

**FIDEIUSSIONI BANCARIE SOTTO
ACCUSA.
UNA LETTURA CRITICA
DELL'ORDINANZA N. 29810/2017
DELLA SUPREMA CORTE
DICEMBRE 2018**



LaScala



SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Firenze | Venezia | Vicenza | Padova | Ancona



- l'art.8, infine, a mente del quale “*qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*”.

La decisione di Banca d'Italia di cui sopra era stata nel senso di ingiungere all'ABI di trasmettere alle imprese aderenti un modello epurato dagli articoli ritenuti incompatibili con la normativa antitrust.

Nel frattempo, alcune banche avevano continuato a fare uso di testi contenenti le tre clausole oggetto di istruttoria così che, a distanza di anni, si è posto il problema della sorte di tali lettere fideiussorie.

Come si accennava sopra, sul piano giudiziale, la questione origina dalla decisione della Corte d'Appello di Venezia n. 1287 del 1/06/2013, successivamente cassata dalla Suprema Corte con la citata ordinanza del 12 dicembre 2017. La Corte d'Appello, chiamata a pronunciarsi sulla nullità di un contratto di fideiussione stipulato con una banca nonché sulla condanna della stessa al risarcimento dei danni, aveva respinto la pretesa attorea fondata sul convincimento che il contratto oggetto di controversia riflettesse lo schema predisposto dall'ABI sanzionato dall'Autorità Antitrust. In particolare, il provvedimento emanato da Banca d'Italia, stante il suo carattere regolamentare, non avrebbe potuto essere applicato ai contratti conclusi in epoca anteriore³ rispetto all'emanazione dello stesso.

Tale orientamento è stato tuttavia sovvertito dalla Suprema Corte che, attraverso un'interpretazione estensiva della nozione di “intese”, ha sconfessato la pronuncia della corte territoriale ritenendo che la normativa antitrust debba essere applicata anche ai contratti stipulati anteriormente alla decisione di Banca d'Italia a condizione che le intese siano state poste in essere in epoca anteriore al negozio stesso.

Ancorché la decisione della Suprema Corte sia così circoscritta, a seguito di questa si è ritenuto, erroneamente, che l'oggetto della pronuncia stessa fosse un esame nel merito delle fideiussioni bancarie con conseguente accertamento della loro nullità, totale o parziale.



2. L'analisi dell'Ordinanza e delle implicazioni giuridiche connesse

2.1 Premessa

L'ordinanza in esame si è rivelata dirompente nel panorama giurisprudenziale delle contestazioni banca/cliente e, per la lettura che ne è stata data, potrebbe generare effetti particolarmente rilevanti sull'intero sistema bancario ed imprenditoriale.

Appare utile, in questa prospettiva, soffermarsi sul principio fatto proprio dalla pronuncia per poi richiamare alcuni elementi basilari del rapporto tra la normativa antitrust e il diritto privato.

Si darà poi conto degli orientamenti che sia in dottrina che in giurisprudenza si sono formati e si riferirà della permanenza, tuttora, di una certa fluttuazione dei tribunali di merito.

2.2 Il dictum espresso dall'ordinanza

Giova in primo luogo far luce su quali siano il contenuto e la portata dell'ordinanza citata al fine, da un lato, di sgombrare il campo da possibili fraintendimenti e, dall'altro, di evidenziare alcuni limiti della pronuncia in commento.

Con l'ordinanza del 12 dicembre 2017 la Suprema Corte, infatti, si è espressa essenzialmente sulla valenza retroattiva del Provvedimento della Banca d'Italia rispetto alla lettera fideiussoria, più risalente di qualche mese⁴.

Viene quindi contraddetto il ragionamento condotto dalla Corte d'Appello di Venezia diretto a rigettare la domanda di nullità della fideiussione. La Corte d'Appello aveva, infatti, ritenuto che il contratto stipulato tra il fideiussore e la Banca in data 18 febbraio 2005, non avrebbe potuto essere dichiarato nullo in forza di un dictum dell'Autorità Antitrust⁵ sopravvenuto al patto.

Come detto, tale impostazione della Corte d'Appello veniva ritenuta errata dalla Suprema Corte, rischiando di istituire *“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”*.



In conclusione, pertanto, l'ordinanza varava il principio, in base al quale non può escludersi la nullità di una condotta anticoncorrenziale per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità Antitrust ed alle sue risultanze; in particolare, ove l'intesa "a monte" risulti essere stata consumata anteriormente ai comportamenti "a valle", l'illecito anticoncorrenziale anteriormente consumatosi non può che travolgere i negozi (o comunque le condotte esecutive dell'intesa) conclusi "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della Legge 287/90).

Alla luce di quanto precede, quindi, non è irrilevante sottolineare come la S.C., diversamente da quanto è parso ad alcuni, non si soffermi esplicitamente sulle conseguenze delle intese asseritamente illecite né, come si vedrà, sulle soluzioni sanzionatorie, di stampo civilistico, da comminare ai contratti "a valle" eventualmente travolti, ma, soltanto sul seguente principio di diritto: *"in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (...) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza"*.

Ancora, *"il fondamento sostanziale della contrarietà di alcune clausole tipiche alle norme imperative non è propriamente oggetto di discussione tra le parti, che non contestano il contenuto della pronuncia dell'Autorità indipendente"* (par. 8.1). In altre parole, la Corte limita chiaramente il proprio esame solo a *"ciò che forma oggetto di discussione"* e cioè *"il fatto che, il contratto stipulato tra il fideiussore (...) e la Banca (...) il 18 febbraio 2005, non potrebbe essere dichiarato nullo in forza di un dictum (dell'Autorità di garanzia) sopravvenuto al patto (il provvedimento della Banca d'Italia n. B423 del 2 maggio 2005)"*. Conclude la Corte: *"la sentenza, pertanto, va cassata in parte qua e la causa rinviata - anche per le spese di questa fase - alla*



Corte territoriale a quo, per un nuovo esame della materia litigiosa, condotto alla luce del principio di diritto appena enunciato, in esso rimanendo assorbite le ulteriori denunce risarcitorie (pure non esaminate nella fase di merito) di cui ai restanti mezzi di cassazione, non essendo dubbio che la diversa decisione della domanda di nullità, indipendentemente dalla correttezza della denuncia sull'autonomia delle istanze risarcitorie, comporterà ricadute anche su queste altre richieste".

2.3 Nullità dell'intesa antitrust e sanzioni civilistiche: le principali teorie elaborate

Chiariti i contorni della pronuncia della S.C. non è superfluo fare ora un passo indietro e riprendere alcuni profili di collegamento tra la normativa antitrust e quella civilistica, con particolare riguardo alle ipotesi di trasgressione dell'ordinamento antitrust.

Il Legislatore, con la Legge n. 287/90 recante "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*", ha individuato e disciplinato due principali forme di violazione della concorrenza che, a loro volta, si traducono in altrettante alterazioni del mercato: si tratta delle "*intese restrittive della concorrenza*" (art. 2) e dell'"*abuso di posizione dominante*" (art. 3).

