

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO / MARZO

2024

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, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, 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 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.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

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

Euribor manipolato e contratti «a valle». Questioni (*)

SOMMARIO: 1. Lo stato attuale della giurisprudenza. – 2. Intesa anticoncorrenziale e struttura rimediabile: il punto della tutela reale. – 3. La questione del contratto stipulato da intermediari non partecipanti all'intesa. – 4. Le questioni della nullità parziale, della nullità sopravvenuta (o anche della validità sopravvenuta) e della nullità «periodale». – 5. La questione della sorte del contratto a tasso fisso basato sul parametro euribor. – 6. La questione della prescrizione.

1. Lo stato attuale della giurisprudenza

Da un po' di tempo il tema dell'euribor «manipolato» – frutto di un'intesa anticoncorrenziale e per questo vietata dalla Commissione Antitrust europea¹ – agita, in relazione al profilo delle ricadute

(*) L'art. 8, comma 4, del Codice deontologico dell'Organo decidente dell'ABF prescrive che, nell'ambito di contributi scientifici o accademici in materie attinenti all'ufficio ricoperto, i componenti dei collegi chiariscano che le opinioni espresse hanno carattere personale e non rappresentano la posizione del Collegio». Per quanto possa occorrere, l'autore provvede al riguardo.

¹ Con decisione 4 dicembre 2013 C(2013) 8512, in relazione alle banche «che hanno presentato proposte di transazione», e con decisione 7 dicembre 2016 C(2016) 8530, per le banche «che non hanno presentato proposte di transazione». Questa seconda decisione accerta, tra l'altro, che «anche» le banche del secondo gruppo «hanno adottato [...] pratiche collusive finalizzate a distorcere il normale corso dei componenti per gli EIRD».

La sentenza del Tribunale di Torino, 29 gennaio 2024 (data di decisione), in *dirittobancario.it* ha rilevato, tra l'altro, che «a fugare il facile pregiudizio che esista un uniforme interesse del ceto bancario a mantenere alto il tasso euribor, si legge al contrario nella Decisione che, secondo la varietà delle posizioni assunte [...] una banca può avere un interesse per un fixing elevato [...] basso o forfettario».

In replica a tale affermazione (M. MANDICO, *La danza dei tassi euribor secondo il Tribunale di Torino: note critiche alla recente sentenza*, in *dirittodelrisparmio.it*), si è segnalato come la Banca d'Italia abbia accertato nel corso del periodo 2007/2008 si sia verificata una contrazione dell'operatività in mutui a tasso variabile, «in corrispondenza di un sostenuto incremento del tasso euribor e del conseguente calo dello spread fra i tassi fissi e variabili sui mutui»: un conto è il dato potenziale, come dire, un altro è il dato reale (a parte l'ipotetica significatività di un interesse a un «fixing forfettario»).

Ciò riferito, sembra già qui opportuno precisare che la questione della nullità dei contratti conclusi dagli intermediari non partecipanti prescinde propriamente

negoziali, il diritto vivente². A dividere è, naturalmente, il punto dell'eventuale applicazione della struttura rimediabile della nullità con riferimento ai contratti «a valle», in ipotesi applicativi della detta e vietata intesa.

A dare al dibattito in corso una svolta importantissima – nella direzione dell'applicazione del rimedio della nullità e in controtendenza con l'opinione maggioritaria dei giudici del merito – è intervenuta, di recente, l'autorità della Corte di Cassazione, con la decisione 13 dicembre 2023, n. 34889 (sezione terza), a cui ha fatto poi seguito la pronuncia (in *obiter*) 13 febbraio 2024, n. 4001 (stesse sezione e relatrice).

Richiamando in via segnata i precedenti di Cass., n. 827/1999, di Cass., n. 2207/2005 e di Cass. n. 29810/2017, l'arresto di Cass. n. 34889/2023 ha in particolare rilevato che con la normativa antitrust il legislatore intende «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 anche essere frutto di comportamenti non contrattuali o non negoziali». Di conseguenza – ha proseguito –, la norma dell' art. 2 legge n. 287/1990, là dove stabilisce la nullità delle intese anticoncorrenziali, intende focalizzare e ricomprendere non solo l'eventuale negozio giuridico originario che sta all'origine della successiva sequenza comportamentale (anche) di tipo negoziale, bensì «tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario –, la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza». La decisione della Commissione Antitrust – ha ancora aggiunto - deve «considerarsi prova privilegiata³ [...] a supporto della domanda volta alla declaratoria di nullità dei tassi manipolati e alla rideterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione, a prescindere dal fatto che all'intesa illecita avesse o meno partecipato la banca» convenuta in giudizio: «raggiunto dal divieto di cui all'art. 2 legge n.

dall'eventuale «profitto» che essi abbiano ritratto dalla manipolazione del parametro euribor (cfr. nel n. 3).

² Ampi ragguagli della giurisprudenza del merito, anteriore alla decisione della Cassazione di fine 2023, cliccando nei siti dirittobancario.it e dirittodelrisparmio.it.

³ Il rango di prova privilegiata alle determinazioni dell'AGCM può ormai considerarsi *ius receptum* a livello della giurisprudenza della Cassazione. In proposito va richiamata in particolare la pronuncia di Cass., 31 agosto 2021, n. 23655.

287/1990 è qualunque contratto o negozio a valle che costituisca applicazione delle intese illecite concluse a monte».

A sua volta, la pronuncia di Cass., n. 4001/2024 è venuta a completare, pur a mezzo di un semplice *obiter*⁴, l'arco espositivo di questo orientamento, affermando in modo diretto che «il cosiddetto contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti»⁵, come pure sottolineando che «il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto a una scelta effettiva tra i prodotti in concorrenza».

