

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

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 ABBA 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

La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust

Sommario: 1. Premessa. Il modello ABI sulla fideiussione *omnibus* e la sua contrarietà alla disciplina *antitrust*. – 2. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in tema di contratti «a valle» di intese nulle. – 3. Cass. 29810/2017: una decisione «forte». Le motivazioni. – 4. *Segue*. Le conseguenze.

1. Un recente intervento della Corte di cassazione¹ ha definitivamente aperto un fronte di particolare interesse in ordine al giudizio di validità dei contratti di fideiussione *omnibus* stipulati in conformità al modello ABI del 2003.

Come è noto, il modello in questione fu sottoposto al vaglio della Banca d'Italia che, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, sancì la contrarietà di alcuni articoli in esso contenuti all'art. 2, comma 2, lett. *a*, l. n. 287 del 1990², ingiungendo all'ABI di trasmettere alle imprese

¹ Trattasi di Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in www.iusexplorer.it.

² Nello specifico, l'applicazione uniforme da parte delle banche degli artt. 2, 6 e 8 del menzionato schema contrattuale – articoli relativi alle clausole di «sopravvivenza», «reviviscenza» e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. – integrava gli estremi di un'intesa restrittiva della concorrenza. Secondo quanto disposto nel provvedimento della Banca d'Italia l'art. 2, il quale dispone la «reviviscenza» della garanzia dopo l'estinzione del debito principale, «impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a séguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest'ultimo. Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a séguito di fallimento dello stesso». All'art. 6 è configurata la deroga all'art. 1957 cod. civ., che «ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà [...] quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata

aderenti un modello emendato da quegli articoli. Ciò non di meno, *medio tempore* le banche avevano fatto uso di quei modelli, sí che si poneva il problema della sorte dei contratti di fideiussione riproducti il modello giudicato anticoncorrenziale stipulati prima del provvedimento della Banca d'Italia. Si trattava per certi versi di una questione «dormiente», dato che le fideiussioni possono ovviamente essere invocate dal creditore anche molti anni dopo la loro sottoscrizione; tuttavia, di recente il problema è venuto ripetutamente a galla.

Nel 2013 la questione era stata sottoposta al Tribunale di Venezia che, con una decisione del 2015³, aveva sancito la nullità delle clausole contenute in un contratto di fideiussione bancaria sottoscritto nel 1998 in quanto riproducti il modello ABI poi sanzionato dalla Banca d'Italia. In quella occasione, si era rilevato che la comminatoria della sanzione della nullità della deroga dell'art. 1957 c.c., il quale, come noto, impone al creditore di attivarsi contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, è giustificata dalla circostanza che essa (deroga) è il risultato di una intesa restrittiva della concorrenza, che viola il divieto posto dall'art. 2, comma 2, l. 287/90. Queste le parole del Tribunale: «[c]he detta intesa sulla clausola di deroga alla disciplina prevista dall'art. 1957 c.c. possa reputarsi nulla, in quanto vietata, deriva dal fatto che essa ha lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, così

la posizione della banca stessa a svantaggio del garante». L'art. 8 dello schema «estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore, derivanti dall'invalidità del rapporto principale. Tali obblighi sono ulteriori e diversi rispetto a quelli di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore in forza dei rapporti creditizi cui accede la fideiussione. Pertanto, una siffatta previsione non appare conaturata all'essenza del rapporto di garanzia e potrebbe, per converso, indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità o all'efficacia del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell'obbligazione di garanzia in capo al fideiussore *omnibus* al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate». Per ulteriori approfondimenti si consulti il provvedimento in www.bancaditalia.it.

³ Trib. Venezia, 6 giugno 2016, in *Foro pad.*, 2017, p. 192 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Sulla nullità della deroga all'art. 1957 c.c. (e di altre clausole delle fideiussioni omnibus) per violazione della disciplina antitrust (art. 2 l. n. 287/1990)*.

imponendosi al fideiussore detta clausola e sostituendo il suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente». Più di recente, la questione è giunta alla attenzione della Corte di cassazione, in sede di impugnazione di una decisione della Corte d'appello di Venezia⁴.