Tali disposizioni conosciute come norme "antitrust" perseguono lo scopo di impedire che le imprese, singolarmente o congiuntamente, pregiudichino la regolare competizione economica mediante intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante e concentrazioni idonee a restringere o falsare in maniera consistente il mercato nazionale.

La ratio ad esse sottesa è quindi quella di realizzare un mercato libero e garantire una concorrenza forte al punto da condurre ad una distribuzione più efficiente di merci e servizi a prezzi più bassi e ad una migliore qualità.

Per quanto qui d'interesse, è utile ricordare che l'art. 2, c. 3, della L. 287/90 sancisce espressamente la nullità delle intese antitrust, così come specificamente definite nei commi precedenti, manifestando il biasimo riservato dall'Ordinamento alle forme di concertazione restrittive della libertà di concorrenza.



Ciò premesso, non possiamo non notare che, a dispetto della chiarezza del precetto, la normativa di settore nulla dice in merito alle conseguenze civilistiche che la violazione del diritto antitrust determina a carico degli atti negoziali conclusi a valle da soggetti terzi con le imprese colluse.

Il silenzio del diritto positivo ha stimolato dottrina e giurisprudenza a domandarsi se detta lacuna normativa sia una scelta consapevole del Legislatore, eventualmente contrario ad inficiare anche gli atti successivi e finali, ovvero costituisca una questione di facile risoluzione solo utilizzando gli strumenti che le disposizioni sulle obbligazioni negoziali mettono a disposizione degli operatori del diritto.

Se si tiene in considerazione che gli atti negoziali che coinvolgono gli utenti o consumatori finali null'altro sono se non i mezzi attraverso i quali le intese che si assumono illegittime si esplicano, è di tutta evidenza che non sia eludibile la necessità di verificare quali effetti, da un punto di vista strettamente civilistico, patisce il negozio sottostante tenendo conto della duplice e costante necessità, da un lato, di fornire adeguata tutela ai terzi contraenti, dall'altro, di mantenere la stabilità del mercato che, paradossalmente, potrebbe essere compromessa dalla dichiarata inefficacia dei quei contratti.

La tematica è stata vieppiù affrontata negli anni con esiti variegati. Si sono andate affermando diverse teorie che appare necessario illustrare a conferma della circostanza che le posizioni, ancora oggi, restano contraddittorie.

Intanto, occorre dare atto della tesi a favore della nullità del contratto come conseguenza della violazione del diritto antitrust.

Su questa linea, si distinguono due diverse ricostruzioni che, seppur secondo binari differenti, conducono entrambe a concludere per l'affermazione della nullità c.d. "derivata" dei contratti conclusi a seguito della violazione del diritto della concorrenza.

Secondo la prima, la nullità discenderebbe da un vizio c.d. "esogeno" dell'illecito anticoncorrenziale a monte, che inficerebbe l'accordo sottostante.



La seconda ricostruzione, invece, muove dall'individuazione di un vizio invalidante c.d. "endogeno" attinente alla causa o all'oggetto del rapporto sottostante. In altri termini, la nullità del contratto a valle discenderebbe non da una patologia derivata o riflessa dell'intesa a monte ma da un elemento distorsivo insito nel contratto ed idoneo a comprometterne la validità.

La tesi della nullità derivata ha subito numerose critiche fondate, sostanzialmente, sulla annotazione in base alla quale estendere la nullità ad operazioni del tutto autonome rispetto alle intese in ipotesi illecite costituisce una soluzione eccessivamente drastica.

Intanto, si contesta l'automaticità che condurrebbe a tale conclusione ritenendosi invece necessario dimostrare la partecipazione soggettiva dell'utente finale al disegno anticoncorrenziale complessivo.

Inoltre, il presupposto della nullità derivata è rappresentato dal collegamento negoziale tra l'intesa e il contratto finale che, per gli oppositori della teoria non ricorrerebbe negli accordi negoziali che conseguono ad una intesa anticoncorrenziale atteso che detti contratti sono da considerarsi autonomi in quanto svolgono una propria funzione economica a prescindere dalla intesa vietata.

Tornando alla tesi della nullità derivata a causa di un vizio endogeno, alcuni ravviserebbero l'invalidità del contratto a valle per l'illiceità di uno dei requisiti costitutivi del contratto ex art. 1325 c.c. In altre parole, la nullità del contratto a valle viene giustificata sulla base di una affermata contrarietà all'ordine pubblico economico di libera concorrenza poiché la causa ovvero il motivo (art. 1344 c.c.) sarebbero illeciti.

Anche questa posizione è stata aversata non senza fondatezza.

In particolare, è stato considerato che nel caso di specie mancherebbe un comune intento delle parti circa l'interesse pratico perseguito mediante la stipulazione degli accordi negoziali a valle.

Come è evidente, quasi sempre le intese anticoncorrenziali sono frutto di accordi riservati tra imprese che non coinvolgono il contraente finale.



Questo rappresenterebbe il punto debole della esposta teoria posto che un motivo illecito unilaterale non è di per sé sufficiente a determinare l'invalidità del contratto.

Ancora, altro orientamento dottrinale ha ritenuto che la sanzione della nullità che riguarda l'infrazione anticoncorrenziale a monte si rifletterebbe anche sugli accordi negoziali sottostanti in quanto questi ultimi incorporerebbero le assunzioni oggetto della concertazione a monte. Tanto, determinerebbe la nullità del contratto per illiceità dell'oggetto ex art. 1418 c. 2 e 1346 c.c.

Tra quanti hanno aderito alla tesi della nullità derivata non sono mancati coloro che hanno richiamato la teoria della nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.1 c.c. facendo leva sul contrasto tra l'intesa e la norma imperativa rappresentata dall'art. 2 L. 287/90.

Anche questa ricostruzione è stata oggetto di numerose critiche atteso che non è possibile rinvenire una ipotesi di nullità virtuale allorquando il contrasto non si pone direttamente tra precetto imperativo e regola negoziale.

E d'altra parte è lo stesso dato letterale dell'art. 2 a comminare la sola nullità agli accordi tra imprese con ciò escludendo la possibilità di estendere la detta sanzione anche ai contratti conclusi tra imprese e cliente.

Tra coloro che accolgono la tesi della nullità dei contratti stipulati a seguito di violazione del diritto antitrust vi sono, altresì, quanti abbracciano la tesi della "nullità di protezione", in grado di contemperare il particolare bisogno di tutela del c.d. contraente debole e l'opportunità di conservazione del contratto secondo la ratio della nullità parziale ex art. 1419 c.c.

Alla luce di quanto precede e come meglio emergerà a breve dall'analisi tanto della giurisprudenza antecedente l'ordinanza in parola, quanto della parte motiva della stessa, non sfugge l'opportunità di una lettura maggiormente critica dell'interpretazione che, forse troppo frettolosamente, alcuni hanno offerto della pronuncia, dovendosi probabilmente orientare l'analisi nel senso di circoscrivere l'effetto caducatorio alle sole intese anticoncorrenziali ex art. 2 L. 287/90 e non anche ai contratti stipulati a valle.