Alla presa di posizione della Corte di Cassazione non hanno fatto seguito, nell'immediato, reazioni di tipo omogeneo. Nell'ambito della giurisprudenza del merito, in particolare, se sembra prendere consistenza la linea del tendenziale allineamento all'indicazione della nullità, che è stata data dal giudice di legittimità, non manca chi continua ad opporvisi.

Nei fatti, sul piano decisorio il rimedio della nullità è stato applicato dalla sentenza (non definitiva) della Corte di Appello di Catanzaro 18 gennaio 2024, n. 67 (che ha fatto propria la motivazione svolta dalla Cassazione) e dalla sentenza dell'Appello Cagliari, sez. dist. Sassari, 18 gennaio 2024, n. 41 (anche se, a ben vedere, questa pronuncia si rifà al proprio precedente orientamento, più che al Supremo Collegio, il richiamo a quest'ultimo risultando, in effetti, del tutto marginale). Sul piano istruttorio, le ordinanze dell'Appello Trieste, (24 gennaio 2024), del Tribunale Sulmona (31 gennaio 2024) e del Tribunale di Brindisi (12 marzo 2024) hanno disposto consulenze tecniche con quesiti che propriamente suppongono l'adozione della struttura della nullità. Non diversamente, poi, sembrerebbe essersi orientata, nella sostanza, l'ordinanza del Trib. Milano, 9 gennaio 2024 che, richiamata la pronuncia n. 34889/2023, ha «invitato le parti a individuare una conciliazione basata sull'eliminazione degli interessi relativa al periodo di violazione della normativa antitrust accertata dalla Commissione

⁴ In effetti, il rilievo, di cui al testo, viene svolto in appendice alla decisione di non accogliere il relativo motivo di ricorso per la ragione che mancata allegazione dei fatti da parte del ricorrente rende «non [...] possibile accertare d'ufficio la sussistenza delle dedotte nullità».

⁵ Il concetto così formulato si trova già espresso nella pronuncia di Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

Europea» (l'indicazione appare, per vero, particolarmente significativa pure perché la giurisprudenza milanese aveva in più occasioni negato l'applicazione della struttura della nullità)⁶.

Di avviso sostanzialmente opposto si è mostrato, invece, il Tribunale di Torino. Con sentenza 29 gennaio 2024 (data di decisione)⁷, questo – in dichiarato contrasto con il provvedimento del Supremo Collegio – ha ritenuto di dovere dare comunque continuità al proprio orientamento contrario a ritenere la sanzione della nullità per il caso dell'euribor manipolato, pure rilevando, inoltre, che il fatto della manipolazione avrebbe potuto casomai possedere delle conseguenze di ordine risarcitorio per il «danno subito ad opera degli aderenti a un'intesa» (a condizione, peraltro, che «l'intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima»)⁸.

2. Intesa anticoncorrenziale e struttura rimediabile: il punto della tutela reale

Nell'ambito delle fattispecie riconducibili all'idea normativa di «intesa anticoncorrenziale», un tratto specifico di quella dell'euribor manipolato – non l'unico, invero, ma di sicuro quello più appariscente – è rappresentato, per l'aspetto delle ricadute negoziali, dai contratti «a valle» che sono stati stipulati tra gli intermediari non partecipanti

⁶ La sentenza non definitiva della Corte di Catanzaro è pubblicata sul sito *Centro Anomalie Bancarie*; la sentenza della Corte di Cagliari l'ordinanza della Corte di Appello di Trieste è pubblicata, tra l'altro, sul sito *dirittobancario.it*; l'ordinanza del Trib. Sulmona (:«con eliminazione nel periodo di riferimento del tassi con riferimento all'euribor») si trova pubblicata sul sito *centroanomaliebancarie.it*; l'ordinanza del Tribunale di Milano è su *linkedin*, 20 febbraio 2024, sub Giorgio Molteni; l'ordinanza del Tribunale di Brindisi è pubblicata su *dirittodelrisparmio.it*.

⁷ La sentenza si trova citata sopra, nell'ambito della nota 1.

Nell'articolo di M. MALAVASI, *Euribor manipolato: è davvero possibile una class action?*, in *ilSole24ore*, 14 marzo 2024, vengono citati (in termini esemplificativi) come orientati nella medesima direzione di detta sentenza anche «Tribunale di Milano del 21 febbraio 2014» e «Tribunale di Livorno del 29 gennaio 2024» (non vidi).

⁸ Anche gli operatori più vicini alle posizioni degli intermediari hanno severamente censurato la decisione di Cass. n. 34889/2023. Cfr. così, tra gli altri, E. GIRINO, *L'ordinanza della cassazione sull'euribor: un castigo senza delitto?*, sul sito *Studio Ghidini, Girino e Associati*, 19 febbraio 2024; M. MALAVASI, *op. cit.*

all'intesa e i loro clienti. In effetti, il punto è saliente sia sotto il profilo delle ricostruzioni teoretica e giudiziaria, sia sotto quello della misura d'incidenza sull'operatività⁹, data l'esiguità del numero degli intermediari che hanno dato vita all'intesa vietata. Com'è naturale, peraltro, la posizione del problema della sorte dei contratti a valle degli intermediari non partecipanti suppone già risolto e acquisito quello relativo alla sorte dei contratti stipulati dagli intermediari che alla detta intesa hanno per contro partecipato.