Questi, brevemente, i fatti: successivamente alla stipula di un contratto di conto corrente (nel febbraio 2005), rispetto al quale prestavano garanzia due fideiussori, la banca recede dal contratto e richiede decreto ingiuntivo nei confronti sia del correntista sia dei due garanti. Uno dei due fideiussori adisce la Corte d'appello di Venezia chiedendo la declaratoria di nullità del contratto di fideiussione stipulato con la Banca nonché la condanna della stessa al risarcimento dei danni, poiché esso riflette lo schema contrattuale predisposto dall'ABI, poi sanzionato dalla Banca d'Italia perché integrava gli estremi di un'intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2, comma 2, lett. a), della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

La domanda è respinta dai giudici di merito per i quali il provvedimento della Banca d'Italia, avendo carattere regolamentare, non è applicabile ai contratti conclusi prima della sua emanazione, dal momento che il *dictum* dell'Autorità indipendente non incide sulla legittimità delle clausole ma soltanto sulla loro contrarietà all'art. 2, comma 2, lett. a), l. 287/1990, in conseguenza della loro applicazione uniforme. Per tali giudici soltanto il mancato adeguamento dell'ABI nella predisposizione delle norme bancarie uniformi (NBU) dovrebbe dirsi illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla

⁴ Val la pena chiarire sin da ora che del caso sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità ha deciso la Corte d'Appello, contrariamente a ciò che è avvenuto nel primo caso richiamato nel testo, ove è stato il Tribunale a deliberare. Ciò a seguito del d.l. 1/2012 convertito, con modifiche, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», il quale ha modificato il comma 2 dell'art. 33 della l. 287/90, che, nella nuova versione, prevede che «[I]e azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni».

pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato dall'istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali.

Il fideiussore ricorre in Cassazione lamentando, *in primis*, la circostanza che i giudici di merito non avrebbero considerato nulla l'intesa tra le banche sul contratto tipo e avrebbero considerato applicabile la normativa *antitrust* soltanto a partire dalla data di pubblicazione del provvedimento adottato dalla Banca d'Italia e non anche dall'entrata in vigore della l. 287/1990.

2. La questione della nullità della fideiussione *omnibus* per violazione della normativa *antitrust*, così come affrontata nelle pronunce richiamate, è strettamente connessa a quella del rapporto tra le intese restrittive della concorrenza e i c.dd. contratti a valle stipulati con i consumatori finali. Un rapporto che ha da sempre rappresentato un tema «caldo» sul quale dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto.

Pare, pertanto, opportuno fare il punto sugli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in materia.

Il panorama dottrinario è praticamente diviso in due: da un lato c'è chi, seppure con argomentazioni diverse, fa leva sulla nullità dell'intesa anticoncorrenziale per dimostrare la invalidità dei contratti «a valle» stipulati con i consumatori finali⁵; dall'altro lato, invece, ci sono coloro che sostengono che mettere nel nulla il rapporto potrebbe rivelarsi rimedio peggiore del male⁶. Da non sottovalutare, infatti, sarebbero le

⁵ Tra gli altri, G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 787 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004, p. 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, p. 1165 ss.; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 435 ss.; C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, p. 175 ss.; R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 469 ss.; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, Napoli, 2009, p. 21 ss.

⁶ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 100. Nello stesso senso, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 649; ID., *Ancóra sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno resp.*, 1998, I, p. 933 ss.; ID., *Ancóra sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, *ivi*, p. 246 ss.; ID., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss.; G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 529. Sul punto v. B. MEOLI, «Gli interessi bancari tra oneri di forma

conseguenze che l'invalidità del contratto «a valle» potrebbe provocare in capo al consumatore, le quali sarebbero, in alcuni casi, idonee, ad annullare i vantaggi derivanti dal risarcimento del danno subito⁷. La soluzione andrebbe ricercata nell'ambito del contratto e dei principi generali che ne disciplinano il funzionamento: l'illecito concorrenziale assumerebbe, così inteso, la veste di un illecito contrattuale al quale sarebbe opportuno reagire con il rimedio risarcitorio, senza compromettere la stabilità complessiva del rapporto o delle sue singole clausole⁸.