La Corte, tuttavia, non ha negato al consumatore una tutela risarcitoria per i danni cagionati da tali intese ritenendo necessario che, ai fini della relativa soddisfazione, nel caso concreto, il rapporto instauratosi fra il consumatore finale e l'impresa sia connotato, in tutto o in parte, nello specifico, per i caratteri della (naturalmente, da comprovare) antigiuridicità, per l'avvenuta violazione di uno specifico diritto soggettivo vantato da quest'ultimo ma non riferibile alle norme antitrust⁸. Ma tanto ha fatto non già in forza dell'art. 33 Legge Antitrust, bensì sulla base del generale diritto soggettivo al risarcimento previsto dall'art. 2043 c.c. e dalla allora L. 281/90 (*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*)⁹.

Le critiche mosse a tale sentenza hanno richiesto un ulteriore intervento della Corte di Cassazione che, a Sezioni Unite, con sentenza 4 febbraio 2005 n. 2207, per la prima volta, ha riconosciuto la legittimazione attiva ai consumatori affermando che *“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto., ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*.

Le Sezioni Unite, richiamandosi ad un proprio precedente¹⁰, hanno ribadito che la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico (nel caso di specie la libera concorrenza) integri, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art 2043 cc.

Partendo dall'assunto per cui vi sarebbe un collegamento tra le intese vietate ai sensi della legge antitrust e i contratti stipulati a valle costituenti lo sbocco essenziale per la realizzazione degli effetti che la legge vuole inibire¹¹, hanno chiarito che il consumatore, danneggiato da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, avrebbe a disposizione, quale rimedio, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e del risarcimento del danno ex art. 33 l. 287/1990¹².

Va detto pure, stante il rilievo interpretativo dei principi dell'ordinamento comunitario nella materia, che la sentenza della Corte si pone in linea con una decisione della Corte di Giustizia che ha ampliato l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza e riconosciuto il diritto al risarcimento del danno alla parte di un'intesa vietata¹³.



La giurisprudenza successiva all'intervento delle Sezioni Unite del 2005 ha di fatto confermato l'esistenza di un collegamento tra intese vietate ai sensi della legge sulla concorrenza e i contratti a valle con i consumatori ravvisando rimedi che prescindono dalla nullità dei contratti a valle¹⁴.

Una tutela di tipo risarcitorio, tuttavia, richiede che nel concreto venga dimostrata l'esistenza di un nesso di causalità fra l'esistenza dell'intesa e la produzione di uno specifico danno in capo al consumatore, il quale non potrà altresì esimersi *“dall'onere di provare di aver subito un effettivo pregiudizio in conseguenza dell'atto anticoncorrenziale, in omaggio al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., secondo il quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”*¹⁵.

D'altra parte, porre nel nulla un rapporto a fronte di un illecito contrattuale potrebbe provocare, in certi casi, effetti tali da annullare i vantaggi derivanti dal risarcimento del danno subito che, invece, secondo parte della dottrina sarebbe la via *“più attendibile per reagire all' abuso come comportamento condannato dall'ordine giuridico”*¹⁶.

Il tema, secondo parte degli interpreti, andrebbe affrontato mediante un'analisi che operi coordinando la normativa antitrust con i principi generali del diritto dei contratti. Ci si è perfino domandati se la configurazione di un illecito all'interno di un comportamento contrattuale non importi legittimazione dell'altra parte a pretendere l'eliminazione del solo illecito e per tale via una *reductio ad equitatem* del rapporto¹⁷ senza mettere a repentaglio quest'ultimo o le singole clausole.

In senso difforme rispetto a quanto sopra esposto, si è pronunciato il Tribunale di Milano che, con due sentenze emesse nel 2016¹⁸, ha segnato una discontinuità rispetto a posizioni più severe, salvando, infine, tanto gli accordi a monte quanto i contratti a valle, anticipando altresì un principio in punto di onere probatorio che sarà poi ripreso.

In particolare, si legge che *“appare evidente che il solo fatto che una banca abbia proposto alla clientela un contratto contenente dette clausole non può ritenersi in sé stesso elemento*



sufficiente a dare effettivo conto, sia pure in termini indiziari, della sussistenza di un'intesa rilevante nella sua estensione e pervasività sul piano antitrust".

Dette clausole, infatti, non sono in re ipsa anticoncorrenziali e ciò in quanto, secondo il Tribunale, *"gli stessi provvedimenti che hanno riconosciuto la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2 L. 287/90 nello schema negoziale uniforme di fideiussione predisposto dall'ABI, esplicitamente riconoscevano che le clausole oggetto nel loro complesso di contestazione risultavano in sé stesse ed anche nella loro combinazione del tutto lecite in quanto relative a norme derogabili e che l'effetto anticoncorrenziale era determinato dal fatto che esse risultavano inserite in una schema negoziale predisposto dall'associazione bancaria e che dunque il loro effetto anticoncorrenziale derivava dalla possibilità della loro applicazione in maniera uniforme".*

Spetta alla parte che ha formulato contestazioni dimostrare l'adozione uniforme, da parte degli istituti di credito, degli schemi negoziali oggetto di controversia, in maniera tale da dare conto quantomeno del fondamento di base delle proprie affermazioni, e cioè dell'uniformità di proposta al pubblico di suddetti schemi. In caso contrario *"la contestazione relativa alla contrarietà alla normativa antitrust delle clausole negoziali in questione non potrà essere accolta"*.

Ma appare soprattutto meritevole di menzione un ulteriore arresto del tribunale meneghino, di soli due mesi antecedente rispetto all'Ordinanza della Cassazione, che, in un caso del tutto affine alla tematica che ci occupa¹⁹, ha affrontato coraggiosamente il problema del collegamento negoziale e dell'estensione dell'invalidità sino al punto di affermare: *"non vi è alcuna possibilità per i singoli utenti di avvalersi, ai fini della nullità delle clausole di richiamo all'interesse Euribor, di effettuare un collegamento tra le asserite intese anticoncorrenziali tra gli imprenditori bancari e, dall'altro lato, l'invalidità dei contratti che a quelle intese facciano riferimento; la sanzione della nullità prevista dall'art. 33 l. 287/1990, riguarda infatti esclusivamente le intese tra le imprese restrittive della libertà di concorrenza, così come individuate dall'art. 2 della cit. 1., e non si applica invece ai contratti che sulla base di dette intese le imprese che ne sono parti abbiano concluso con terzi; infatti poiché il diritto comunitario e quello nazionale nulla dispongono in ordine agli effetti dell'illecito anticoncorrenziale sui contratti conclusi dalle imprese con i clienti*



[n.d.r. negozi a valle], il giudice può applicare ad essi solo le sanzioni eventualmente previste dal diritto interno” (Tribunale di Milano n. 9708 del 27 settembre 2017).

