

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Pratiche concordate contrarie al diritto *antitrust*: il caso delle fideiussioni *omnibus* redatte secondo lo schema ABI

SOMMARIO 1. Premessa: la questione relativa alla nullità delle clausole redatte in base allo schema ABI nei contratti di fideiussione *omnibus* – 2. La contrarietà al diritto della concorrenza delle fideiussioni *omnibus* nei precedenti della Corte di Cassazione – 3. Il valore probatorio delle decisioni rese dall’Autorità garante della concorrenza: dalla prova privilegiata all’efficacia vincolante – 4. Il tentativo di “chiarimento” della Corte di Cassazione: la scelta per la nullità parziale *ex* articolo 1419 c.c. – 5. Lungi da una posizione uniforme: la decisione dell’Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, e l’interpretazione della volontà negoziale delle parti – 6. Un ulteriore *revirement* per raggiungere – forse – l’uniformità: la decisione resa dal Collegio di Coordinamento dell’Arbitro Bancario Finanziario – 7. Notazioni conclusive.

1. Premessa: la questione relativa alla nullità delle clausole redatte in base allo schema ABI nei contratti di fideiussione omnibus

Il *private enforcement* del diritto della concorrenza risulta spesso accostato alle sole azioni risarcitorie, nonostante l’articolo 33 della legge 287/1990¹ preveda, accanto al diritto al risarcimento del danno subito, anche la possibilità di ottenere giudizialmente la declaratoria di nullità del contratto – o di singole clausole – lesivo della libera concorrenza. La questione riguardante la contrarietà al diritto *antitrust* di talune pattuizioni inserite nei contratti di fideiussione *omnibus* ha costituito probabilmente il campo di applicazione privilegiato in materia di nullità contrattuale discendente dalla violazione della disciplina *antitrust*. In particolare, si fa riferimento allo schema negoziale adottato dall’Associazione Bancaria Italiana (ABI) nei contratti di fideiussione *omnibus*, dichiarato contrario alla normativa in materia di concorrenza dalla Banca d’Italia nel 2005². A partire dalla decisione del regolatore bancario si è originato un filone

¹ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, pubblicata in GU 13 ottobre 1990, n. 240.

² Banca d’Italia, provvedimento 2 maggio 2005, n. 55, *ABI – Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*. Il testo del provvedimento è reperibile al seguente indirizzo internet: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/tutela-concorrenza/provvedimenti/prov_55.pdf.

giurisprudenziale – concernente la nullità di tali pattuizioni – costituito da svariate pronunce, non sempre uniformi tra loro.

Il dibattito in merito ha suscitato l'attenzione dei commentatori soprattutto a partire dalla presa di posizione della Corte di Cassazione, avvenuta mediante l'ordinanza 29810/2017³, che ha riconosciuto la legittimità a proporre un'azione di nullità ai sensi della legge 287/1990 nei confronti dello schema negoziale predisposto dall'ABI. Tale decisione, però, non ha definito adeguatamente la questione riguardante la portata della declaratoria di nullità, ovvero se essa dovesse investire l'intero contratto di garanzia o solamente le clausole giudicate lesive della concorrenza dal provvedimento della Banca d'Italia⁴. Tuttavia, un passaggio della pronuncia poteva far propendere verso la nullità dell'intero contratto, enunciando che «l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso “a valle”»⁵. A rendere il quadro giurisprudenziale ancora più complesso ha contribuito l'ordinanza 30818/2018⁶ resa dalla Corte di Cassazione, che, come si vedrà, compiendo un evidente arretramento rispetto all'ordinanza 29810/2017⁷, ha rigettato la domanda di nullità proposta

³ Cass., sez. I, ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29810, *B. G. c. Unicredit Credit Management Bank S.p.A.*, con note di R. PARDOLESI, in *Foro It.*, 2018, I, 158; R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Corr. Giur.*, 2018, 8-9, 1063; C. BELLI, *Contratto “a valle” in violazione di intese vietate dalla Legge Antitrust*, in *Giustiziacivile.com*, 2018; S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto “a valle” nel diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, 2019, 3, 575.

⁴ La giurisprudenza di merito risultava peraltro divisa sul punto. La nullità totale del negozio era stata affermata, *inter alia*, da: Trib. Siena, sentenza 14 maggio 2019; Trib. Fermo, ordinanza 24 settembre 2018; Trib. Salerno, sentenza 23 agosto 2018, n. 3016; App. Bari, sentenza 21 marzo 2018, n. 526. Diversamente, la nullità parziale, limitata alle sole clausole lesive del diritto della concorrenza, era stata sostenuta, *inter alia*, da: Trib. Roma, sentenza 3 maggio 2019; App. Brescia, sentenza 29 gennaio 2019; Trib. Mantova, sentenza 16 gennaio 2019; Trib. Ancona, sentenza 17 dicembre 2018, n. 1993.

⁵ Cass., sez. I, ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29810, cit., punto 11.6. Per l'interpretazione proposta del citato *obiter dictum* si veda G. CALABRESE, *Fideiussione omnibus “a valle”: illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2019, 3, 517.

⁶ Cass., sez. I, ordinanza 28 novembre 2018, n. 30818, *C. D. c. Banca Popolare Etica Società Cooperativa per Azioni*.

⁷ G. CALABRESE, *op. cit.*, 517.

dai fideiussori, ritenendo insufficienti le allegazioni probatorie proposte dalla parte ricorrente. La sentenza 24044/2019⁸ è in seguito intervenuta in questo quadro frammentato nel tentativo di riordinare la questione. In particolare, essa si è pronunciata in favore della declaratoria di nullità parziale con riferimento ai contratti di garanzia bancaria contrari al diritto della concorrenza. Tuttavia, una decisione emessa dall'Arbitro Bancario Finanziario di Milano⁹, appena precedente rispetto a tale pronuncia di legittimità, ha lasciato aperta la questione riguardante il regime applicabile alla nullità in oggetto. L'incertezza caratterizzante il quadro appena descritto, come si vedrà *infra*, ha infine portato il Collegio di Coordinamento dell'ABF a pronunciarsi recentemente sul punto¹⁰.

In ogni caso, al fine di comprendere appieno la questione, nonché le recenti prese di posizione della Corte di Cassazione e del Collegio di Coordinamento dell'ABF, risulta necessario ripercorrere i vari passaggi giurisprudenziali che hanno segnato la vicenda.