L'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità di fronte alla questione è piuttosto altalenante. Così, se in un primo momento si è mostrata incline ad ammettere, quantomeno in teoria, la possibilità di ravvisare un collegamento tra l'intesa restrittiva «a monte» e i contratti «a valle»⁹, ha successivamente assunto un atteggiamento di chiusura

e disposizioni antitrust», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 396, il quale nega il collegamento tra intesa e contratto «a valle»: «[i]l contratto *a valle*, in ogni caso, non è espressione di una partecipazione volitiva delle parti alla restrizione della concorrenza, né esso ne determina l'effetto».

⁷ G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, cit., p. 529. Tuttavia, lo stesso a. fa notare come in dottrina (A. GENOVESE, *Disciplina del rapporto obbligatorio e regole di concorrenza*, in AA.VV., *Contratto e antitrust*, a cura di G. OLIVIERI e A. ZOPPINI, Roma-Bari 2008, p. 143 ss.) si sia opportunamente sottolineato che la nullità potrebbe anche colpire singole clausole non essenziali del contratto limitando gli effetti caducatori della sanzione. Nei contratti di durata, poi, l'invalidità farebbe comunque salve le prestazioni già effettuate, le quali risulterebbero di conseguenza irripetibili.

⁸ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, cit., p. 100. In senso adesivo G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, cit., p. 529 s.

⁹ Cass., 22 maggio 2013, n. 12551, in www.iusexplorer.it, per la quale «il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante»; Cass., 20 giugno 2001, n. 887, *ivi*; Cass., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Giur. it.*, 2000, p. 939 ss., per la quale la nullità di un'intesa anticoncorrenziale non investe soltanto l'eventuale negozio originario ma tutta la più complessa situazione «anche ulteriore all'eventuale negozio, che in quanto tale realizza un ostacolo al gioco della concorrenza». Nella giurisprudenza di merito, sulla nullità dei contratti «a valle», v. App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1876 ss., sentenza poi cassata da Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 275 (v. *infra*).

Per una ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di risarcimento dei danni *antitrust* v. S. BASTIANON, *Tutela antitrust del consumatore finale*, in *Danno resp.*, 2006, p. 1134 ss.

escludendo che la nullità dell'intesa anticoncorrenziale potesse estendersi ai contratti «a valle»¹⁰ e asserendo il difetto di legittimazione attiva dei consumatori finali con riferimento allo strumento risarcitorio contemplato dall'art. 33 della l. 287/90¹¹. Tale atteggiamento di chiusura è stato, per così dire, smorzato dall'intervento, nel 2005¹², delle Sezioni unite, le quali hanno riconosciuto ai consumatori il diritto al risarcimento dei danni subiti a causa di una intesa restrittiva della concorrenza¹³ e hanno chiarito che il contratto «a valle» costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti, posto che la seconda si estrinseca e viene attuata tramite il primo e che di fronte a un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore vede leso il proprio diritto a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza. In particolare, si sottolinea che la previsione del risarcimento del danno «sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla “cospirazione anticompetitiva” e come tale estranea al carattere illecito di questa proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire».

Degne di nota sono le recenti statuizioni dei giudici di legittimità: «[n]el caso in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato abbia sanzionato un'impresa di assicurazione per un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore che promuova azione di risarcimento dei danni *ex art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990*, assolve l'onere

¹⁰ Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, cit., ove si legge «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dall'Autorità *antitrust* ai sensi dell'art. 2 l. n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti»; Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, p. 325. Nella giurisprudenza di merito, T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 906 ss.; Trib. Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 87.

¹¹ Tra le altre, Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, p. 325 ss.

¹² Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 721 ss.