* * *

L’analisi degli arresti fin qui svolta svela un andamento piuttosto oscillante della giurisprudenza in tema, più di quanto, probabilmente, lascerebbe intravedere l’ordinanza del dicembre 2017.

Proprio in questo frastagliato panorama, la pronuncia della Corte di Cassazione si innesta in maniera dirompente, almeno per le ricadute di ordine giurisprudenziale che stiamo per vedere.

La seconda parte del prossimo paragrafo è, dunque, dedicata all’esame dei provvedimenti successivi al pronunciamento della S.C. ed all’analisi delle motivazioni addotte dai tribunali italiani in proposito; su questi, come era ovvio attendersi, pesa inevitabilmente l’intervento della Corte, ma in qualche caso si odono voci fuori dal coro che si discostano secondo linee argomentative apprezzabili.

Si ritiene opportuno, tuttavia, anteporre alla detta rassegna, alcune riflessioni critiche circa gli effetti giuridici che, sul piano civilistico, sono ricollegabili alle diverse interpretazioni del concetto di “intesa illegittima”, riprendendo gli spunti esposti al par. 2.3.

2.5 Le azioni esperibili e il rimedio della nullità come extrema ratio - La prima giurisprudenza successiva all’ordinanza della S.C.

Nella pronuncia della Suprema Corte, si assume come presupposto logico la circostanza che le fideiussioni stipulate a valle siano assoggettabili al sindacato di validità alla luce della normativa Antitrust, in quanto potenzialmente attuative, in concreto, degli effetti perseguiti dall’intesa a monte, ossia l’eliminazione della facoltà di scelta da parte del cliente finale fra più offerte tra di loro concorrenti.

Nell’assumere il predetto principio la Corte sembra suggerire che, nel ventaglio delle azioni esperibili dal cliente finale, si annoveri anche il rimedio della nullità del contratto da lui sottoscritto oltre all’eventuale risarcimento del danno.



Di una tale impostazione abbiamo già dato atto, laddove si è inquadrato sistematicamente il tema delle cc.dd. nullità derivate, approcciando la questione in una visuale c.d. verticale: in altri termini abbiamo evidenziato come l'impianto della pronuncia della suprema Corte, pur non ammettendolo espressamente, presuppone che l'intesa a monte, nella misura in cui sia idonea a restringere e/o falsare la concorrenza, è in grado di inficiare la validità del negozio stipulato a valle in quanto quest'ultimo ne rappresenta la sua logica conseguenza.

Per l'effetto, il fideiussore, che vede annullare la propria libertà di scelta fra prodotti in concorrenza, è in grado di reagire all'illecito perpetrato dalle imprese partecipi dell'intesa, essendo a lui riconosciuta la legittimazione ad agire nei confronti della sua specifica controparte.

Assumendo ciò, si pone il problema di capire fino a che punto la cennata legittimazione ad agire possa spingersi concretamente.

Sotto questo angolo visuale, le vie che sono state suggerite dalla cennata dottrina e giurisprudenza sono astrattamente due e, pur assumendo la sussistenza di un collegamento funzionale fra intesa a monte e contratto a valle, approdano a risultati del tutto diversi fra loro.

A. La questione della nullità

Secondo una prima impostazione, il fideiussore sarebbe titolare della legittimazione ad esperire l'azione di nullità del contratto stipulato con l'istituto di credito.

Verosimilmente, promossa una domanda di tal genere, la declaratoria di accertamento potrebbe essere nel senso di dichiarare la nullità totale o parziale.

Abbiamo visto che sul punto la Corte si esime dall'esprimersi, rinviando al Collegio territoriale il compito di qualificare la fattispecie in parola.

Pur non parteggiando per la descrivenda soluzione occorre dare atto che fra le due, la declaratoria di invalidità parziale appare quantomeno più verosimile rispetto all'altra.

Anche chi propugna la tesi della nullità, ammette unanimemente che sia solo quella parziale il rimedio caducatorio astrattamente opportuno nel caso di specie. Essa infatti, in applicazione dei



principi di proporzionalità fra l'entità dell'illecito anticoncorrenziale e la lesione della libertà di scelta, nonché di conservazione dell'efficacia del contratto, è ritenuta più conforme all'impianto normativo civilistico.

Peraltro, ammettere l'accertamento della nullità parziale induce ad interrogarsi su ulteriori profili degni di attenzione e, in particolare, sugli effetti che la stessa può produrre in concreto alla luce della vagliata volontà delle parti.

Come è noto, infatti, la nullità parziale di un contratto può comunque importare la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non ne avrebbero concluso alcuno senza quella parte colpita dall'invalidità (art. 1419 c.c.). Da un punto di vista concreto dunque, al di là delle affermazioni di stile, occorre capire se l'eventuale invalidità delle clausole indagate possa comunque ingenerare la nullità dell'intero negozio.

Plausibilmente, dal lato del fideiussore, l'eventuale invalidità delle clausole indagate, non inciderebbe sulla sua volontà di conservazione degli effetti del contratto, dal momento che la sua posizione di garanzia risulterebbe meno aggravata, riallineandosi al modello "legale" (con tutte le riserve che l'utilizzo di questo termine impone in questa fase). Dal lato dell'intermediario creditizio, il venir meno delle singole clausole certamente procurerebbe una minor salvaguardia delle proprie ragioni creditorie, ma ciò non potrebbe in ogni caso incidere sulla volontà di mantenere in vita un negozio stipulato con il fideiussore, atteso che, seppur ridimensionata, la garanzia risulterebbe comunque valida ed idonea a spiegare la propria funzione.

Posta in questi termini, l'applicazione del rimedio della nullità parziale ai contratti in corso stipulati secondo lo schema ABI, avrebbe il pregio di non pregiudicare irrimediabilmente l'intero sistema delle garanzie fideiussorie attualmente vigenti circoscrivendo, almeno in parte, i plausibili rischi sistemici che altrimenti produrrebbe la declaratoria massiva della nullità totale delle fideiussioni omnibus stipulate alla data dell'emissione dell'ordinanza della Suprema Corte.

Segnatamente, le conseguenze derivanti da quanto sopra dimesso si tradurrebbero in un maggior rischio per l'istituto di credito che sarebbe esposto agli effetti del meccanismo dell'accessorietà previsto dallo schema legale tipico della fideiussione, con la conseguenza che,



in materia contrattuale; l'art. 1440 c.c. il quale prevede espressamente che *“se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni”*.

In altri termini, la circostanza che l'istituto di credito abbia “dolosamente” stipulato un contratto di fideiussione adeguato allo schema ABI non ne esclude la validità in quanto il fideiussore, seppur a condizioni diverse, si sarebbe comunque determinato a concludere il contratto.

Rimarrebbe in capo a quest'ultimo la possibilità di far valere gli eventuali danni subiti, così come dispone l'art. 1440 c.c. La descritta opzione appare più rispondente ai principi propri dell'ordinamento civile senza disconoscere la valenza della disciplina antitrust dato che una compiuta funzione deterrente può comunque essere svolta dall'azione di risarcimento danni confortata da un idoneo corredo probatorio.