2. La contrarietà al diritto della concorrenza delle fideiussioni omnibus nei precedenti della Corte di Cassazione

L'ordinanza resa dalla Corte di Cassazione nel 2017, come anticipato, costituisce il precedente da cui partire con riguardo alla declaratoria di nullità delle clausole contenute nei contratti di fideiussione *omnibus* per violazione della normativa *antitrust*. Il caso sottoposto si concentrava in special modo sul profilo temporale intercorrente tra i contratti di fideiussione stipulati e la decisione della Banca d'Italia che ha dichiarato l'illegittimità dello schema predisposto dall'ABI. Le parti ricorrenti, in quel contesto, avevano infatti prestato garanzia attraverso una fideiussione *omnibus* stipulata solo pochi mesi prima rispetto alla pubblicazione del provvedimento della Banca d'Italia¹¹. Quest'ultimo sanciva la contrarietà rispetto all'articolo 2

⁸ Cass., sez. I, sentenza 26 settembre 2019, n. 24044, *De Gregorio et al. c. Banca Promos S.p.A. et al.*, con nota di D. DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. it.*, 2, 2020, 358.

⁹ ABF, Collegio di Milano, decisione 4 luglio 2019, n. 16558.

¹⁰ ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 19 agosto 2020, n. 14555.

¹¹ Adottato dal regolatore bancario nella sua qualità di autorità competente in materia *antitrust* per il settore bancario, compito mantenuto fino all'anno successivo,

della legge 287/1990 degli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI nella misura in cui tali previsioni fossero applicate in maniera uniforme da parte degli istituti bancari. Quest'ultima specificazione è molto importante, in quanto la Banca d'Italia ha inteso condizionare la contrarietà al diritto della concorrenza delle clausole in questione proprio alla circostanza che esse venissero applicate uniformemente. Peraltro, nel corso della propria istruttoria, la Banca d'Italia ha inviato una richiesta di informazioni a sette banche di diversa dimensione, allo scopo di verificare il grado di uniformità degli schemi contrattuali utilizzati nel contesto delle fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie¹². Il risultato di tale indagine ha portato il regolatore bancario ad affermare che gli schemi contrattuali riguardanti le fideiussioni *omnibus* risultavano applicati in maniera pressoché uniforme dagli istituti bancari e che essi erano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo modello¹³. Tale risultanza ha condotto la Banca d'Italia a riconoscere «la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI. Tale uniformità – prosegue la Banca d'Italia – discende da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI [...], che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo»¹⁴. La precisazione riguardante la prassi in tema di fideiussioni *omnibus* preesistente allo schema proposto dall'ABI risulta dirimente nel contesto del caso risolto dalla Corte di Cassazione nel 2017. La domanda di parte ricorrente richiedeva infatti la declaratoria di nullità con riferimento ad una fideiussione conclusa alcuni mesi prima rispetto alla decisione della Banca d'Italia e che, di conseguenza, si pone al di fuori dello schema formalizzato dall'ABI e non autorizzato dal regolatore bancario. Tuttavia, la domanda del fideiussore fa leva

quando, attraverso l'adozione della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (pubblicata in GU 28 dicembre 2005, n. 301), tale funzione è stata attribuita, a far data dal 12 gennaio 2006, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). In particolare, si fa riferimento all'articolo 19, comma 11, della menzionata legge 262/2005, che ha abrogato le disposizioni contenute all'articolo 20 della legge 287/1990, le quali conferivano alla Banca d'Italia la competenza in materia di concorrenza nel settore creditizio.

¹² Banca d'Italia, provvedimento 2 maggio 2005, n. 55, cit., punto 57.

¹³ *Ibidem*, punti 58 e 60.

¹⁴ *Ibidem*, punto 93.

proprio sulla riscontrata prassi bancaria uniforme antecedente alla decisione n. 55/2005 in materia di fideiussioni bancarie.

In tal senso, la parte ricorrente ha richiesto che il provvedimento della Banca d'Italia rivestisse il valore di *prova privilegiata* (su cui si tornerà *infra*) ai fini dell'accertamento della violazione del diritto della concorrenza in sede civilistica. Tuttavia, la Corte d'Appello¹⁵ di Venezia¹⁶ aveva rigettato tale argomento, sostenendo che il provvedimento della Banca d'Italia, stante il carattere regolamentare, non andasse ad incidere sui contratti stipulati anteriormente, bensì sancisse soltanto l'illegittimità dello schema proposto dall'ABI, portando ad un'eventuale illegittimità dei soli contratti stipulati successivamente alla decisione n. 55/2005 e in conformità allo schema ABI. Nel dettaglio, la Corte veneta aveva affermato che la natura regolamentare del provvedimento della Banca d'Italia conduceva ad escludere la sua applicabilità ai contratti "a valle" stipulati dai consumatori antecedentemente alla sua pubblicazione, in quanto esso stabiliva solamente la contrarietà di dette clausole rispetto alla legge 287/1990¹⁷.

Il fideiussore ha quindi proposto ricorso per Cassazione, sottolineando la natura di *prova privilegiata* della decisione resa dalla Banca d'Italia, in quanto comprovante la prassi già in atto presso gli istituti bancari di redigere i contratti di garanzia in oggetto sulla base di schemi uniformi. Parte ricorrente sostiene infatti la nullità *ipso iure* delle clausole in questione per contrarietà a norme imperative, in particolare al divieto di intese e pratiche concordate restrittive della concorrenza previsto dall'articolo 2 della legge 287/1990.

La Corte di Cassazione ha deciso di accogliere le istanze di parte ricorrente. Innanzitutto, la Suprema Corte ha ribadito, secondo quella che è una giurisprudenza ormai più che consolidata sia a livello

¹⁵ Si rammenta che, ai sensi dell'articolo 33, comma 2, della legge 287/1990, in periodo anteriore al recepimento della direttiva 2014/104/UE (pubblicata in GU L 5 dicembre 2014, n. 349) mediante il decreto legislativo 17 gennaio 2017, n. 3 (pubblicato in GU 19 gennaio 2017, n. 15), la competenza per le azioni di *private antitrust enforcement* era attribuita Corte d'Appello territorialmente competente. In seguito all'entrata in vigore del citato d.lgs. 3/2017, il relativo articolo 18 ha attribuito la competenza a giudicare in materia di *private antitrust enforcement* alle sezioni specializzate in materia di impresa dei soli Tribunali di Milano, Roma e Napoli.

¹⁶ App. Venezia, sentenza 1 giugno 2013, n. 1287.