Ora, non v'è dubbio che questo aspetto di base debba prima di ogni altra cosa confrontarsi col tema (per così dire) «generale» della sorte dei contratti «a valle» di intese vietate perché anticoncorrenziali. Per questo proposito, peraltro, si potrebbe per la verità anche pensare che sia sufficiente rinviare alle condivisibili considerazioni che nel senso dell'applicazione della tutela reale data dalla nullità sono state sviluppate dalla sentenza di Cass., SS. UU., 30 dicembre 2021, n. 41994, con diretto riguardo al caso delle c.d. fideiussioni ABI.

Nella realtà delle cose, tuttavia, questa sentenza, se ha convinto molti, non ha di certo convinto tutti; né può dirsi che essa abbia, sulla linea dei fatti, quietato il relativo contenzioso sulle «fideiussioni antitrust»¹⁰. Sul punto della riferibilità della nullità ai contratti stipulati «a valle» dalle imprese che hanno manipolato l'euribor conviene, dunque, fermarsi un attimo a riflettere.

Come ha correttamente rilevato la sentenza delle Sezioni Unite, «l'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo»; in questa prospettiva va dunque letta la norma per cui «le intese vietate sono nulle a ogni effetto» (art. 2, comma 3, legge n. 287/1990). La tesi – è bene precisare – è avvantaggiata anche dal vigente dato costituzionale (come, del resto, non hanno mancato di segnalare le

⁹ Nei fatti, il tema riguarda, per sé, non solo l'operatività delle banche, ma più in generale quella di tutte le imprese del credito, autorizzate o meno che siano. Di conseguenza, ne restano estranei solo i c.d. atti isolati e occasionali: tra soggetti che non esercitano attività di impresa o che, comunque, non esercitano l'attività d'impresa del credito (atti che, in quanto tali, restano fuori dal contesto proprio del mercato).

¹⁰ Come si può constatare scorrendo le decisioni pubblicate sui siti di *dirittodelrisparmio.it*, *dirittobancario.it*, *expartecreditoris.it*, *fideiussioninulle.it*.

stesse Sezioni Unite); in effetti, il principio di libertà della iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. si sostanzia, in ultima analisi, nel necessario rispetto dell'iniziativa altrui, inteso come rispetto reciproco e complessivo: moltiplicato, cioè, per tutti gli operatori presenti sul mercato.

D'altra parte, se l'interesse protetto è quello dell'effettiva correttezza dello svolgimento del mercato, a rimanere colpiti e vietati debbono per forza essere – per la regola della necessaria coerenza della struttura con la funzione – gli atti che tale correttezza vengono a pregiudicare e compromettere sul piano reale.

Sotto il profilo strutturale, è dunque decisivo il riscontro che è stato ben evidenziato dall'orientamento appena formato dalla Cassazione per il tema dell'euribor: il mero fatto della sussistenza di un'intesa a monte (tra gli aderenti al cartello) non realizza, di per sé, alcuna violazione della concorrenza, solo la promette ovvero la programma (: ne fissa i termini contenutistici); a questo livello, quindi, la violazione è solo potenziale. L'effetto reale della restrizione e falsificazione della concorrenza è realizzato solo dai contratti a valle: sino a quando non vengono posti in essere dei contratti che portino effettivamente dentro il mercato di riferimento i contenuti vietati, nulla pare succedere.

In definitiva, i contratti «a valle» si pongono come i veicoli di trasmissione dei contenuti vietati dalla fase di programmazione, che è propria dell'intesa «a monte», alla fase della loro realizzazione nell'ambito del mercato di riferimento. E, in quanto tali, essi – lungi dal manifestarsi neutri sotto il profilo valoriale – vengono propriamente a partecipare del medesimo disvalore che l'ordinamento riserva all'intesa «a monte».

Al fine di escludere la nullità dei contratti «a valle» delle intese anticoncorrenziali relative all'euribor – con riferimento all'intero spazio coperto da questi (compresi, dunque, quelli conclusi dagli intermediari aderenti) – sono stati svolti anche argomenti specifici per questa peculiare fattispecie.

In particolare, si è rilevato che il «giudizio di attendibilità di euribor come parametro di mercato deve farsi *a priori* e in ragione delle cautele adottate, per evitare segnalazioni erratiche, eventualmente interessate, e non *a posteriori*, in ragione dell'effettiva [...] manipolazione del tasso. Altri ha sostenuto che «è inesatto affermare che l'euribor sia frutto di un accordo di cartello per fissare direttamente o indirettamente

i prezzi»: il tasso fissato nel contratto «a valle» non risulta determinato dal solo euribor, ma dall'indice più lo spread. Pure si è osservato che nel concreto l'intesa vietata non concerne direttamente l'euribor, toccandolo (nel caso) solo di riflesso¹¹. Non sembra, tuttavia, che questi rilievi vengano a cogliere nel segno.

In effetti, nella prospettiva della tutela della concorrenza a contare è l'incidenza dell'intesa vietata sui termini di svolgimento del relativo mercato di riferimento (incidenza che, nel caso in questione, è stata senz'altro pesante). La presenza di una serie di «cautele preventive» potrà certamente ridurre il rischio delle manipolazioni, ma di sicuro non lo esclude. La tesi, che qui si discute, finisce insomma per predicare un esonero del tema dell'euribor dalla disciplina antitrust, che non risulta abbia addentellati nel diritto positivo.

Non può negarsi, per altro verso, che la misura dell'euribor fissata tempo per tempo sia parte costitutiva – e rilevante del tasso d'interessi pattuito nel contratto «a valle» (la relativa clausola risultando, appunto, così eterointegrata) e applicato nel rapporto relativo. Né che si tratti di una componente determinante pure sotto il profilo quantitativo: nella pratica, il parametro euribor funge da componente base (della misura) del tasso.