* * *

Tenuto conto di quanto sopra, rileviamo in ogni caso che lo stato d'incertezza lasciato dal Supremo Collegio fomenta sempre di più la difformità di pronunce nella giurisprudenza di merito più recente.

E così, se da un lato, si riscontrano pronunce che si allineano, più o meno acriticamente, alla tesi della dichiarazione di nullità della fideiussione omnibus (in ipotesi) stipulata secondo lo schema ABI, arrivando in taluni casi a sospendere - o a non concedere - la provvisoria esecutorietà dei decreti ingiuntivi (Tribunale di Como del 8/06/2018; Tribunale di Fermo del 24 settembre 2018; Tribunale di Padova del 19 Settembre 2018; Tribunale di Salerno del 23 agosto 2018; Tribunale di Roma del 26 luglio 2018; Tribunale di Nocera del 21 maggio 2018; Tribunale di Padova del 5 giugno 2018; Tribunale di Ancona del 14 marzo 2018;), dall'altro, se ne registrano altre totalmente opposte che dichiarano la piena legittimità del negozio in quanto frutto dell'autonomia privata che si è determinata legittimamente ai sensi dell'art. 1322 c.c. e ss.

Intanto, l'ordinanza resa dal Tribunale di Milano in data 1/02/2018, con la quale il dott. Rota concedeva la provvisoria esecutività al decreto opposto. Più di recente, anche il Tribunale di Verona del 1° ottobre 2018 si è espresso nello stesso senso con un'ordinanza assai interessante



sul piano dell'onere probatorio del garante di cui ci si occuperà infra. Conformi altresì il Tribunale di Rimini del 12 novembre 2018 e il Tribunale di Torino del 2 novembre 2018 inclini a ragionare, al più, di nullità parziale e di effettiva operatività delle clausole coinvolte.

Ma degna di particolare attenzione è la recente pronuncia emessa dal Tribunale di Treviso con sentenza n. 1623 del 26 luglio 2018:

“Le intese anticoncorrenziali non costituiscono negozi funzionalmente collegati con le garanzie fidejussorie, le quali sono valide, ove rispettino i requisiti previsti dagli artt. 1325 e ss. del codice civile.

Né le fidejussioni contenenti le clausole definite anticoncorrenziali sono nulle per illiceità della causa, considerato che il contraente c.d. debole conclude il negozio per soddisfare un proprio interesse che si esaurisce e ricollega al fine tipico dell'operazione conclusa.

La tutela tipica della parte che abbia concluso un negozio fidejussorio contenente le clausole in contrasto con la normativa antitrust è quella risarcitoria prevista dall'azione collettiva ex art. 140 bis d. lgs. 206/2005”.

E ancora:

“Il divieto rinvenentesi dalla normativa antitrust non incide in maniera diretta sul contenuto degli atti negoziali, ma su un comportamento che si pone a monte di questi e non si rinviene alcun vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile tra l'intesa anticoncorrenziale ed il singolo negozio.

Peraltro, nei contratti di fideiussione non vi è alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'associazione di imprese bancarie di approvazione del modello standardizzato di fideiussione omnibus, né, men che meno, risulta che tale deliberazione abbia vincolato l'istituto di credito stipulante al rispetto dello schema ABI nella contrattazione con terzi. Si tratta invero, non di un vero e proprio accordo giuridicamente vincolante, bensì di una prassi il cui recepimento in uno schema contrattuale rientra nell'ambito della libertà negoziale delle parti.



I contratti fra la singola impresa ed il cliente derivano dall'autonomia privata dei contraenti, ovvero da una autonoma manifestazione del consenso da cui può discendere indubbiamente anche l'eventuale recepimento all'interno del regolamento contrattuale delle singole clausole riproduttive dell'illecita determinazione, ma la circostanza che l'impresa collusa uniformi al programma anticoncorrenziale le manifestazioni della propria autonomia privata, non appare sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragione pratica"²¹.

Per il Tribunale di Treviso non vi sono dubbi dunque in ordine alla validità del negozio a valle rappresentato dalla singola fideiussione omnibus sottoscritta fra garante e banca creditrice.

Le clausole pattizie, derogative della disciplina codicistica, sono frutto dell'autonomia contrattuale che merita tutela da parte dell'ordinamento se esercitata nei termini e secondo le forme degli art. 1322 e ss. del codice civile, dovendosi ritenere che, all'opposto, la stessa finirebbe per essere irrimediabilmente frustrata in chiaro contrasto con i principi fondamentali che regolano il contratto in generale.

3. L'assunta anticoncorrenzialità dell'intesa. Il Provvedimento n. 55 di Banca d'Italia

Conclusa l'analisi dell'ordinanza e delle implicazioni giuridiche connesse, ci sentiamo di fare un passo indietro e riprendere in esame la fonte normativa da cui è scaturita la giurisprudenza alla quale la Corte di Cassazione si è da ultimo conformata.

Per quanto le valutazioni svolte da Banca d'Italia nel Provvedimento n. 55 appartengano al diritto commerciale e, segnatamente, al diritto industriale, con implicazioni di natura economica, esulando, quindi, dal taglio che si intende conferire al presente commento, non è possibile astenersi del tutto dal ripercorrere l'iter logico giuridico adottato dall'Organo di Vigilanza e culminante, appunto, nell'invito rivolto all'ABI di emendare lo schema fideiussorio sottoposto.

L'esame del suddetto Provvedimento, infatti, presta il fianco, a nostro modestissimo avviso, ad una sorta di iato tra i considerata del Provvedimento stesso ed il suo approdo finale, mescolando diversi versanti di critica alle clausole coinvolte (ed incriminate).



Seppur sinteticamente, vale dunque la pena di scorrere le motivazioni fatte proprie da Banca d'Italia sottolineandone i passaggi più interessanti, ma forse anche più opinabili.

Intanto, non irrilevanti risultano essere alcune premesse di carattere generale relative all'impatto effettivo di una concertazione tra banche sul mercato, sotto il profilo di nostro interesse.

A questo riguardo è lo stesso Organo di Vigilanza che, al punto 54, afferma: *“ In astratto, un'attività associativa che produca l'uniformità degli schemi contrattuali adottati dalle imprese associate può incentivare la concorrenza. Essa favorisce la domanda in quanto, aumentando la comparabilità dei prodotti, ne riduce i costi di selezione; anche l'offerta ne trae beneficio, poiché viene meno la necessità di una diffusa e continua negoziazione di clausole e viene data alle banche di dimensioni ridotte l'opportunità di operare nell'ambito di un quadro negoziale non dissimile da quello fornito dalle maggiori banche, in grado di elaborare autonomamente i propri schemi contrattuali”*.