¹³ Sostengono che tra i soggetti titolari del diritto al risarcimento del danno *antitrust* possono esservi anche i consumatori finali, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Ancóra sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, cit., p. 241 ss.; S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: annozero*, in *Danno resp.*, 2004, p. 394; ID., *Tutela antitrust del consumatore finale*, cit., p. 1136 ss.

della prova a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio e con la produzione della sua polizza. Infatti, il provvedimento del Garante, cui deve riconoscersi elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa condotta a procurare un danno ai consumatori, consente di presumere, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, che dalla condotta anticoncorrenziale sia effettivamente scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dai singoli assicurati, mentre 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. Accertata l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice può procedere in via equitativa alla relativa liquidazione, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato»¹⁴. Con tale pronuncia gli ermellini, per la prima volta, discorrono di una presunzione di causalità tra l'illecito anticoncorrenziale e il danno subito dai consumatori finali¹⁵.

3. Come si è illustrato, dall'intervento delle Sezioni unite nel 2005 in poi l'atteggiamento della giurisprudenza sulla questione si apre a un riconoscimento del collegamento esistente tra le intese vietate ai sensi della legge *antitrust* e i contratti «a valle» con i consumatori.

Dei risultati di tutto questo dibattito si avvale, come anticipato, il recente intervento della Corte di cassazione che ha affrontato la questione, in particolar modo in relazione alla validità dei contratti di fideiussione *omnibus* stipulati in conformità allo schema contrattuale predisposto dall'ABI. Così, i giudici di legittimità hanno statuito: la potenziale nullità di tutte le fideiussioni *omnibus* che costituiscono applicazione di intese illecite.

Ma procediamo con ordine: è opportuno analizzare nel dettaglio le motivazioni con le quali la Corte accoglie il ricorso del fideiussore per comprendere l'influenza che essa esercita in materia di fideiussioni

¹⁴ Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1729 ss.

¹⁵ Sulla questione della prova del nesso causale tra la condotta illecita e il danno subito dai consumatori v., tra gli altri, S. BASTIANON, *Tutela antitrust del consumatore finale*, cit., p. 1137 s.

bancarie. Come anticipato, i giudici di legittimità, nell'accogliere le doglianze del ricorrente concernenti il rigetto della dichiarazione di nullità del contratto di fideiussione stipulato con la banca in corrispondenza delle norme uniformi «incriminate», reputano erroneo l'assunto per il quale l'antiorità della fideiussione rispetto all'accertamento dell'Autorità impedisse di dichiararla invalida, assunto che, come visto, determina i giudici di merito a rigettare la domanda del fideiussore.

La Corte, preliminarmente e richiamando un suo precedente¹⁶, precisa la nozione di intesa illecita: l'art. 2 della legge *antitrust* non si riferisce soltanto alle «intese» in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare «voluto». Il legislatore, in realtà e in senso più ampio, ha inteso proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle «intese», non abbia voluto dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza. Pertanto e in definitiva, qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della normativa *antitrust*.

Secondo i giudici, a ragion veduta, il ricorrente avrebbe «portato in giudizio, avanti ai giudici di secondo grado, l'esistenza di un danno “a valle” (in conseguenza del contratto, oggetto di esame in questa sede) per effetto dell'intesa vietata (“a monte”), tenuto conto, da un lato che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede svilito (se non calpestato) il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e, dall'altro, che il cosiddetto contratto “a valle”

¹⁶ Cass., 1° febbraio 1999, n. 827, cit.

costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti»¹⁷.

Il ragionamento della Corte territoriale – il quale, lo si ribadisce, rigetta la richiesta di nullità della fideiussione perché anteriore (sia pure di pochi mesi) all'esito dell'istruttoria condotta – «istituisce una sorta di potere di prescrizione, necessario e pregiudiziale rispetto ad ogni accertamento del giudice, da parte dell'autorità garante rispetto ai comportamenti svolti *in facto* dai soggetti da essa vigilati che non trova riscontro in nessuna previsione di legge né nei principi regolatori della materia».