¹⁷ Cass., sez. I, ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29810, cit., punto 7.1.

nazionale che a livello unionale (si veda *infra* in questo stesso capoverso), che la normativa *antitrust*, nel contesto privatistico, è posta a tutela anche dei consumatori, nonché di chiunque abbia un interesse e possa allegare un pregiudizio eventualmente subito a causa di una restrizione della concorrenza. L'efficacia diretta delle regole comunitarie contenute negli articoli 101 e 102 TFUE è stata infatti sancita dalla Corte di Giustizia nel caso *BRT Sabam*¹⁸, mentre i casi *Courage*¹⁹ e *Manfredi*²⁰ hanno specificato che *chiunque* è legittimato ad adire la giurisdizione ordinaria al fine di richiedere la nullità di clausole o contratti restrittivi della concorrenza, così come può chiedere il relativo risarcimento del danno²¹. Allo stesso modo, la Corte di Cassazione, con la sentenza 2207/2005²², ha parimenti ammesso la legittimazione di *chiunque* alla proposizione di un'azione di *private enforcement* del diritto della concorrenza, stabilendo che proprio i contratti “a valle”, ovvero quelli stipulati dai consumatori, risultano meritevoli di tutela in quanto rappresentano lo sbocco dell'intesa, attuandone di conseguenza gli effetti pregiudizievoli²³. Quest'ultimo precedente viene espressamente richiamato dal collegio giudicante in motivazione della decisione 29810/2017²⁴. Unendo l'aspetto riguardante la legittimazione a richiedere la nullità o il risarcimento riferito ai contratti “a valle” con la problematica – emersa nel corso del giudizio – riguardante l'antecedente condotta anticoncorrenziale censurata rispetto alla decisione della Banca d'Italia, la Cassazione ha stabilito che «se la violazione “a monte” è stata consumata

¹⁸ C. Giust. UE, 30 gennaio 1974, causa C-127/73, *BRT c. Sabam*.

¹⁹ C. Giust. UE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*.

²⁰ C. Giust. UE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi et al. c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.A. et al.*

²¹ R. WHISH e D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, 2018, 308-310; P. FATTORI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, L. F. PACE (a cura di), Padova, 2020, 374-375.

²² Cass., Sez. Un., sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol*, con note di B. INZITARI e B. LIBONATI, *Antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2005, 5, 495; L. DELLI PRISCOLI e E. MUSI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2005, 10, 949; G. CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*, in *Giur. it.*, 2005, 8-9.

²³ P. FATTORI e M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2019, 457-458.

²⁴ Cass., sez. I, ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29810, cit., punto 9.1.

anteriormente alla negoziazione “a valle”, 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 antitrust»²⁵. Pertanto, la Suprema Corte ha accolto il ricorso riconoscendo la legittimazione a richiedere la nullità anche con riferimento a contratti conclusi prima della pronuncia dell’Autorità di settore, subordinatamente alla condizione che l’intesa sia stata posta in essere prima della conclusione del negozio per il quale si richiede la declaratoria di nullità. La Cassazione, a chiusura del principio di diritto da essa enunciato, precisa altresì che «rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza»²⁶.

L’anno seguente, la Corte di Cassazione si è ritrovata di nuovo ad esaminare un ricorso presentato avverso una decisione resa dalla Corte d’Appello di Venezia²⁷. In tale contesto, la medesima sezione della Suprema Corte ha adottato un approccio molto più restrittivo rispetto alla decisione pronunciata nel corso dell’anno precedente. Nei fatti il fideiussore chiedeva la declaratoria di nullità delle clausole 2, 6 e 8 dei contratti da esso conclusi, in quanto identiche allo schema contrattuale predisposto dall’ABI e contestato dalla Banca d’Italia. Tuttavia, la Corte territoriale ha respinto la domanda avanzata dall’attore, sostenendo che il provvedimento del regolatore bancario avesse condizionato l’illiceità dello schema ABI ad un suo utilizzo uniforme. Tale circostanza, secondo la Corte di merito, sarebbe stata contestata dalla banca e non adeguatamente provata dalla parte attrice.

La Corte di Cassazione, con motivazione semplificata, ha respinto il ricorso, aderendo all’impostazione della Corte d’Appello di Venezia. In motivazione si legge infatti che risulta contestato e non provato un elemento essenziale della fattispecie anticoncorrenziale dedotta in giudizio, ovvero l’applicazione uniforme dello schema ABI. Secondo il Supremo Collegio, invero, tale circostanza non risulta accertata dal

²⁵ Cass., sez. I, ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29810, cit., punto 11.6.

²⁶ *Ibidem*, punto 12.

²⁷ App. Venezia, sentenza 22 maggio 2014, n. 1261.

provvedimento della Banca d'Italia, che la considererebbe invece «in termini solamente ipotetici»²⁸.

Risulta evidente come, pur trattando il medesimo argomento, le due decisioni lo analizzino sotto due profili differenti. La prima, infatti, si concentra maggiormente sul rapporto temporale intercorrente tra la decisione della Banca d'Italia e l'illecito *antitrust* “a monte”, mentre la seconda riguarda maggiormente l'aspetto probatorio. Tuttavia, quest'ultimo profilo non risulta peregrino nemmeno nell'ordinanza resa nel 2017. Ciò che stupisce è la differente conclusione raggiunta nei due casi addirittura dalla medesima sezione della Corte di Cassazione. Se nella prima ordinanza, infatti, si ritiene provato l'uso pressoché uniforme delle clausole controverse anche anteriormente al provvedimento n. 55/2005 di Bankitalia, facendo anche riferimento al concetto di *prova privilegiata*²⁹, diversamente nell'ordinanza resa nel 2018 si adotta uno standard probatorio molto più rigoroso. Tuttavia, il metro di giudizio adottato nella seconda ordinanza, seppur pacifico in ambito civilistico, non tiene conto delle peculiarità della materia *antitrust*, contrastando con i principi via via affermatasi in questo specifico settore.

3. Il valore probatorio delle decisioni rese dall'Autorità garante della concorrenza: dalla prova privilegiata all'efficacia vincolante

Il profilo riguardante il valore probatorio da attribuire alle decisioni rese dall'Autorità garante della concorrenza (attualmente dall'AGCM, ma, nel caso in esame, dalla Banca d'Italia) risulta centrale nelle pronunce analizzate. Come è noto, le azioni di *private enforcement* si suddividono nelle tipologie *follow-on* e *stand-alone*. Il primo termine fa riferimento alle azioni proposte in seguito e sulla base di una previa decisione dell'Autorità garante, mentre le controversie di tipo *stand-alone* sono introdotte senza il previo accertamento dell'AGCM o della Commissione Europea³⁰. Risulta evidente come in quest'ultima variante l'onere probatorio della parte risulti molto più gravoso.

²⁸ Cass., sez. I, ordinanza 28 novembre 2018, n. 30818, cit., punto 1.1.

²⁹ In tal senso si è espressa anche Cass., sez. I, sentenza 22 maggio 2019, n. 13846.

³⁰ P. Fattori e M. Todino, *op. cit.*, 451.