Non sembra, poi, che l'effetto distorsivo della concorrenza vada identificato alla stregua dei criteri delineati dall'art. 1223 c.c. per il nesso di causalità. Né può essere in discussione che la detta intesa abbia prodotto un'alterazione falsificante del parametro euribor rispetto alla diffusa applicazione del medesimo, come corrente nel contesto del segmento di mercato rappresentato dai finanziamenti bancari.

¹¹ Per il primo argomento v. Trib. Torino, 29 gennaio 2024, cit.; per il secondo, Trib. Roma, 13 ottobre 2020, n. 13966, in *centroanomaliebancarie.it*; ivi pure il terzo ordine di rilievi.

In proposito si è anche rilevato che, secondo quanto manifestato nelle decisioni della Commissione Europea, «oggetto dell'infrazione» è stata «la restrizione e/o la distorsione della concorrenza nel settore dei derivati sui tassi di interesse». Ciò non toglie, tuttavia, che il campo di applicazione dell'euribor, quale parametro formativo del tasso d'interesse nei contratti con la clientela, si spalmi (in modo assai diffuso) sull'arco intero dei contratti di credito posti in essere dagli intermediari.

3. La questione del contratto stipulato da intermediari non partecipanti all'intesa

Come si è accennato già sopra, la tematica relativa all'euribor manipolato tende a focalizzarsi sul punto delle (eventuali) ricadute negoziali sul profilo dei contratti di credito stipulati «a valle» dagli intermediari non partecipanti coi loro clienti. È qui, nella sostanza, che sta il cuore – anche quello «pratico» – del problema, come pure sta il suo fattore di «diversità» (a livello di descrizione della fattispecie) rispetto al tema per così dire «generale» della sorte dei contratti «a valle» di intese vietate.

Per alcuni giudici del merito la questione non ha, in realtà, alcuno spazio per porsi: «l'accertamento dell'adesione dell'impresa bancaria all'intesa per la manipolazione» è fatto in sé stesso «decisivo»; «la decisione della Commissione UE non ha coinvolto la Banca» concretamente convenuta in giudizio; «la banca convenuta non appartiene al gruppo di banche che sono state sanzionate per aver concorso a manipolare tale indice interbancario»¹²; e così via, con formule analoghe.

Di conto, le recenti pronunce della Cassazione – pure si è già detto sopra (n. 1) – non hanno mostrato esitazioni di sorta: la nullità vale per tutti i contratti «a valle», che facciano riferimento al dato segmento di mercato. Tra i giudici del merito, che condividono questa prospettiva, si è in particolare sottolineato, tra l'altro, che «la manipolazione del tasso influenza in ogni caso il tasso convenzionale applicato nel corso del rapporto [...] a prescindere dal fatto che la specifica controparte contrattuale abbia o meno preso parte all'accordo distorsivo»¹³.

A mio avviso, è su quest'ultima tesi, adottata (anche) dalla Cassazione, che si deve convergere. La nullità dei contratti a valle si verifica in ragione del fatto oggettivo che – nel testo dei contratti predisposti dalla banca – è stata prevista la clausola «parametro euribor» e che, nel relativo periodo di riferimento, questa clausola, come «eterointegrata in modo illecito», ha poi trovato effettiva e reale

¹² La prima espressione è del Trib. Torino, 29 gennaio 2024, cit.; la seconda del Trib. Milano, 29 settembre 2023, n. 7411; la terza del Trib. Padova, 3 dicembre 2019, n. 2089, in *dirittodelrisparmio.it*.

¹³ Così la sentenza parziale del Trib. Ancona, 18 agosto 2020, n. 1056 in *dirittobancario.it*.

applicazione (anche) nell'operatività della detta banca.

È questa, in effetti, la circostanza che viene a realizzare l'effetto distorsivo della concorrenza e del mercato. Che la condotta di cui al cartello vietato sia stata realizzata da un dato, esclusivo gruppo di banche è circostanza che non ha nulla a che vedere col fatto che le altre – che non sono state coinvolte in questi comportamenti – abbiano poi utilizzato il tasso manipolato nello specifico del loro approccio al mercato. A contare, in questa prospettiva (che è quella della salvaguardia della concorrenzialità del mercato), sono il fatto oggettivo della decisione di manipolare e falsificare l'euribor – come assunta nell'ambito dell'«intesa» – e il fatto, del primo non meno oggettivo, della traduzione di tale decisione in operatività del mercato, come realizzatasi per il mezzo della stipulazione dei contratti «a valle» coi clienti. La partecipazione di un medesimo intermediario al compimento sia del primo fatto, che del secondo, non risponde per nulla a una necessità (di tipo logico o di altro), né appare prevista dalla legge.

Il problema dell'invalidità dei contratti «a valle» – quale necessario «braccio esecutivo» dell'effetto distorsivo della concorrenza – non attiene a una dinamica valoriale di comportamenti soggettivi (come dati dalla partecipazione all'intesa vietata e/o dal compimento degli atti manipolativi), quanto piuttosto all'impatto distorsivo, e oggettivo, che la praticata applicazione di questi contratti viene, nel suo complesso, a determinare sul mercato. Alla prospettiva antitrust resta del tutto estraneo, cioè, il punto di un'eventuale «mala fede» dell'impresa che, nel periodo in questione, ha utilizzato l'euribor «eterointegrato in modo illecito».