I giudici, passando per un richiamo al concetto di prova privilegiata – concetto ampiamente chiarito nella precedente pronuncia del 2014¹⁸ e in virtù del quale il provvedimento del Garante ha l'effetto di invertire l'onere della prova: sarà l'impresa a «dover offrire prova contraria a dimostrazione della interruzione del nesso causale tra l'illecito *antitrust* e il danno patito dai consumatori»¹⁹ – e cassando la pronuncia di merito, concludono che «la Corte territoriale, che è l'organo deputato all'accertamento in fatto non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze, poiché se la violazione “a monte” è stata consumata 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».

Il *dictum* della Corte è inequivocabile: la potenziale nullità di tutti i contratti stipulati a valle che costituiscono applicazione di intese illecite. In pratica, tutte le fideiussioni *omnibus* stipulate successivamente all'entrata in vigore della legge *antitrust*, attuative di comportamenti concertati vietati, sono da considerarsi nulle anche se stipulate prima dell'accertamento della violazione della disciplina *antitrust* compiuto dall'Autorità garante. Tutto ciò purché l'intesa «a monte» si sia compiuta prima della stipulazione del contratto di

¹⁷ Così già Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

¹⁸ V. *supra*, § 2.

¹⁹ In buona sostanza il garante che invoca la nullità della fideiussione non deve provare la condotta anticoncorrenziale tra le Banche, ma può basarsi sull'accertamento a questo fine effettuato dalla Banca d'Italia nel 2005.

fideiussione «a valle». Nel caso di specie i giudici chiariscono che l'accertamento operato dalla Banca d'Italia, pubblicizzato nel maggio del 2005, ha avuto un periodo temporale di osservazione e di rilievo che (com'è facile arguire dalla vicinanza temporale tra il contratto contestato, stipulato a febbraio 2005, e il completamento dell'istruttoria e la sua formalizzazione del maggio successivo), fanno ritenere assai probabile che l'intesa (o gli altri comportamenti lesivi della concorrenza tra imprese bancarie) sia stata consumata ancor prima della contrattazione da parte del fideiussore.

Prima di analizzare l'effetto di tale pronuncia qualche considerazione di carattere generale sulle motivazioni che hanno spinto la Corte a tale determinazione.

Fondamentalmente i giudici si determinano nel senso della nullità dei contratti «a valle» per un duplice ordine di ragioni: *in primis*, la difesa del diritto dei consumatori a «una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza», diritto leso dalle intese vietate, delle quali il cosiddetto contratto a valle costituisce «lo sbocco [...] essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti». In secondo luogo, la Corte supera l'impedimento, per così dire, temporale, frapposto dai giudici di merito all'accoglimento della domanda attorea.

Quanto alla prima motivazione, si conviene totalmente con chi ha rilevato, Corte compresa, che il contratto «a valle» non si pone come qualcosa di diverso e di autonomo rispetto all'intesa a monte, ma rappresenta il momento attuativo di quest'ultima, per cui è la stessa illiceità della seconda che si riflette sul primo²⁰.

Anche l'esigenza di assicurare una tutela effettiva per il contraente debole sotto il profilo concorrenziale è da accogliere con favore: come suggeriscono i giudici, a essere tutelato è il diritto del consumatore a

²⁰ S. BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: annozero*, cit., p. 395, il quale sembra propendere per una nullità parziale dei contratti «a valle»; ID., *Tutela antitrust del consumatore finale*, cit., p. 1138; nello stesso senso, G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 787 ss.; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., p. 469; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, cit., p. 1165; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, cit., p. 435; R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, cit., p. 469 ss., ove si legge che i contratti c.d. a valle si pongono quale parte integrante di una pratica complessivamente illecita; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, cit., p. 21 ss. Per il riconoscimento di un simile legame tra intesa vietata e c.d. contratto a valle nella giurisprudenza, v. *supra*, nota 9.