Per quanto concerne le azioni di tipo *follow-on*, con riferimento alle decisioni rese dalla Commissione Europea, l'articolo 16 del Regolamento 1/2003³¹ stabilisce che le giurisdizioni nazionali non possono prendere determinazioni difformi rispetto a una decisione della Commissione riguardante l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE³². Diversamente, nel contesto normativo italiano, fino alla trasposizione della direttiva 104/2014 tramite il d.lgs. 3/2017, non vigevano disposizioni volte a regolare il profilo dell'efficacia delle decisioni dell'AGCM nel contesto delle azioni *follow-on*. La questione ha trovato pertanto una soluzione in via pretoria. L'*escamotage* adottato dalla Suprema Corte è quello della già menzionata *prova privilegiata*³³, che si pone in una posizione mediana rispetto all'efficacia vincolante in sede civile dell'accertamento svolto dall'AGCM e alla sua irrilevanza³⁴. Proprio tale soluzione sarebbe la causa del maggior successo delle azioni di tipo *follow-on* nel contesto italiano³⁵. Il punto di partenza nell'elaborazione effettuata dalla Corte di Cassazione

³¹ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (pubblicato in GU L 04/01/2003, n. 1).

³² Prima dell'entrata in vigore del Regolamento 1/2003, tale principio era stato affermato in via pretoria dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Nel caso *Delimitis* (sentenza 28 febbraio 1991, causa C-234/89, punto 47), infatti, i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che sono «da evitarsi» decisioni rese dai giudici nazionali in contrasto con quanto stabilito dalla Commissione Europea. La Corte di Giustizia si è poi pronunciata in modo ancora più chiaro nel caso *Masterfoods* (sentenza 14 dicembre 2000, causa C-344/98, punto 52), stabilendo che «a fortiori, i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado». Sul punto si veda I. LIANOS, P. DAVIS, P. NEBBIA, *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford, 2015, 44-45; R. WHISH e D. BAILEY, *op. cit.*, 319.

³³ G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, L. F. PACE (a cura di), cit., 26-27.

³⁴ F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Il Diritto Industriale*, 2016, 3, 252.

³⁵ R. CHIEPPA, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'autorità antitrust*, in *Giustiziacivile.com*, 2014, 4.

risulta essere la sentenza 2305/2007³⁶. In detta pronuncia, con riferimento all'accertamento compiuto dall'Autorità indipendente, viene introdotta – seppur senza menzionarla espressamente – la figura della *prova privilegiata*, dotata di un valore probatorio rafforzato e idonea a fondare presunzioni semplici³⁷. In termini pratici la decisione ha stabilito che al danneggiato – nel caso di specie si trattava di un danno causato da *Fondiarìa Sai* ai propri assicurati con riferimento alle polizze Rc Auto³⁸ – «sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale), individuando il danno nella maggior somma pagata (rispetto a quella che avrebbe pagato se il mercato assicurativo non fosse stato viziato nella sua competitività)»³⁹. Tuttavia, la Cassazione ha precisato che tale valore probatorio rafforzato si riferisce al solo accertamento della violazione della normativa *antitrust*, mentre per tutti gli altri profili, ovvero la sussistenza del danno, la sua quantificazione e il nesso causale, vigono le regole probatorie ordinarie⁴⁰. Ciononostante, in alcune successive decisioni, la Corte di Cassazione è giunta ad allargare ulteriormente la portata dell'inferenza presuntiva discendente dalla decisione

³⁶ Cass., sez. III, sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305, *Fondiarìa Sai c. Nigriello*. Su questa linea interpretativa si pongono anche, *inter alia*, le seguenti decisioni: Cass., sez. I, sentenza 13 febbraio 2009, n. 3640, *Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro – ANCL c. Inaz Paghe*; Cass., sez. III, sentenza 14 marzo 2011, n. 5941, *Allianz c. A.E.*; Cass., sez. III, sentenza 14 marzo 2011, n. 5942, *Allianz c. Buonocore*; Cass., sez. III, sentenza 10 maggio 2011, n. 10211, *Allianz c. D.C.M.*; Cass., sez. III, sentenza 10 maggio 2011, n. 10212, *Allianz c. C.A.*; Cass., sez. III, sentenza 20 giugno 2011, n. 13486, *Allianz c. P.G.*; Cass., sez. III, sentenza 9 giugno 2012, n. 7039, *Vittoria Assicurazioni c. S.M.P.*; Cass., sez. VI, ordinanza 23 aprile 2014, n. 9116, *C.C.G., R.C., R.A. c. Allianz*.

³⁷ A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, 3, 441; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della direttiva 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Il Diritto Industriale*, 2016, 4, 314.

³⁸ AGCM, decisione 28 luglio 2000, n. 8546, caso I – 377, *Rc Auto*.

³⁹ Cass., sez. III, sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305, cit., punto 4.1.

⁴⁰ R. CAIAZZO, *L'azione risarcitoria, l'onere della prova e gli strumenti processuali ai sensi del diritto italiano*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, L. F. PACE (a cura di), cit., 474-475; D. RUGGIERO, *The effects on private enforcement of Commission's and National Competition Authorities' decisions: an Italian perspective, in EU competition law. Between public and private enforcement*, B. CORTESE (a cura di), Alphen aan den Rijn, 2013, 135-136.

dell'AGCM. In particolare, la sentenza 11904/2014⁴¹ – sempre in tema di assicurazioni – ha stabilito che «il giudice, attraverso presunzioni probabilistiche, può desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato. Ne consegue che, in tale situazione, provata l'intesa anticoncorrenziale e provata la stipula della polizza, il nesso di causalità giuridica può essere escluso soltanto se l'assicuratore prova la sopravvenienza di fatti idonei di per sé soli a determinare l'aumento dei premi»⁴². Inoltre, ha specificato il Supremo Collegio, «il provvedimento del Garante consente di ritenere provate non solo la condotta anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un danno ai consumatori, ma anche, in via presuntiva, che tale danno sia stato concretamente arrecato ai consumatori»⁴³. A definizione di detta linea argomentativa si precisa quindi che «è onere dell'impresa assicurativa, anche alla stregua del principio di vicinanza, offrire prova contraria a dimostrazione della interruzione del nesso causale tra l'illecito antitrust e il danno patito tanto dalla generalità dei consumatori quanto dal singolo»⁴⁴.

Tale impostazione risulta coerente – sebbene per certi versi timida – rispetto ad altre esperienze, come quella tedesca, dove viene sancita l'efficacia vincolante tanto delle decisioni prese dall'Autorità garante tedesca, il *Bundeskartellamt*, quanto di quelle emanate da altre Autorità europee⁴⁵, o rispetto alla già menzionata vincolatività delle decisioni adottate dalla Commissione Europea. Purtuttavia, essa non ha mancato di suscitare alcuni dissensi in dottrina con riferimento ad una possibile lesione dei diritti di difesa della parte convenuta in giudizio⁴⁶. In ogni

⁴¹ Cass., sez. I, sentenza 28 maggio 2014, n. 11904, *Fondiarria Sai c. Perrini*, con nota di R. PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, in *Foro It.*, 2014, I, 1735.