Da più lati si è lamentato che l'applicazione della nullità anche con riferimento ai contratti a valle stipulati dagli intermediari non partecipanti è soluzione esagerata, irrazionale prima ancora che irragionevole: «ci troviamo di fronte» – così si è scritto – a un castigo senza delitto»; «a venire puntiti sarebbero, più o meno direttamente, non solo i prestatori, ma anche i prenditori, colpendo così l'intero mercato»¹⁴.

Questo punto merita, a mio avviso, una riflessione apposita, che vada anche oltre la constatazione che la prospettiva della normativa antitrust procede per meccaniche oggettive, in via indipendente dagli stati

¹⁴ Le frasi riportate nel testo sono tratte da E. GIRINO, *op. cit.*

soggettivi (di conoscenza o di volizione) degli operatori.

Per avviare l'esposizione del relativo pensiero, sembra utile riferire che talune decisioni dei giudici del merito hanno rilevato – in passaggi incidentali nel contesto delle motivazioni da loro svolte – che le banche partecipanti all'intesa vietata sono da ritenere «responsabili» dell'accaduto e (potenzialmente) tenute a risarcire il danno provocato¹⁵. Quest'assunto, a mio avviso, è di ritenere – in linea astratta (a monte, cioè, del tema della nullità dei contratti «a vale») – senz'altro corretto.

Non può non lasciare perplessi, però, che il rilievo delle decisioni in discorso si esaurisca – nella dimensione di *obiter*, che pure lo connota – nello scrutinare la posizione degli intermediari partecipanti negli esclusivi confronti dei clienti degli altri intermediari. Non par dubbio, infatti, che le banche partecipanti dell'intesa vietata siano da ritenere pure responsabili – ancora ragionando sul filo dell'astrazione (in specie, a non chiudere aprioristicamente la via della nullità negoziale) – nei confronti degli intermediari che (incolpevoli) a quell'intesa non hanno partecipato¹⁶.

La logica adottata dalle richiamate decisioni si manifesta, dunque, insufficiente e inadeguata. Corretta è la prospettiva che mette a confronto sia la posizione dei clienti (estranei, per definizione, all'intesa), che la posizione degli intermediari non partecipanti (e incolpevoli) rispetto alle banche che all'intesa vietata hanno, per contro, dato vita. In definitiva, si tratta di prospettiva triangolare.

Ne segue, allora, che sui tavoli – della ragionevolezza, dell'efficienza e pure dei valori – sono da mettere a confronto i seguenti due itinerari di struttura rimediale dell'offesa subita dalla concorrenza:

¹⁵ Cfr. così, tra gli altri, Trib. Torino, 29 gennaio 2024, cit.; Trib. Sassari, 21 aprile 2022, n. 415, in *dirittodelrisparmio.it*; Trib. Perugia, 2 ottobre 2020, in *dirittobancario.it*.

Anche tra gli operatori l'affermazione della responsabilità risarcitoria degli intermediari partecipanti nei confronti dei clienti può dirsi corrente: v. V. PISAPIA, *Note in tema di contratti di mutuo e parametro euribor*, in *dirittobancario.it*, 13 novembre 2020.

¹⁶ In termini, se non altro, di responsabilità extracontrattuale. Ma non sembrerebbe da escludere *a priori* l'eventualità di predicare, al riguardo, la sussistenza di un contatto sociale sufficiente (perché dato dalla comune partecipazione al lato dell'offerta del dato mercato di riferimento) a chiamare l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale (cosa senz'altro da escludere, invece, per il caso dell'azione risarcitoria dei clienti verso gli intermediari partecipanti).

l'una, che fa circuito sulla clientela, che paga, da un lato, e dall'altro si rivolge all'intermediario colpevole; la seconda, che fa invece perno sugli intermediari non partecipanti (e non colpevoli) e che appunto si organizza sulla linea della nullità dei negozi «a valle» e del conseguente ribaltamento in via risarcitoria dei correlati effetti negativi sulle banche che hanno, nella realtà dei fatti, dato corso all'intesa vietata.

Posto che questi sono i termini dell'alternativa, a me sembra difficile, per vero, ritenere che l'adozione della seconda opzione sia da valutare come irrazionale o scriteriata. Mi pare, piuttosto, che questa opzione (del perno sull'intermediario, appunto) sia quella, a ben vedere, più equilibrata. Più ragioni, d'altronde, indirizzano – anche al di là di quanto già esplicitato sopra (nel precedente n. 3) – verso questa soluzione.

Attenendo alla concorrenza del mercato, in effetti, la questione non può essere considerata e trattata come fosse un'ordinaria vicenda di diritto comune, inteso quest'ultimo come insieme espressivo delle regole concepite e tradizionalmente dettate per i c.d. atti isolati (estranei, cioè, all'esercizio di un'attività d'impresa e alle sue dinamiche connotative; e qui, perciò, estranei all'esercizio dell'impresa del credito). Nella traiettoria assorbente della concorrenza del mercato, non può essere in alcun modo dimenticato o sottovalutato, cioè, che anche le imprese non partecipanti fanno parte della stringa formativa dell'offerta del servizio del credito al mercato. Assunta questa prospettiva, appare sicuramente corretto che la struttura rimediale venga ad articolarsi in modo da consegnare agli utenti dell'offerta (alla domanda del servizio del credito) lo strumento più snello e immediato (qual è quello della nullità), lasciando poi al lato dell'offerta il «compito» di ripartirsi – nell'interno del suo «corpo» – le relative responsabilità (a mezzo risarcimenti).