una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza. È evidente che tale diritto viene leso tutte le volte che, come è stato fatto, si legittima l'adozione in contratti bancari di clausole predisposte in attuazione di accordi che violano il libero gioco della concorrenza. È il dato costituzionale che spinge in tal senso: è necessario ancorare il senso delle disposizioni in questione ai principi fondamentali, comunitari e costituzionali, come, peraltro, impone l'art. 1 della l. n. 287 del 1990. In particolare, si è rilevato che una lettura parziale dell'art. 41 cost., che consideri esclusivamente il comma 1, potrebbe convincere l'interprete che la normativa *antitrust* sia stata prevista soltanto in funzione della tutela della libertà economica; un approccio ermeneutico più rispettoso della norma e, dunque, idoneo a valorizzarne anche il comma 2, potrebbe portare a concludere che la legge n. 287 del 1990 sia attuazione del principio di libera iniziativa economica con il limite dell'utilità sociale. In questa prospettiva nessun ostacolo sussisterebbe a che attraverso la tutela della concorrenza e del mercato possa realizzarsi la protezione delle ragioni del consumatore; quest'ultimo ha un precipuo interesse alla conservazione di un regime di effettiva concorrenza, poiché «la garanzia del bene della vita di cui è portatore è affidata al corretto funzionamento del mercato»²¹. Ma vi è di più: la libertà di iniziativa economica di cui all'articolo in questione è inscindibilmente connessa ai valori personalistici e solidaristici. In particolare, le situazioni patrimoniali non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana²². L'attività economica, categoria dell'avere, non può essere che strumentale alla realizzazione dei valori esistenziali, alla categoria dell'essere: è proprio in questa prospettiva che va letta la nozione di «utilità sociale» alla quale fa esplicito riferimento l'art. 41 cost.²³.

²¹ Con queste parole si esprime U. VIOLANTE, *Illecito antitrust e azione risarcitoria*, in *Danno resp.*, 2005, p. 15.

²² P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 255; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss. Nello stesso senso N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 32. Sul punto v. anche G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, I, 1, Torino 2001, p. 85.

²³ Ampiamente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 885 ss.

Si accenna, da ultimo, alla circostanza che le clausole di «sopravvivenza», «reviviscenza» e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. vanno ad aggravare considerevolmente la posizione del garante dal momento che con esse, rispettivamente, si assicura la stabilità della garanzia a prescindere dalla carenza dell'obbligazione principale, il risorgere della garanzia in séguito al risorgere del credito (si pensi, ad esempio, alla revoca del pagamento) e l'integrità dei diritti derivanti alla banca dalla fideiussione fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta a escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro obbligato o garante entro i tempi previsti dall'articolo derogato.

Quanto, poi, all'affermazione della Corte territoriale, essa è, con tutta evidenza, figlia del retaggio culturale della impermeabilità dei contratti «a valle» rispetto alle vicende dei contratti «a monte». Lo testimonia la circostanza che i giudici del merito non forniscono delle motivazioni di carattere sostanziale a fondamento del rigetto della domanda attorea, limitandosi ad addurre un impedimento «temporale» – che, oltretutto e come visto, la Corte supera in maniera esaustiva – e affermando, peraltro, in maniera contraddittoria, che il *dictum* dell'Autorità indipendente non incide sulla legittimità delle clausole ma soltanto sulla loro contrarietà all'art. 2 della l. n. 287 del 1990 in conseguenza della loro applicazione uniforme.

Da evidenziare, da ultimo, il monito che i giudici di legittimità rivolgono alla Corte d'Appello: essa «non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze».

4. È facile comprendere come la decisione dei giudici di legittimità sortisca degli effetti importanti: è come dire, in buona sostanza, che tutti i contratti di fideiussione *omnibus* stipulati da tutte le banche sono, almeno in parte, nulli. La statuizione della nullità, come è emerso già dall'analisi delle precedenti pronunce in materia, non è nuova: ciò che rileva è, fondamentalmente e come si vedrà, l'impatto di carattere pratico nel settore della contrattazione bancaria.

La Corte, come visto, fa una precisazione importante: sono da ritenersi invalide anche le fideiussioni che, oltre a essere successive all'entrata in vigore della legge *antitrust* e all'intesa vietata «a monte», sono state stipulate prima dell'accertamento della violazione della

disciplina *antitrust*: tale puntualizzazione potenzia, per così dire, l'impatto della pronuncia. A tale puntualizzazione, tuttavia, non fa séguito una valutazione nel merito del rimedio caducatorio delle fideiussioni *omnibus*: nell'affermare che la nullità non può essere esclusa per il fatto che la fideiussione sia precedente alla delibera ABI, i giudici non chiariscono, come invece ha fatto il Tribunale di Venezia, se trattasi di nullità dell'intero contratto o di nullità parziale delle clausole «incriminate», ma rimettono la decisione alla Corte d'Appello.