⁴² Cass., sez. I, sentenza 28 maggio 2014, n. 11904, cit., pag. 11 (versione originale).

⁴³ *Ibidem*, pagg. 16-17 (versione originale).

⁴⁴ *Ibidem*, pagg. 19-20 (versione originale).

⁴⁵ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza), §33b, nella versione pubblicata il 26 giugno 2013 (pubblicata sulla *Bundesgesetzblatt – Gazzetta Federale – I*, p. 1750, 3245, come modificata dall'articolo 2, paragrafo 8, della legge 25 giugno 2020 (pubblicata sulla *Bundesgesetzblatt I*, p. 1474).

⁴⁶ A. FRIGNANI, *L'onere della prova nelle cause risarcitorie da illecito antitrust*, in *I rimedi civilistici agli illeciti concorrenziali. Private enforcement of competition*

caso, l'impostazione seguita dalla Corte di Cassazione, in assenza di un dato normativo, è da considerarsi corretta, tanto al fine di attenuare le evidenti asimmetrie informative presenti nel contenzioso privato in materia *antitrust*⁴⁷, quanto alla luce delle innovazioni successivamente introdotte dalla direttiva 104/2014. Quest'ultima, attraverso il suo recepimento mediante il d.lgs. 3/2017 ha colmato la lacuna normativa a cui si faceva riferimento. Prendendo spunto dal modello tedesco descritto *supra*, con un temperamento, l'articolo 9 della direttiva, trasposto nel diritto italiano dall'articolo 7 del decreto legislativo di recepimento, ha sancito l'efficacia vincolante delle decisioni rese dall'Autorità garante della concorrenza nazionale e divenute definitive⁴⁸. In ogni caso, la disposizione nazionale specifica che tale efficacia vincolante non si estende ai profili riguardanti il nesso di causa e la sussistenza del danno. Con riferimento, invece, alle decisioni rese dalle Autorità garanti di altri Stati membri dell'Unione Europea, la direttiva stabilisce che esse costituiscono una prova *prima facie* della violazione del diritto *antitrust*. Il d.lgs. 3/2017 chiarisce la portata della disposizione unionale, precisando che tali decisioni rappresentano una prova valutabile assieme ad altre prove. Quest'ultima previsione avvicina così la figura della prova *prima facie* a quella della *prova privilegiata* introdotta dalla Corte di Cassazione⁴⁹.

Il tema appena esposto, concernente il valore probatorio in sede di giudizio civile della decisione resa dalla Banca d'Italia, risulta centrale nella sentenza 24044/2019 della Corte di Cassazione, così come nelle due decisioni che l'hanno preceduta. Tuttavia, la pronuncia resa nel 2019 viene in rilievo soprattutto per aver preso esplicitamente posizione

law. Atti del III Convegno di studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. 15-16 aprile 2011, G. A. BENACCHIO e M. CARPAGNANO (a cura di), Padova, 2012, 53; A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, cit., 429.

⁴⁷ R. CAIAZZO, *op. cit.*, 483; G. CALABRESE, *op. cit.*, 517.

⁴⁸ G. A. BENACCHIO, *op. cit.*, 27; I. LIANOS, P. DAVIS, P. NEBBIA, *op. cit.*, 45-48.

⁴⁹ P. FATTORI e M. TODINO, *op. cit.*, 465; G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, P. MANZINI (a cura di), Torino, 2017, 70-71, nel quale si rileva come la diversa interpretazione del concetto di prova *prima facie* in sede di recepimento da parte dei vari Stati membri possa portare ad un'applicazione non uniforme della previsione in oggetto all'interno dell'Unione Europea.

in merito all'aspetto relativo alla natura, totale o parziale, della nullità riguardante il contratto di fideiussione oggetto di causa. La sentenza, come si vedrà *infra*, ha optato per la declaratoria di nullità parziale, ai sensi dell'articolo 1419 del codice civile.

4. *Il tentativo di “chiarimento” della Corte di Cassazione: la scelta per la nullità parziale ex articolo 1419 c.c.*

La sentenza 24044/2019 trae origine dal ricorso per Cassazione proposto dai fideiussori avverso una pronuncia della Corte d'Appello di Napoli⁵⁰, al fine di ottenere la declaratoria di nullità delle fideiussioni sottoscritte in data 8 luglio 2013, in quanto riproduttive dello schema ABI sanzionato dalla Banca d'Italia. La Corte territoriale aveva rigettato la domanda proposta dai garanti, dichiarando che la nullità di singole clausole non potesse portare alla nullità dell'intero contratto, in quanto i fideiussori non avevano dimostrato che il negozio non sarebbe stato concluso in assenza delle clausole dichiarate illegittime, in applicazione del principio della nullità parziale sancito dall'articolo 1419 del codice civile.

Va rammentato che la nullità ad ogni effetto a cui fa riferimento la legge 287/1990 corrisponde alla nullità assoluta di stampo civilistico, per cui può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse, può essere rilevata d'ufficio dal giudice e opera *ex tunc*. La previsione di una sanzione così importante è data dal fatto che l'inosservanza delle disposizioni poste a tutela della concorrenza costituisce una violazione di norme di ordine pubblico economico⁵¹. In particolare, nel caso in esame viene in rilievo la dicotomia tra la nullità dell'intero contratto rispetto a quella delle sole clausole dichiarate illegittime. L'articolo 1419, primo comma, a tal proposito, recita che «la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità».

In sede di ricorso per Cassazione i ricorrenti si dolgono del fatto che i Giudici del merito avessero posto a fondamento della propria decisione il provvedimento della Banca d'Italia – che sanciva

⁵⁰ App. Napoli, sentenza 20 giugno 2018, n. 3045.