Pure è da considerare, poi, che, comunque, l'introduzione del parametro euribor nel contesto dei contratti «a valle» è frutto di una decisione di impresa e di un'attività di predisposizione, che è caratteristica ed esclusiva dell'impresa intermediaria (quale condizione, per il cliente, di fruibilità del servizio del credito). Non certo può essere trascurato, altresì, che un'impostazione di tratto risarcitorio tra intermediari non colpevoli e intermediari colpevoli si giova, tra l'altro, di un profilo liquidatorio del danno assai semplificato (e assai complicato, per contro, nell'ipotesi che vede il cliente lato attivo

dell'obbligazione risarcitoria)¹⁷.

4. *La questione della nullità parziale, della nullità sopravvenuta (o anche della validità sopravvenuta) e della nullità «periodale»*

Secondo la pronuncia di Cass., n. 34889/2023 la presenza nel contratto «a valle» dell'illecita integrazione dell'euribor profila un caso di nullità parziale: il contratto resta in piedi, alla clausola illecita venendosi a sostituire il regime della legge comune (come fissato dalla norma dell'art. 1284 c.c.). La nullità, inoltre, comunque si «estende» (se così si può dire) unicamente per il periodo in cui l'euribor risulta essere stato manipolato; non vale, dunque, per tutta la durata del rapporto: prima del 29 settembre 2005 e dopo il 30 maggio 2008 (*alpha* e *omega* del tempo dell'accertata manipolazione) la clausola dell'euribor mantiene intatta la sua efficacia (salvo, naturalmente, l'operare del ricalcolo).

Su questi punti la pronuncia appare non particolarmente innovativa, oltre a manifestarsi non particolarmente motivata. Compatto in questa direzione appare, in effetti, tutto l'orientamento che – per la fattispecie

¹⁷ In realtà, il punto che – sul piano dell'opportunità legislativa – appare fondamentale si fissa nel quesito se far assistere, oppure no, la normativa di protezione della concorrenza anche da una struttura rimediabile incidente sui singoli rapporti negoziali. La constatazione che la vicenda violativa della concorrenza si compie realmente nell'effettivo incrocio della domanda con l'offerta del servizio dato viene, per così dire naturalmente, a incoraggiare la risposta positiva.

Una volta risposto positivamente al quesito (come non è dubbio sia, del resto, la risposta data dal diritto vigente), poi, i passaggi successivi non possono che risultare orientati dal riscontro dell'efficienza operativa della struttura rimediabile che venga specificamente presa in considerazione. E chiara appare allora la deficienza di una struttura rimediabile solo risarcitoria nel contesto dei rapporti negoziali che vengono appunto a correre tra l'offerta e la domanda del servizio: posto che qui non si tratta (né solo, né tanto) di mera riparazione del danno che, per avventura, venga a subire un singolo cliente, ma (in termini di funzione primaria) di tutelare la regolarità del mercato. Che l'offesa alla concorrenza comporti un danno, nel senso specifico e tecnico della norma dell'art. 1223 c.c., è sicuramente possibile, quanto per nulla necessario. Discorso diverso potrebbe peraltro essere – come, tuttavia, da verificare situazione tipo per situazione tipo – se, in luogo dell'ordinaria struttura risarcitoria (sul modello dell'art. 1223 c.c., cioè), si ponesse mente alla struttura rimediabile formata dalla idea base della penale *ex lege*.

dell'euribor viziato – predica la nullità del contratto «a valle»¹⁸. Si tratta, in realtà, di due aspetti che, allo stato attuale del dibattito, potrebbero anche sembrare che vengano dati un po' per scontati¹⁹. Il che, tuttavia, non significa che manchino degli interrogativi in proposito.

Nella specie, la clausola affetta da nullità, focalizzandosi sugli interessi c.d. compensativi, partecipa dell'oggetto del negozio, sì che l'eventualità della propagazione della nullità (dalla parte all'intero) *ex art. 1419, comma 1, c.c.* non sembrerebbe, di per sé, particolarmente lontana. Se si guarda la fattispecie *ex ante*, come pure si deve, non appare per nulla sicuro, in particolare, che gli intermediari avrebbero stipulato i loro negozi di credito, scontando un tasso di molto più basso di quello nel concreto pattuito coi loro clienti.

Per altro verso, la dinamica fattuale della manipolazione dell'euribor (come accertata per il periodo corrente da fine settembre 2005 a fine maggio 2008) implica pure la possibilità di dovere predicare – in relazione alle fattispecie concrete volta a volta in esame – la presenza di casi di nullità sopravvenuta (contratto stipulato prima dell'inizio della manipolazione), che è figura non ancora del tutto sdoganata a livello del diritto vivente²⁰, e anche la presenza di casi di validità sopravvenuta (contratto stipulato dopo l'inizio della manipolazione e

¹⁸ Fa eccezione, però, la sentenza non definitiva della Corte di Appello di Catanzaro, 18 gennaio 2024, la quale, «dichiarata la nullità della clausola del mutuo [...] relativa alla determinazione del tasso di interessi in misura variabile», «dichiara la nullità del contratto».

¹⁹ V. tuttavia, la sentenza della Corte di Appello di Cagliari, sez. dist. Sassari, 8 settembre 2022, n. 260, in *dirittobancario.it*. Ivi, in particolare, l'accostamento della fattispecie dell'euribor manipolato a quella della nullità sopravvenuta in punto di conformazione della struttura rimediale della nullità, nonché il rilievo per cui a negare la propagazione della nullità dalla parte all'intero sta il «*principio utile per inutile non vitiatur*», di cui appena *infra* nel testo.

²⁰ Per lo stato dell'arte si può qui rinviare ad A. ALAMANNI, *Nullità sopravvenuta (una breve riflessione propositiva)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 2022, 552 ss.