La questione è di quelle che merita qualche delucidazione in più.

In dottrina, già prima della pronuncia²⁴, qualche perplessità aveva suscitato l'idea di comminare la sanzione della nullità totale ai contratti stipulati «a valle» delle intese anticoncorrenziali, dal momento che essa (nullità), come ben noto, ha precisi effetti, per così dire, demolitori.

Sul punto è da condividere l'impostazione per la quale è opportuno individuare il rimedio piú adeguato al tipo di illiceità e al tipo di interesse leso. Tale impostazione muove dall'assunto per il quale non si può fornire un'unica risposta alla pluralità di ricadute possibili dall'intesa illecita, la quale può essere causa di conseguenze molto distanti fra loro: non esiste una risposta unitaria, ma si dovrà di volta in volta ricercare la situazione piú aderente al fatto da valutare²⁵.

Nel caso di specie, l'interesse alla conservazione di un regime di effettiva concorrenza è leso dall'applicazione uniforme da parte delle banche degli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI – articoli relativi alle clausole di «sopravvivenza», «reviviscenza» e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c.²⁶. L'obiettivo dei giudici è, in altri termini, quello di garantire il carattere competitivo del mercato creditizio: tale competitività viene messa a

²⁴ V. *supra*, note 5, 6 e 7.

²⁵ Testualmente G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 788. Nello stesso senso F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, cit., p. 67 ss. Per la necessità di ricercare il rimedio piú adeguato alla tutela dell'interesse leso v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., *passim*, ma spec. pp. 352 ss. e 726 ss.

²⁶ Sulla nullità di tale clausola v. G. SICCHIERO, *Sulla nullità della deroga all'art. 1957 c.c. (e di altre clausole delle fideiussioni omnibus) per violazione della disciplina antitrust (art. 2 l. n. 287/1990)*, cit., p. 200 ss., il quale, nel commentare la sentenza del Tribunale di Venezia del 6 giugno 2016, ne condivide l'affermazione della nullità della deroga all'art. 1957 c.c.

dura prova dal comportamento degli istituti di credito di totale e passiva uniformazione delle fideiussioni *omnibus* allo schema predisposto dall'ABI. Ne consegue che le fideiussioni sono in pratica tutte uguali e la libertà di scelta dei consumatori è completamente azzerata.

Preso atto del tipo di interesse leso e aderendo all'impostazione per la quale il contratto «a valle» rappresenta il momento attuativo dell'intesa anticoncorrenziale, pare potersi concludere che il rimedio della nullità risulta, a parere di chi scrive, adeguato e congruo – rispetto al solo rimedio risarcitorio – alla situazione concreta e al soddisfacimento degli interessi lesi. Si reputa, inoltre, che il rimedio della nullità totale dei contratti di fideiussione *omnibus* pare eccessivo rispetto all'interesse da tutelare, essendo a ciò sufficiente e proporzionato il rimedio della nullità delle singole clausole. A tal proposito, torna alla mente la feconda intuizione di chi, attesa una identità di *ratio* tra l'ipotesi di abuso di dipendenza economica e quella nella quale l'impresa abusi della propria posizione dominante per mezzo di un atto di autonomia negoziale, ha esteso il rimedio della nullità di protezione alle ipotesi *ex art. 3, l. n. 287 del 1990*, con la conseguente espunzione delle clausole, inserite nel singolo regolamento negoziale, attraverso le quali si realizzi proprio l'abuso di posizione dominante sul mercato. Infine, si è chiuso il cerchio attraverso l'ulteriore estensione della nullità protettiva alle fattispecie *ex art. 2 della legge antitrust*, vale a dire ai contratti «a valle» di un'intesa vietata²⁷.