⁵¹ P. FATTORI e M. TODINO, *op. cit.*, 452.

l'illegittimità delle sole clausole 2, 6 e 8 – e non l'ordinanza 29810/2017 della Corte di Cassazione, che a loro avviso aveva disposto la nullità totale delle previsioni contrattuali contenute nello schema ABI⁵². Tuttavia, il Supremo Collegio non ritiene che tale precedente possa assumere valenza probatoria nel giudizio in esame, in quanto reso tra parti differenti e vertente su vicende giudiziarie autonome e distinte⁵³. Sulle stesse basi i ricorrenti lamentano anche la violazione del combinato disposto dell'articolo 2 della legge 287/1990 e dell'articolo 1419 del codice civile. Infatti, essi sostengono che dall'ordinanza 29810/2017 si evince che la nullità dello schema ABI porta alla caducazione dell'intero contratto. La Corte di Cassazione, ripercorrendo la propria giurisprudenza in materia di nullità dei contratti "a valle", a partire dalla sentenza 2207/2005 e giungendo fino all'ordinanza del 2017, ritiene che quest'ultima non rilevi nel caso in analisi, in quanto riguardante l'aspetto della nullità dei contratti conclusi anteriormente alla decisione n. 55/2005 della Banca d'Italia, mentre il contratto oggetto di causa risale al 2013. Pertanto, il Supremo Collegio afferma che «avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole [...], ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. cod. civ. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ. [...], laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite»⁵⁴. Peraltro, la Cassazione non reputa rilevante nemmeno il fatto che le clausole siano state predisposte unilateralmente dalla banca, in quanto esse risultavano funzionali all'interesse di quest'ultima. Di conseguenza, osserva il Collegio giudicante, i garanti risultano meglio tutelati in seguito alla decisione della Corte territoriale, in quanto il contratto da essi sottoscritto ha visto l'espunzione delle clausole a loro non favorevoli. Per questi motivi la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso presentato dai fideiussori e ha chiarito la natura parziale, *ex* articolo 1419 del codice civile, della nullità dei contratti di fideiussione contrari al diritto della concorrenza.

⁵² Cass., sez. I, sentenza 26 settembre 2019, n. 24044, punto 1.1.

⁵³ *Ibidem*, punto 1.3.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 2.3.

Ovviamente, resta salva la possibilità di giungere ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto nel caso in cui, come previsto dalla disposizione in questione, risultasse che le parti contraenti non avrebbero concluso il contratto in assenza delle pattuizioni dichiarate nulle. Proprio quest'ultimo profilo risulta centrale nella decisione difforme resa dall'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, nel maggio 2019.

5. Lungi da una posizione uniforme: la decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, e l'interpretazione della volontà negoziale delle parti

La presa di posizione da parte della Corte di Cassazione non è risultata tuttavia del tutto dirimente nel dibattito circa la configurazione della nullità dei contratti di fideiussione *omnibus* contrari al diritto della concorrenza. Infatti, come anticipato, una decisione appena precedente emessa dal Collegio di Milano dell'Arbitro Bancario Finanziario, ha contribuito a spargliare le carte sul punto, non rendendo quindi del tutto pacifica l'interpretazione tendente a favorire la soluzione della nullità parziale, così come elaborata dalla Suprema Corte.

Nel suo lodo, il Collegio arbitrale analizza innanzitutto i caratteri propri dell'illecito concorrenziale attuato mediante i contratti di fideiussione contestati. In particolare, merita di essere menzionato il passaggio nel quale si rileva – con riferimento alla nullità dei contratti “a valle” – come lo scopo della normativa *antitrust* «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». Infatti, chiarisce il Collegio, solamente la nullità dei contratti “a valle” dell'intesa giudicata illegittima soddisfa lo scopo di eliminare la struttura anticoncorrenziale del mercato a cui la normativa *antitrust* intende porre rimedio. Con riferimento invece all'aspetto riguardante l'onere di provare, in capo al cliente, l'applicazione uniforme delle clausole da

parte degli istituti bancari, l'ABF ha ritenuto soddisfatto tale profilo – con il conseguente rigetto della tesi avanzata dall'ordinanza 30818/2018 – sulla base del già menzionato punto 93 di cui alla decisione della Banca d'Italia, riferito proprio all'applicazione uniforme delle clausole contestate.

Il punto focale della decisione dell'Arbitro bancario risulta però essere quello concernente la natura – totale o parziale – da attribuire alla nullità dei contratti di fideiussione scrutinati. Sul punto il Collegio ritiene “semplicistico” il ragionamento – poi svolto anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza 24044/2019 – secondo cui la banca avrebbe ugualmente concluso il contratto in assenza delle clausole illecite poiché avrebbe in ogni caso avuto interesse ad ottenere una garanzia, mentre la controparte, avendo concluso il contratto ad essa sfavorevole, a maggior ragione lo avrebbe sottoscritto in caso di espunzione delle clausole contrarie alla normativa *antitrust*. In particolare, l'ABF ritiene applicabile in via generale la disciplina della nullità parziale *ex* articolo 1419 del codice civile, ma opera un distinguo rispetto all'argomentazione appena riportata. Secondo l'Arbitro bancario, infatti, la volontà delle parti dovrebbe essere contestualizzata correttamente e, di conseguenza, essa non andrebbe valutata nel momento in cui viene decisa la controversia, ovvero con una sorta di prospettiva del “prendere o lasciare”, secondo cui le parti – una volta dichiarata la nullità delle clausole illegittime – si troverebbero ipoteticamente di fronte all'alternativa tra stipulare il contratto emendato o non stipularlo affatto. Appare evidente come, ponendosi in quest'ordine di idee, si giungerebbe in modo pressoché univoco alla conclusione favorevole a negare la volontà caducatoria dell'intero negozio. Al contrario, secondo l'ABF, il punto di osservazione dovrebbe essere *ex ante*, ovvero al momento della conclusione del contratto⁵⁵, valutando se le parti lo avrebbero sottoscritto ugualmente in un contesto caratterizzato da un mercato concorrenziale. Chiaramente – osserva il Collegio – una siffatta analisi presume un quadro fattuale totalmente diverso, nel quale il consumatore avrebbe a disposizione svariate alternative non viziate dalla restrizione concorrenziale e la banca dovrebbe riparametrare la propria *policy*

⁵⁵ In questo senso si veda anche R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 2016, 1510.

contrattuale sulla base di schemi negoziali ugualmente remunerativi, ma privi delle clausole illegittime (sul punto il Collegio osserva come le clausole oggetto di un'intesa anticoncorrenziale non siano solitamente accessorie, bensì portanti nella struttura del contratto predisposto dall'ente bancario). Pertanto, su queste basi, l'ABF è giunto ad escludere che le parti, ipotizzata una situazione di mercato concorrenziale al momento della stipula del negozio complessivo cui afferisce il contratto fideiussorio, avrebbero concluso un accordo equivalente a quello oggetto di scrutinio, pur emendato attraverso l'espunzione delle clausole dichiarate illegittime. Come risulta evidente, questa decisione si pone in contrasto rispetto a quella offerta dalla Corte di Cassazione mediante la sentenza 24044/2019, ingenerando di conseguenza ulteriore incertezza sul punto⁵⁶. In un contesto caratterizzato dalla fluidità appena descritta è infine intervenuta, nell'agosto 2020, una pronuncia del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario, nel tentativo di conferire un maggior grado di certezza alla materia oggetto di trattazione.