Ed è difficile non condividere l'assunto, potendo, se mai, aggiungere una riflessione circa l'oggetto dell'intesa condannata che riguarda, giova ricordarlo, non già un accordo ampio, direttamente incidente sulle condizioni di erogazione del credito e sui destinatari immediati di queste - ossia, i clienti consumatori - ma, appunto, “solo” su soggetti, persone fisiche o enti, che si pongono quali garanti delle obbligazioni dai primi assunte, con un effetto distorsivo del mercato e della concorrenza che, francamente, non pare facilmente accertabile.

In altre parole, ben distinte, almeno a parere di chi scrive, sono le ipotesi, anch'esse vagliate dalla giurisprudenza, di “cartello” teso a (o in grado di) violare le norme antitrust, come, a mero titolo esemplificativo, l'intesa sulle tariffe RCAuto che pacificamente assumono una incisività e pericolosità oggettive. Ci sembra di dover convenire sul fatto che l'accordo che verta su condizioni a latere del rapporto di credito, come quelle incorporate in un contratto di garanzia, si atteggiino, invece, in maniera ben diversa così che è dubitabile che la ricaduta sul mercato sia tanto lesiva da integrare quella alterazione consistente prevista dall'art. 2 della Legge Antitrust.

Quanto alle dimensioni del fenomeno, è poi l'Autorità della Concorrenza e del Mercato a ricordare, nel parere preliminare raccolto da Banca d'Italia, che l'estensione delle fideiussioni



omnibus quali forme di garanzia personale riguardava circa il 18% delle posizioni bancarie in essere.

Il passaggio che, però, risulta di maggiore interesse ai nostri fini, è quello specificamente dedicato alle singole clausole oggetto di critica che, come è noto, corrispondono agli articoli nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI.

Sotto questo profilo, è la natura dei rilievi condotti a rivelare un approccio civilistico alla questione in commento e non già pubblicistico come la finalità del Provvedimento lascerebbe credere. L'analisi delle citate condizioni, infatti, tradisce una bocciatura delle stesse non tanto sul versante della contrarietà a norme di ordine pubblico economico, quanto su quello dello sbilanciamento contrattuale, consumeristico, si potrebbe dire.

Al punto 83, Banca d'Italia così ragiona: *“Con riferimento alla deroga all'art. 1957 cod. civ. configurata dall'art. 6 dello schema ABI, occorre rilevare che essa 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 – come ritiene l'ABI – 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 la posizione della banca stessa a svantaggio del garante”*.

Anche rispetto alla clausola di reviviscenza, il giudizio negativo corre sullo stesso binario: *“La clausola che dispone la “reviviscenza” della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (art. 2 dello schema) impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest'ultimo (cfr. art. 1953 cod. civ.). 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 seguito di fallimento dello stesso”.

Con riguardo alla c.d. clausola di sopravvivenza, poi, leggiamo al punto 86 che “*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 connaturata 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”.*

Il tenore adottato è, dunque, nel segno di una stigmatizzazione di un inutile favor per la banca poiché, ad avviso di Banca d’Italia, le clausole in parola determinerebbero vantaggi sproporzionati rispetto alla funzione dell’istituto.

Invero, sotto questo profilo, pare di poter obiettare che se le condizioni osteggiate non costituiscono condizione indispensabile e determinante ai fini della stipula della garanzia, è pur vero che gli istituti le avrebbero certamente inserite nei testi contrattuali a prescindere da una specifica intesa.

Non è nemmeno revocabile in dubbio che le finalità delle suddette clausole siano meritevoli di tutela e rispondano ad un interesse giuridico rilevante e lecito. Se così non fosse dovremmo sconfessare buona parte della giurisprudenza, financo di legittimità, che nel corso degli anni ha avallato la validità e l’efficacia delle pattuizioni contenute negli artt. 2, 6 e 8.

Su questo versante ci sentiamo di dissentire con il punto 96 delle conclusioni del provvedimento²² che ragiona di un ingiusto aggravio a carico del fideiussore, in particolare per la clausola di deroga dell’art. 1957 c.c. e per la clausola di sopravvivenza della garanzia.



Questa affermata iniquità, tuttavia, non è certo stata rilevata dalla S.C. laddove la stessa ha avuto modo di affermare: *“In relazione al contratto di fideiussione, la decadenza del creditore dal diritto di pretendere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione principale per mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale nel termine semestrale previsto dall'art. 1957, comma 1, c.c. può essere convenzionalmente esclusa per effetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore e non opera, in particolare, ove le parti abbiano previsto che la fideiussione si estingua solo all'estinguersi del debito garantito”* (Cass. Civ. n. 8839 del 13 aprile 2007)²³.

In ordine alla clausola di sopravvivenza, il Supremo Collegio ha precisato: *“Poiché l'accessorietà della fideiussione va intesa in senso meramente funzionale, non costituisce motivo di nullità del negozio la rinuncia ad eccepire la eventuale invalidità dell'obbligazione garantita; questa clausola rende operativa la fideiussione anche con riferimento all'obbligo di restituzione che consegue all'accertata invalidità”* (Cass. civ. sez. I n. 13101 del 27 maggio 2013).

Conclude il Provvedimento con il *Dispone* che segue:

“a) gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90;

b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza.

L'ABI è tenuta a trasmettere preventivamente alla Banca d'Italia le circolari, emendate dalle disposizioni citate alla precedente lettera a), mediante le quali lo schema contrattuale oggetto d'istruttoria verrà diffuso al sistema bancario”

il cui tenore, come anticipato in esordio, si pone forse in maniera scollegata rispetto all'andamento delle valutazioni e delle conclusioni formulate. Ciò che si evince dall'iter argomentativo del Provvedimento assumerebbe, infatti, uno sviluppo invertito rispetto a quanto ci saremmo attesi e a quanto argomentato nella parte motiva dell'Ordinanza della Corte di Cassazione. Rispetto all'articolazione tradizionale che fa discendere eventuali effetti invalidanti



del “contratto a valle” dall’affermata illegittima intesa “a monte”, è ravvisabile nella “decisione” della Banca d’Italia un’impostazione criticabile, che muove da note, come detto, civilistiche, per giungere alla determinazione di una condotta anticoncorrenziale.

Segnatamente, come visto, il Provvedimento conclude: *“gli articoli 2, 6 e 8... contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme”*. Dal che parrebbe di poter allora evincere che il punctum dolens della condotta delle banche non sia stata l’adozione di quelle clausole – peraltro legittimata dalla giurisprudenza anche della Suprema Corte - quanto la circostanza della loro applicazione uniforme. Quasi che l’uniformità, da intendersi soggettivamente ed oggettivamente, trasformi una questione di diritto privato in problema di diritto dell’economia elevando il piano privatistico ad un livello di potenziale anticoncorrenzialità.

Occorre, poi, circoscrivere la portata del concetto di uniformità oggettiva, potendo la stessa riguardare il contenuto o anche la forma di un patto contrattuale. A quale delle due categorie si riferisce il Provvedimento? Si tratta della applicazione di una medesima condizione o si tratta dell’applicazione di quella stessa condizione ma, per di più, con la medesima formulazione? Non possiamo che concludere per la seconda delle due ipotesi poiché, diversamente, non potrebbe accettarsi la nozione stessa di intesa e di schema ABI. Ed allora, se si accoglie una accezione “formale” di uniformità, basata sull’impiego di un medesimo testo contrattuale, non si potrà che convenire che la diversa formulazione di tali patti (i.e. delle clausole 2, 6, 8), per il futuro almeno, dovrebbe sfuggire alla comminatoria di qualsivoglia provvedimento giudiziale di invalidità e/o inefficacia.

