese associate al credito di banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario (art. 13, comma 1, del D.L. n. 269/2003 convertito nella L. n. 326/2003) nonché attività connesse e strumentali”. Esso non può, invece, effettuare “prestazioni di garanzie diverse da quelle indicate e, in particolare, nei confronti del pubblico, nonché l'esercizio delle altre attività riservate agli intermediari finanziari”. Affermazioni conformi a quanto disposto nei “Chiarimenti in materia di rilascio di garanzie” resi dalla stessa Banca d'Italia il 7 ottobre 2011, nonché al vigente art. 112 TUB (Coll. Roma, dec. n. 8139/2014).

Si tratta, dunque, di stabilire se l'abusiva stipulazione di garanzia in favore di un terzo implichi la nullità del contratto. Con riguardo al profilo dell'invalidità virtuale da abuso, reputa il Collegio di aderire alla giurisprudenza della Cassazione civile, Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725 secondo cui “in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. nullità virtuale), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di



investimento finanziario (nella specie, in base all'art.6, l. n. 1/1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (...); in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità”.

Tale indirizzo è, peraltro, coerente con il generale divieto di venire contra factum proprium, sicché in ogni caso non parrebbe ammissibile per il garante far valere la nullità di un contratto che egli stesso ha stipulato. Sicché il contratto deve reputarsi valido ed opponibile al garante (in termini, Coll. Milano, dec. n. 3226/2015; v. anche dec. n. 775/2015).

Posto che dunque i ricorrenti non sono incorsi nella decadenza di cui all'art. 14 del contratto in quanto l'inadempimento deve ritenersi comunicato tempestivamente al Confidi, non resta che scrutinare (per vero ad abundantiam in quanto non vi è prova agli atti della contestazione dell'inadempimento) in ordine alla opponibilità/efficacia della clausola contrattuale che prevede la non attivabilità della garanzia in caso di contestazioni.

Anche a voler prescindere dalla considerazione – pure obiettivamente rilevante – che la clausola in esame appare tipologicamente incompatibile con le caratteristiche della garanzia in concreto prestata, che si configura piuttosto, e lo testimonia chiaramente l'art. 2, alla stregua di una garanzia autonoma a prima richiesta, per rigettare l'eccezione del resistente è sufficiente constatare che i ricorrenti, pur beneficiando della garanzia, non hanno però sottoscritto il contratto di fideiussione, che è stato invece stipulato dall'appaltatore e dall'intermediario, e soprattutto non hanno approvato espressamente la clausola dell'art. 11. Il che allora è sufficiente per escludere – anche collocandosi nella prospettiva tratteggiata dall'art. 1413 c.c., per cui nella stipulazione a favore di un terzo il promittente può opporre a quest'ultimo le eccezioni «fondate sul contratto da cui il terzo derivi il suo diritto» - la possibilità di opporre tale tipo di eccezione, appunto perché la clausola in parola, predisposta unilateralmente dall'intermediario, riconoscendogli il potere, sostanzialmente discrezionale, di sospendere l'esecuzione della prestazione, integra evidentemente gli estremi di una clausola vessatoria ex art. 1341 c.c., per la cui opponibilità anche al terzo beneficiario sarebbe stata necessaria la sua specifica approvazione per iscritto (in termini, Coll. Napoli, dec. n. 2732/2011; tale decisione resa per un contratto nel quale il beneficiario era un “non consumatore”, deve ritenersi



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

rafforzata dalla qualifica di “consumatore” del beneficiario. In ragione di tale stato soggettivo, il professionista/intermediario, per tenere ferma la validità di una clausola abusiva, avrebbe dovuto dare la prova dell'avvenuta specifica trattativa con il consumatore).

P.Q.M.

Il Collegio in accoglimento del ricorso dispone che l'intermediario corrisponda ai ricorrenti la somma di 72.800,00 euro, oltre interessi legali dalla data del reclamo al saldo.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MAURIZIO MASSERA