6. Un ulteriore revirement per raggiungere – forse – l'uniformità: la decisione resa dal Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario

Stante l'incertezza interpretativa descritta *supra* in materia di nullità nei contratti di fideiussione *omnibus* redatti conformemente allo schema ABI, il Collegio ABF di Roma, investito successivamente di un ricorso in materia, ha deciso di deferire la questione al Collegio di

⁵⁶ Tale incertezza, nonostante la decisione del Collegio di Coordinamento ABF che verrà analizzata nel paragrafo 6, è stata recentemente comprovata dalla decisione operata da Trib. Salerno, sentenza 13 ottobre 2020, secondo cui – in modo alquanto opinabile con riferimento alle categorie proprie del diritto privato – andrebbe esclusa l'applicabilità della nullità parziale *ex* articolo 1419 del codice civile in quanto «la gravità delle violazioni in esame, - che incidono gravemente sulla posizione del garante, aggravandola in modo significativo – rispetto ai superiori valori di solidarietà, muniti di rilevanza costituzionale (art. 2 Cost.), che permeano tutto l'impianto dei rapporti tra privati, dalla fase prenegoziale (art. 1137 c.c.) a quella esecutiva (artt. 1175, 1375 c.c.), ben giustifica che sia sanzionato l'intero agire dei responsabili di quelle violazioni».

Coordinamento dell'ABF, sottolineando l'importanza della questione e la necessità di scongiurare eventuali contrasti interpretativi⁵⁷.

Il Collegio di Coordinamento, intervenuto con decisione n. 14555 del 19 agosto 2020, afferma – richiamando la sentenza 24044/2019 della Corte di Cassazione – che la nullità dei contratti “a valle” va assoggettata alla disciplina dettata dall'articolo 1419 del codice civile in tema di nullità parziale. Partendo da tale presupposto, il Collegio di Coordinamento indaga successivamente cosa debba intendersi per volontà delle parti nel contesto della disposizione in questione e, rifacendosi alla dottrina sul punto, afferma che «il riferimento a ciò che le parti avrebbero voluto non è il riferimento a un dato reale, ma solo una congettura, che sfugge a ogni obiettivo accertamento, e dalla quale non può quindi dipendere la validità o invalidità del contratto»⁵⁸. Pertanto, prosegue il Collegio, va tenuto presente come la corretta interpretazione della regola in oggetto debba essere orientata dal principio di conservazione del contratto, fatto salvo il caso in cui la modifica sia tale da non giustificare il mantenimento in essere del rapporto contrattuale. La valutazione da compiersi – si legge tra le righe della decisione – involge un giudizio di «compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti». Da ciò il Collegio fa discendere il criterio secondo cui alla nullità delle clausole accessorie del contratto corrisponde la nullità parziale dello stesso, mentre alla nullità riguardante le clausole essenziali del sinallagma dovrebbe corrispondere l'intera caducazione del rapporto contrattuale⁵⁹. A tal proposito, il Collegio precisa espressamente che una nullità relativa alle clausole in materia di prezzo di acquisto o di vendita comporta la nullità dell'intero negozio, fatta salva l'applicabilità degli strumenti integrativi previsti *ex lege*. Per quanto riguarda invece la definizione del carattere di accessorietà delle clausole, nella decisione si afferma che tale qualificazione può avvenire qualora «ove esse non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto

⁵⁷ ABF, Collegio di Roma, ordinanza di rimessione 11 maggio 2020, n. 8577.

⁵⁸ ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 19 agosto 2020, n. 14555, pag. 5.

⁵⁹ La decisione precisa, peraltro, che resta salva la possibilità delle parti di qualificare, in modo espresso o tacito, una qualunque clausola contrattuale come essenziale.

determinato (o almeno determinabile), ai sensi degli artt. 1346 ss. c.c.»⁶⁰.

Con riferimento al caso di specie, il Collegio di Coordinamento ha rilevato che le clausole contestate dinanzi ad esso – le medesime cui si faceva riferimento nei procedimenti analizzati *supra* – rivestono carattere accessorio e pertanto la nullità investirà solamente queste ultime e non l'intero contratto⁶¹.

A questo punto risultano necessarie alcune notazioni di carattere conclusivo sul tema, al fine di porre ordine tra le varie interpretazioni via via succedutesi.

7. Notazioni conclusive

Le decisioni rese dalla Corte di Cassazione e dall'Arbitro Bancario Finanziario sono senza dubbio destinate a rivestire un ruolo di primo piano nel panorama italiano del *private antitrust enforcement* riferito al diritto bancario. In particolare, esse hanno il merito di aver stimolato il dibattito intorno alla configurazione – da un punto di vista prettamente civilistico – della nullità dei contratti di garanzia fideiussoria contrari al diritto della concorrenza. Infatti, fino alle recenti prese di posizione – forse chiarificatrici – raggiunte tanto dalla Corte di Cassazione, quanto dal Collegio di Coordinamento dell'ABF, le conclusioni in materia di applicazione dell'articolo 1419 del codice civile ai contratti fideiussori contrari alla disciplina della concorrenza erano le più variegate⁶². In particolare, come si evince soprattutto dal confronto tra la sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione nel 2019 e la decisione del

⁶⁰ ABF, Collegio di Coordinamento, decisione 19 agosto 2020, n. 14555, pag. 6.

⁶¹ Tale nullità, precisa peraltro il Collegio, può essere fatta valere solo dal ricorrente ed è rilevabile d'ufficio solamente nel suo interesse. In materia di rilevabilità della nullità in questione si è espressa anche Cass, sez. III, ordinanza 19 febbraio 2020, n. 4175, precisando che «la nullità dell'intesa (coinvolgente lo schema contrattuale predisposto da ABI), costituente il presupposto di validità del titolo negoziale qui in questione (la fideiussione, indicata come conforme al modello ABI), da cui deriva la legittimazione attiva della creditrice, per quanto rilevabile d'ufficio, in sede di giudizio di legittimità non può, del pari, essere accertata sulla base di una “nuda” eccezione, sollevata per la prima volta con il ricorso per cassazione». Sul punto si veda la nota di R. Bresolini, *La Cassazione ritorna sulla fideiussione conforme allo schema ABI*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 4, 765.

⁶² Si vedano le note 4 e 56.

Collegio di Coordinamento ABF, da una parte, e, dall'altra, la pronuncia del Collegio ABF meneghino, il punto focale del dibattito riguarda l'esatta interpretazione della norma codicistica in questione, con particolare riferimento all'indagine circa la volontà delle parti.