Ciò posto e ribadendo che i rimedi devono essere adeguati agli interessi da proteggere, va chiarito che la prevalenza della nullità parziale, quale espressione della prevalenza del principio di conservazione degli effetti, è condivisibile ogni qualvolta è bene che il contraente (debole) raggiunga il risultato, almeno in parte²⁸. Tale

²⁷ Per approfondimenti e per una rassegna della dottrina sulla questione v. F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, cit., p. 120.

²⁸ P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 400; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 351 ss., ove si aggiunge che la disciplina dei contratti del consumatore sconvolge la teoria classica della nullità e consolida l'idea che il concreto assetto d'interessi esige, anche sotto il profilo patologico, una disciplina che si desume non già dalla mera riconduzione al tipo, ma dalle peculiarità del caso concreto.

discorso, trasportato allo specifico tema della nullità delle fideiussioni *omnibus*, permette di sostenere che soltanto una valutazione del singolo contratto di fideiussione «a valle» e, in particolare, dell'interesse alla conservazione dei suoi effetti, consentirà di individuare il rimedio – nullità totale o parziale – più adeguato a tutelare il destinatario di un'imposizione ingiusta. Val la pena accennare alla circostanza che molto probabilmente la conservazione del contratto di fideiussione, depurato dalle clausole illecite, ha un senso e uno scopo precisi: facilitare la concessione del credito da parte delle banche.

Ulteriore effetto della pronuncia è quello di scalfire la tradizionale impostazione della non interferenza tra regole di correttezza e regole di validità, per la quale l'inosservanza di regole di correttezza giustifica soltanto l'adozione di rimedi risarcitori²⁹.

Ancóra e laddove la Corte d'Appello – alla quale la causa è rinviata – commini ai contratti «a valle» la sanzione della nullità totale, l'effetto sarà quello della potenziale liberazione di tutti i fideiussori: in particolare, il fideiussore che invoca la nullità, oltre alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno da condotta illecita, potrà opporsi a ingiunzioni di pagamento, a esecuzioni immobiliari³⁰. Per di più, essi potranno giovare della c.d. prova privilegiata: non dovranno provare la condotta anticoncorrenziale tra gli istituti di credito, ma sarà sufficiente invocare l'accertamento effettuato dalla Banca d'Italia, provvedimento al quale i giudici attribuiscono «elevata attitudine a provare tanto la

²⁹ In dottrina, tra gli altri, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss.; ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 41. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., Sez. un., 19 settembre 2007, n. 26724, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, p. 686 ss.; Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, p. 1599 ss.; in senso conforme anche Cass., 14 dicembre 2010, n. 25222, in www.iusexplorer.it. Già propensi per una commistione tra le menzionate regole nel senso, in particolare, di valutare il rapporto tra fattispecie di validità e fattispecie risarcitorie in maniera diversa a seconda dei casi e dei concreti interessi da tutelare, erano, G. RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 271 ss. e G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 119.

³⁰ Questi i primi commenti, per così dire, a caldo di operatori del diritto: A. SGANZERLA e R. PISCIOTTA, *Nullità delle fideiussioni predisposte sullo schema ABI*, in ww.diritto24.ilsole24ore.com.

condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa condotta a procurare un danno ai consumatori»³¹. Saranno gli istituti di credito, invece, alla stregua del principio di vicinanza, a dover dimostrare l'interruzione del nesso causale tra l'illecito *antitrust* e il danno patito dai singoli: a dover dimostrare, cioè, che le fidejussioni da loro stipulate si differenziano da quelle abitualmente impiegate, le quali riproducono alla lettera lo schema contrattuale dell'ABI.

Queste le potenziali ripercussioni del *dictum* dei giudici di legittimità: va da sé, tuttavia, che sarà il tempo a mostrare effettivamente ciò che accadrà all'indomani della pronuncia degli ermellini, quale sarà la reazione dei garanti e quello degli istituti di credito e come si muoveranno gli equilibri tra gli stessi.

Non resta, dunque, che attendere.

³¹ Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, cit.