4. La competenza delle sezioni impresa

Vale la pena spendere alcune osservazioni conclusive accennando ad un aspetto di carattere processuale di non scarso rilievo.

Occorre, infatti, ricordare che allorché il fideiussore intenda far valere contestazioni relative alla invalidità/inefficacia della garanzia prestata è tenuto ad osservare il disposto di cui all’art. 33



della Legge Antitrust²⁴, rubricato “*Competenza giurisdizionale*”, che al comma 2 prevede espressamente che “*le 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*”.

Riprendendo il testo dell'art. 1 del D.lgs. n. 168/2003 si legge: “*Sono istituite presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato né incrementi di dotazioni organiche*”²⁵.

Paradigmatica sul punto la giurisprudenza di merito.

In particolare, il Tribunale di Milano ha precisato che “*la controversia appartiene alla competenza per materia della Sezione Impresa, che giudica in composizione collegiale, alla luce della prospettata violazione della normativa Antitrust, a prescindere dalla fondatezza della relativa domanda*” (Tribunale Milano, n. 6008/2017 del 26.05.2017). Conformi arresti più recenti quali l'Ordinanza del Tribunale di Ancona del 20 novembre 2018, l'Ordinanza del Tribunale di Brescia del 2 ottobre 2018 e l'Ordinanza del Tribunale di Rovigo del 19 giugno 2018²⁶.

Allo stesso modo, il Tribunale di Milano aveva in precedenza rilevato che “*occorre anzitutto precisare che la competenza per materia rispetto alle domande attoree appartiene incontestabilmente alla Sezione Specializzata in materia d'Impresa, ai sensi dell'art 3 D.lgs. 168/2003, come modificato con la legge n. 27/2012, essendo la causa iniziata dopo il termine previsto come operativo per tali nuove disposizioni (21 settembre 2012). Di conseguenza, la decisione è collegiale. Inoltre, ai sensi della medesima normativa, la competenza per materia antitrust è stata ricondotta alle Sezioni specializzate Impresa di primo e di secondo grado, secondo le regole ordinarie, essendo stata abolita la competenza in primo ed unico grado della Corte d'appello ai sensi dell'art. 33, secondo comma, l. 287/1990*” (Tribunale Milano, n. 5374/2015 del 29.04.2015).



È allora evidente che il fideiussore che abbia interesse ad agire assumendo l'iniziativa giudiziale in via preventiva non possa che conformarsi alla norma citata dovendo adire *“il tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata”*.

Se il procedimento è radicato presso un ufficio giudiziario ove non è istituita la sezione specializzata, non potrà che applicarsi il principio affermato da Cass. Civ. n. 25059/2017, secondo cui: *“se una controversia assegnata alle sezioni specializzate delle imprese sia promossa dinanzi a tribunali diversi da quelli in cui sono presenti dette sezioni, la pronuncia non può essere che di incompetenza perché si è adito l'ufficio giudiziario anche territorialmente sbagliato”*.

Peraltro, assai più frequente è il frangente in cui il garante non agisca in qualità di attore, ma sollevi le proprie doglianze in via di eccezione in giudizi nei quali sia chiamato a rispondere della propria obbligazione. Ci si riferisce, tipicamente, ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, allorché il fideiussore ingiunto opponga il decreto lamentando, tra l'altro, la cennata invalidità della fideiussione in qualità di convenuto sostanziale.

Ed allora, qualora il giudizio – promosso dal fideiussore quale attore ovvero, appunto, quale opponente il decreto – sia incardinato presso un tribunale, senza precisazione alcuna, ospitante una sezione specializzata, la giurisprudenza evidenzia un contrasto tra due orientamenti opposti, il primo dei quali propende per negare l'esistenza di una questione di competenza, ben rappresentato dalla pronuncia della S.C. secondo cui *“la ripartizione delle funzioni tra le sezioni specializzate e le sezioni ordinarie del medesimo tribunale non implica l'insorgenza di una questione di competenza, attenendo piuttosto alla distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno dello stesso ufficio”* (Cass. Civ. 22/11/2011, n. 24656), mentre il secondo ammette la sussistenza della questione: *“La ripartizione delle controversie tra sezione specializzata per le imprese e le sezioni ordinarie del Tribunale in materia è una questione di competenza e, quindi, la relativa decisione può essere oggetto di regolamento di competenza (la Corte si è così pronunciata nell'ambito di una controversia relativa ad un'azione risarcitoria intrapresa da una società nei confronti del direttore generale e alla relativa competenza del giudice del lavoro o sezione specializzata in tema di imprese)”* (Cass. civ., sez. VI, 24/07/2015, n. 15619)²⁷.



A questo riguardo parrebbe preferibile, a nostro sommo avviso, la prima posizione. Invero, trattandosi di una questione afferente alla distribuzione interna degli uffici, le parti non potrebbero, come sopra evidenziato, reagire all'erronea attribuzione della controversia mediante la proposizione di un'eccezione di competenza, ma potrebbero sollecitare il potere-dovere officioso dei giudici e del Capo dell'Ufficio di rispettare le previsioni tabellari e, dunque, appunto quella distribuzione degli affari che si assume violata.

Conseguentemente, in caso di erronea assegnazione della causa a una sezione il giudice dovrà limitarsi a trasmettere gli atti al presidente del tribunale perché questi provveda alla corretta riassegnazione del fascicolo senza emettere un provvedimento a contenuto decisorio della controversia.

Non sfuggirà che si pone una ulteriore ipotesi, ossia quella in cui le contestazioni sulla fideiussione vengano formulate in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, radicata, in ipotesi, inderogabilmente, davanti allo stesso ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento e presso il quale non esiste una sezione specializzata.

La lettura combinata delle norme di cui agli artt. 36 e 9 c.p.c. imporrebbe in queste occasioni di sospendere il giudizio (senza abdicare la giurisdizione), rimettendo la questione oggetto di competenza speciale all'organo preposto per Legge.

5. Cenni sul risarcimento del danno e sull'onere della prova

Con riguardo alla risarcibilità del danno fatto valere dal garante, non sembra peregrina la domanda preliminare se davvero in tutte le ipotesi di intese restrittive della concorrenza, poste in essere in violazione dell'art. 2 L. n. 287/1990, sussista tout court la nullità del "contratto a valle" e, soprattutto, un conseguente obbligo risarcitorio.

Il tema è altresì trattato in dottrina in termini critici²⁸.