Nel contesto del diritto privato, il principio di conservazione del contratto (*utile per inutile non vitiatur*) è la regola, mentre la nullità dell'intero negozio costituisce un'ipotesi eccezionale⁶³. Tale impostazione può ragionevolmente estendersi anche alle azioni di *private enforcement*, in quanto, sebbene regolate sotto taluni aspetti da una normativa particolare, vanno comunque contestualizzate attraverso i tradizionali canoni civilistici⁶⁴. Sotto tale profilo, nell'ambito della declaratoria di nullità parziale *ex* articolo 1419 del codice civile, il contratto dovrà essere travolto *in toto* nel caso in cui le clausole contrattuali dichiarate illegittime risultino essenziali⁶⁵. Diversamente, il contratto dovrà essere conservato con riferimento alle sole clausole che non sono state caducate.

Diventa perciò dirimente la valutazione dei casi in cui la nullità trova estensione all'intero rapporto, rispetto ai casi nei quali essa travolge solamente una parte di esso. A tal fine risulta essenziale indagare la volontà delle parti⁶⁶. Sul punto va rilevato come la dottrina più risalente conferisse importanza alla volontà effettiva delle parti, mentre, in seguito, si è affermata l'impostazione secondo cui tale indagine deve essere incentrata sulla *volontà virtuale* o *ipotetica* delle parti al momento della conclusione del contratto⁶⁷.

⁶³ R. SACCO e G. DE NOVA, *op. cit.*, 1512; P. GALLO, *Trattato del contratto – Tomo III*, Torino, 2010, 1953-1954; G. ALPA e V. MARICONDA, *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2020, 645-646; G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, *Codice Civile Commentato – Artt. 1-1677*, Torino, 2012, 3239-3240. In tal senso si veda, *inter alia*, Cass., sez. I, sentenza 19 luglio 2002, n. 10536, punto 2; Cass., sez. III, sentenza 21 maggio 2007, n. 11673, punto 3.1; Cass., sez. I, sentenza 13 giugno 2008, n. 16017, punto 2.

⁶⁴ L. CASTELLI, *Violazione delle norme antitrust e risarcimento del danno*, in *Dei fatti illeciti*, U. CARNEVALI (a cura di), in *Commentario al codice civile*, E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2011, 336-337. Tale interpretazione può essere desunta anche da Cass., Sez. Un., sentenza 4 febbraio 2005, n. 2207, *cit.*, punto 1.i.

⁶⁵ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, *cit.*, 1512; M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 639; G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI, *op. cit.*, 3239.

⁶⁶ P. GALLO, *op. cit.*, 1955.

⁶⁷ R. SACCO e G. DE NOVA, *op. cit.*, 1510-1511; P. GALLO, *op. cit.*, 1956.

Secondo la dottrina più risalente, ai fini della declaratoria di nullità dell'intero negozio risultava sufficiente provare che senza quella specifica clausola uno dei due contraenti non avrebbe concluso il contratto. Ciò però, come argomentato in dottrina, poteva portare alla paradossale conclusione per cui il predisponente – magari dotato di maggiore forza contrattuale – poteva consolidare ulteriormente la propria posizione negoziale, lasciando alla controparte l'alternativa tra accettare la clausola abusiva o rinunciare del tutto al negozio⁶⁸. Pertanto, in seguito, si è preferito ricorrere ad un criterio maggiormente oggettivo, ovvero volto a verificare se il negozio concluso, una volta espunta la parte invalida, potesse comunque coincidere con l'assetto di interessi originariamente perseguito dalle parti⁶⁹.

Applicando tali principi ai casi esaminati in materia di fideiussioni *omnibus*, appare evidente come la dicotomia tra l'impostazione dell'ABF milanese e quella della Corte di Cassazione e del Collegio di Coordinamento risieda in una diversa concretizzazione del criterio riguardante la volontà delle parti. La presa di posizione dell'ABF meneghino, pur ritenendo applicabile il criterio della nullità parziale, a livello pratico porta ad una declaratoria di nullità dell'intero negozio nella quasi totalità dei casi. Tale impostazione sconta il fatto di essere caratterizzata da un connotato eccessivamente teorico, in quanto risalire alla volontà dei contraenti sulla base di contratti stipulati in una sorta di "mercato perfetto" risulta, concretamente, forse eccessivamente complesso. Tuttavia, anche nel contesto di questa interpretazione, un temperamento, dal punto di vista applicativo, è costituito dall'onere, in capo al consumatore e già immanente nel sistema della nullità⁷⁰, di richiedere espressamente la caducazione dell'intero negozio – come nel caso proposto dinanzi all'ABF di Milano – oppure solamente delle clausole illegittime. Infatti, giova notare come – sebbene nel caso risolto dall'ABF milanese la caducazione totale della garanzia risultasse confacente agli interessi del ricorrente – spesso quest'ultimo potrebbe avere invece interesse al mantenimento del contratto, una volta depurato dalle clausole maggiormente sfavorevoli. La tenuta di tale sistema richiederebbe però l'impossibilità, da parte della banca, di

⁶⁸ P. GALLO, *op. cit.*, 1956.

⁶⁹ G. ALPA e V. MARICONDA, *op. cit.*, 646; P. GALLO, *op. cit.*, 1956.

⁷⁰ Posto che la nullità estesa all'intero contratto può, appunto, essere pronunciata soltanto su istanza di parte. Sul punto si veda R. SACCO e G. DE NOVA, *op. cit.*, 1512.

opporre (magari in contrasto con la volontà conservativa del contratto da parte del fideiussore, finalizzata al mantenimento dell'assetto di interessi perseguito mediante il negozio principale e la garanzia accessoria) il successivo sbilanciamento del sinallagma contrattuale⁷¹, in quanto derivante dall'illecito concorrenziale da essa stessa posto in essere.

In conclusione, nonostante la bontà concettuale dell'impostazione operata dall'ABF milanese, l'impostazione assunta dalla Corte di Cassazione nel 2019 e dal Collegio di Coordinamento ABF appare preferibile e maggiormente in linea con le più recenti interpretazioni dottrinali. In particolar modo, i criteri dettati dal Collegio di Coordinamento risultano apprezzabili e molto lineari dal punto di vista pratico: la suddivisione tra clausole contrattuali essenziali e non essenziali⁷², da individuarsi attraverso un parametro oggettivo, costituito dalla determinatezza dell'oggetto del contratto, rivestono una particolare utilità al fine di giungere – finalmente – ad un'uniformità interpretativa in materia di fideiussioni lesive del diritto della concorrenza.

⁷¹ Tale interpretazione può trovare una base nell'articolo 36, comma 3, del Codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, pubblicato in GU 8 ottobre 2005, n. 235).

⁷² Sottolineata in dottrina – con riferimento alla nullità parziale in senso generale – *inter alia* da P. GALLO, *op. cit.*, 1955.