A mio avviso, il tema della nullità sopravvenuta, e più in generale della nullità periodale, trova la sua giustificazione in una corretta lettura tra la fattispecie dell'autonomia e gli effetti propri della stessa, nel senso che conformazione e validità della fattispecie vanno a misurarsi nella proiezione degli effetti che – via via nel procedere del tempo – essa è per sé destinata a produrre (: sovrapponibilità temporale tra fattispecie ed effetti).

ancora operativo al termine della stessa), che è figura non propriamente nota (per quanto mi consta). Implica, altresì, la possibilità di situazioni di validità e nullità intermittenti (contratto concluso prima della manipolazione e operativo ancora dopo la fine di questa).

Si tratta, come si vede, di aspetti che vengono a diversificare alquanto le fattispecie concrete riconducibili al tema dei contratti a valle delle intese per euribor manipolato, dovendosi pure tener conto delle varie combinazioni possibili tra i detti due fattori di base (per dire: un conto è il rapporto lambito per pochi giorni dalla manipolazione, un altro quello del rapporto che ne risulta colpito in modo frontale). Ora, di fronte a una simile situazione, l'alternativa, per la verità, sembra netta: o si procede fattispecie singola per fattispecie singola o si adotta una soluzione standard, comune a tutte le varianti. Che è, nella sostanza ultima delle cose, quanto ricavabile (così a me pare, almeno) dall'orientamento attuale della Corte di Cassazione: nullità solo parziale e solo periodale, appunto.

Una simile soluzione, oltre a presentare il vantaggio di essere uniforme, può trovare conforto nel suo risultare propriamente calibrata rispetto al fatto (e al tempo) dell'offesa che la manipolazione ha portato alla concorrenzialità del mercato: non pare dubbio, in effetti, che questa si focalizza solo sulla clausola di interessi e per il tempo esatto in cui la stessa si è nel concreto verificata²¹. Altrimenti detto: a reggere una simile soluzione si pone «il principio *utile per inutile non vitiatur*».

Nei fatti, peraltro, la soluzione in questione sembrerebbe proprio scavalcare, quantomeno per il caso in questione, la disciplina (di possibile propagazione) che è dettata nell'art. 1419, comma 1, c.c.²². Anche se, a ben vedere, un simile allontanamento o deviazione dalla regola di diritto comune potrebbe ricevere supporto dal testo dell'art. 3, comma 2, della legge antitrust (a leggere la parola «intesa» come

²¹ «Se la presenza di un rimedio di tratto reale trova la sua ragion d'essere in una pretesa di effettiva concorrenzialità del mercato [...], pure lo svolgimento del giudizio di eventuale propagazione – di effettiva misura, perciò del detto rimedio reale – dovrebbe seguire una logica conforme (cfr. il mio *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in *questa Rivista*, 2, 2022, 15).

²² Laddove, per il contiguo tema della usura sopravvenuta, l'applicazione comunque della nullità parziale segue a un'espressa previsione di legge, come data dall'art. 1815 comma 2 c.c.

espressiva non già del negozio vietato, quanto invece del contenuto vietato dell'accordo) o, volendo, pure dalla tesi che riconduce quella antitrust al novero delle nullità di protezione²³.

Resta da aggiungere che comunque, se si tiene ferma l'idea della nullità solo periodale, la strada della nullità non parziale, ma totale sembrerebbe, in certe situazioni, non più praticabile (così nel caso di nullità «intermittente»).

5. La questione della sorte del contratto a tasso fisso basato sul parametro euribor

Nell'ambito del diritto vivente, la tematica dell'euribor manipolato è nata e si è propriamente sviluppata con riferimento al tipo di fattispecie costituito dai finanziamenti a tasso variabile. Non è detto, tuttavia, che la stessa non possa venire a coinvolgere, nella dinamica della sua concreta evoluzione, anche i finanziamenti a tasso fisso.

In sé, per la verità, il punto appare molto delicato. Se si guardano le motivazioni svolte dalla Cassazione, e pure quelle rese dai giudici del merito, non si può non constatare che i ragionamenti condotti in proposito si concentrano sul fatto dell'utilizzo dell'euribor come (distorto) parametro del tasso contrattuale. Nel contesto, la circostanza che tale parametro venga nel corso del tempo a mutare di misura – e che, per conseguenza, venga a variare anche il tasso praticato in ragione della convenzione stipulata – pare attenere a una sorta di accidente storico, non pertenerne (in via diretta e immediata) alla sostanza del fenomeno: sì da manifestarsi, in definitiva, quale profilo ulteriore e secondario di quest'ultimo.

Soprattutto, l'effetto distorsivo della concorrenza rimonta, in radice, alla decisione dell'impresa di concedere credito facendo riferimento, per la misura del corrispettivo preteso, al parametro dato dall'euribor. In quanto tale, l'effetto appare indipendente da una previsione contrattuale che espliciti una dipendenza – diretta e immediata – della misura del compenso dal dato rappresentato dall'euribor.

Certo, se la remunerazione è a tasso fisso, la stessa non segue le successive evoluzioni, ed eventuali manipolazioni, del relativo

²³ Per i riferimenti su questa tesi v. M. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 576, nota 13.

parametro: un simile rilievo vale, peraltro, solo a ridurre la dimensione temporale del fenomeno, non già a escluderlo. D'altra parte, il punto (dell'effettività del blocco del tasso alla sua previsione iniziale) va, in realtà, ben controllato a livello di fattispecie concreta: per verificare, in particolare, se l'intermediario non abbia comunque provveduto ad adeguare il rapporto alle variazioni in crescita del tasso (e quindi *in peius* per il cliente) che via via abbiano toccato l'euribor²⁴: a mezzo, in specie, di un correlato ricorso allo strumento del *ius variandi*, come predisposto nella norma dell'art. 118 TUB, da ritenere allora semplice meccanismo alternativo a quello dato dall'applicazione contrattuale del tasso variabile.

Comunque sia, la rilevanza di tale circostanza – per cui la misura del tasso contrattuale è stata nel concreto costruita sulla base dell'euribor corrente all'epoca – passa attraverso una prova che è a carico dell'attore e che sembrerebbe di notevole difficoltà, per il suo essere tipicamente affidata a meccanismi di tipo presuntivo.

Diversamente potrebbe essere, peraltro, nell'ipotesi in cui la presenza dell'euribor tra le componenti costitutive del tasso adottato – pur destinato, per sé, a rimanere fisso – sia stata comunque esplicitata nell'ambito del testo contrattuale. E così pure quella in cui, nel corso dello svolgimento del rapporto, le variazioni praticate dall'intermediario *ex art. 118 TUB* non risultino sostanzialmente coeve a quelle che via via vengono a toccare l'euribor.

6. La questione della prescrizione

Sui social di prima informazione della questione dell'euribor manipolato è molto frequente il richiamo al tema della prescrizione. Tema che, per la verità, viene spesso trattato in modo non poco confuso e dunque idoneo a ingenerare confusione negli operatori. Nel chiudere il presente lavoro, conviene quindi fermarsi un attimo pure su questo specifico aspetto.

Ora, com'è naturale, l'azione di accertamento della nullità non è soggetta a prescrizione. Ugualmente non soggetta a prescrizione è

²⁴ Una volta che questa verifica abbia esito positivo, il significato della stessa non viene inficiato dalla (eventuale) constatazione che, nei fatti, le variazioni in basso del parametro euribor non abbiano avuto incidenza sulla dinamica di svolgimento del rapporto.

l'eccezione di non debenza (o di minor debenza) che il cliente sollevi di fronte alla richiesta di pagamento che venga avanzata dall'impresa creditrice. Soggetta a prescrizione è, dunque, solo l'azione restitutoria che il cliente formuli nei confronti dell'intermediario.

Se trattasi di finanziamento regolato in conto corrente, il termine di prescrizione viene a correre – è da opinare – dal giorno di chiusura del conto per i conti deposito e per i conti affidati²⁵; dal giorno del pagamento indebito, per i conti invece scoperti. Non si vede ragione, infatti, per disciplinare la fattispecie in questione secondo modalità diverse da quelle correntemente ritenute dalla Cassazione in punto di versamenti in conto corrente del correntista²⁶. Nel caso di mutui a restituzione rateale, i cui pagamenti non affluiscono in conto, la prescrizione dell'azione di restituzione dovrebbe decorrere dal *dies* di pagamento delle singole rate, non apparendo estensibile a questa fattispecie (restitutoria, appunto) la tesi elaborata dalla Cassazione in relazione al (diverso) punto del carattere unitario dell'obbligazione di restituzione nel mutuo, pur a fronte della previsione convenzionale di adempimento a mezzo di più soluzioni parziali del debito²⁷.

Corretto è poi ritenere che la durata del termine prescrizione sia decennale: l'azione di cui si discute, in effetti, si intitola nella ripetizione di indebito. Come tale, la stessa non appare equiparabile all'azione intesa alla riscossione della prestazione d'interessi a cui fa

²⁵ Secondo l'attuale orientamento della Cassazione, l'onere della prova dell'effettiva sussistenza di un affidamento sta a carico del correntista. Peraltro, l'«esistenza di un contratto di apertura di credito, che consenta di attribuire semplice natura ripristinatoria della provvista alle rimesse oggetto di ripetizione [...] costituisce una eccezione in senso lato, come tale rilevabile d'ufficio dal giudice anche in grado di appello, purché l'affidamento risulti dai documenti legittimamente acquisiti al processo o dalle deduzioni contenute negli atti difensivi delle parti» (cfr. Cass., 17 luglio 2023, n. 20455).

²⁶ A far tempo dalla decisione – cardinale per il diritto vivente – di Cass. Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 24418.

²⁷ Per questo orientamento cfr., da ultimo, Cass. 10 febbraio 2023, n. 4232, la quale pure rileva che, nel caso di previsione di restituzione rateale del debito del mutuatario, pure l'obbligazione di pagamento degli interessi ha prescrizione decennale, e non già quinquennale, «giacché identica è la *causa debendi* sia della prestazione principale che di quella degli interessi».

Nel caso della ripetizione, invece, il titolo dell'azione sta nel carattere indebito dell'attribuzione patrimoniale che è stata effettuata.

riferimento (per prescrivere un termine di prescrizione di durata solo quinquennale) la disposizione dell'art. 2948 c.c.²⁸.

²⁸ La tesi della prescrizione quinquennale per la ripetizione di indebiti pagamenti d'interessi è stata svolta, in particolare, con riferimento al fenomeno dell'anatocismo vietato. Ma la stessa urta frontalmente contro la constatazione che nell'indebito «il credito sorge a causa e nel momento in cui è effettuata l'indebita erogazione, diversamente che per i crediti retributivi, in cui la necessità di pagamenti a cadenze temporali prefissate è stabilita *ex ante* e trova la sua causa nelle stesse attribuzioni patrimoniali» (così correttamente Cass., 5 novembre 2019, n. 28436).