Supponendo, per amor di ragionamento, di ritenere superata la questione dell'an nonostante il panorama variegato che abbiamo cercato di rappresentare, almeno su un aspetto, in particolare,



esisterebbe omogeneità di vedute. Ci si riferisce alle modalità della prova che il soggetto interessato è chiamato a fornire in un giudizio civile allo scopo di dare dimostrazione dell'intesa, della incidenza di questa nel caso concreto e del pregiudizio patito.

Sul piano del diritto alla risarcibilità del danno, l'orientamento della Suprema Corte propende per l'accoglimento del concetto di "prova privilegiata" del provvedimento del Garante – nel nostro caso, di Banca d'Italia - a cui occorrerebbe riconoscere una elevata attitudine probatoria tanto con riferimento all'accertamento della condotta anticoncorrenziale quanto con riferimento alla idoneità a procurare un danno ai consumatori.

È vero che in proposito la giurisprudenza della S.C. ha ricollegato all'espressione di prova privilegiata non sempre un univoco significato; mentre, infatti, in un caso (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640) si afferma che le parti hanno comunque la possibilità di offrire prove a sostegno dell'accertamento del Garante o ad esso contrarie, in altre pronunzie (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, Cass. 9 maggio 2012, n. 7039) si afferma che all'impresa sanzionata non è consentito *"nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede"*.

In ogni caso, sul versante della idoneità della prova offerta dal consumatore, pur dovendosi condividere la posizione di chi rileva l'inesistenza nel nostro ordinamento della categoria della prova privilegiata, distinta da quella della prova legale, *"non si può discutere l'elevata attitudine probatoria dell'accertamento compiuto dall'Autorità cui, come si è detto, è istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza"* (Cass. Civ. del 28/05/2014, n. 11904).

Va da sé che la prova, intanto, dovrà dunque vertere sulla produzione del Provvedimento reso dalla Banca d'Italia.

L'onere deve poi estendersi all'ulteriore allegazione non soltanto della lettera fideiussoria omnibus contestata, ma, altresì, di distinte garanzie omnibus (rilasciate a favore di altri istituti,



anche per obbligazioni inconferenti con l'oggetto del giudizio) di cui si assume l'identità del testo contrattuale.

Peraltro, in punto di prova del danno, non è mancato chi di recente ha sottolineato che il soggetto che pretenda di usufruire della tutela di cui all'art. 33, comma 2, l.287/1990 *“dovrà non soltanto allegare la nullità dell'intesa vietata, ma altresì precisare la conseguenza che tale vizio ha prodotto sul proprio diritto ad una scelta effettiva tra una pluralità di prodotti concorrenti”* (Ordinanza del Tribunale di Verona del 01/10/2018)²⁹.

Proprio sulla scorta di quanto statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la già menzionata decisione n. 2207/2005, il Tribunale di Verona, ha, infatti, avallato quanto già a suo tempo affermato dalla S.C.: *“dinanzi al giudice deve essere allegata un'intesa di cui si chiede la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole, il quale rappresenta l'interesse ad agire dell'attore secondo i principi del processo, da togliere attraverso il risarcimento”*.

Nella specie, il Tribunale di Verona ha criticato la genericità dell'approccio dei fideiussori che nulla hanno dedotto sul punto³⁰.

L'obbligatorietà e la consistenza della prova si riflettono poi anche sul piano della tempestività dell'eccezione del convenuto fideiussore. L'eccezione, infatti, sebbene rilevabile anche d'ufficio, è destinata a subire uno stop deciso allorché sia proposta per la prima volta oltre i termini di preclusione previsti per legge. Così, ad esempio, ha statuito il Tribunale di Perugia: *“Le comparse conclusionali, benché il codice non ne disciplini più il contenuto, devono comunque contenere l'illustrazione ed il riassunto delle domande, delle eccezioni e delle difese già proposte e pertanto non possono contenere eccezioni nuove che comportino un ampliamento del thema decidendum; ciò vale anche per le eccezioni che sono rilevabili anche d'ufficio, come la nullità, laddove tali eccezioni non siano fondate su fatti accertati nel corso del processo.*

L'eccezione che si fonda su fatti nuovi, costituiti dalla corrispondenza tra il testo del contratto di fideiussione e lo schema predisposto dall'ABI in violazione della normativa antitrust, sollevata per la prima volta in comparsa conclusionale deve essere ritenuta inammissibile in quanto tardiva” (Tribunale di Perugia del 23 ottobre 2018, n. 1414).



Ancora: *“Deve rilevarsi la novità e, contestualmente, la inammissibilità delle eccezioni sollevate per la prima volta negli scritti difensivi finali degli attori, ove si deduce l’asserita nullità delle fideiussioni per violazione dell’art. 2 della legge antitrust. Le comparse conclusionali hanno soltanto la funzione di illustrare le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fondano le domande e le eccezioni già proposte e, pertanto, non possono contenere domande o eccezioni nuove che comportino un ampliamento del “thema decidendum” (Tribunale di Spoleto de 21.08.2018, n.682)*

La tutela risarcitoria, quale unico rimedio riconosciuto al soggetto rimasto estraneo all’intesa concorrenziale che abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, parrebbe essere confermata dal d.lgs. 3/2017 che, secondo quanto precisa l’art.1, c.1 *“disciplina le azioni collettive di cui all’articolo 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un’impresa o di un’associazione di imprese”*.

Rispetto alla quantificazione, inutile evidenziare come, in simili frangenti, l’operazione appaia particolarmente complessa. E la già citata sentenza della Corte di Cassazione n. 11904 del 28/05/2014³¹ ha avuto modo di precisare sul punto: *“Quanto, infine, all’ammontare del danno subito dal consumatore, si deve rilevare l’eccezionale difficoltà per il danneggiato di darne precisa dimostrazione, sia per la complessità dei fattori che concorrono nella determinazione dei premi sia perché, come già detto, soltanto l’impresa conosce esattamente la relativa incidenza dell’intesa anticoncorrenziale”*.

Nel frangente, la Corte giungeva comunque ad una determinazione, equitativa, del danno, parametrandola al vantaggio economico conseguito dalla compagnia, così affermando: *“Ne consegue che il danno, come ritenuto - nella specie dalla sentenza impugnata, ben può essere determinato equitativamente in una percentuale del premio, - quando il Garante ha accertato, sulla base di un campione ritenuto significativo, che la media dei premi praticati in Italia era cresciuta del 63% rispetto alla media europea”*.



La casistica che ci occupa pare, però, difficilmente assoggettabile ad una valutazione monetaria di tal fatta, con quanto ne discende in termini di corretta misurazione del pregiudizio che competerà comunque al giudice in via equitativa.

Per altro, non si può sottacere che tale eventuale ristoro economico non potrà che scontare una compensazione con il credito eventualmente vantato (ed azionato) dalla controparte in giudizio laddove, come appare ragionevole, la garanzia non sia dichiarata assolutamente invalida e restino inoltre rispettate le norme codicistiche in ipotesi derogate dallo schema ABI parzialmente nullo.

6. Cosa ci attendiamo nel prossimo futuro

Alla luce di tutto quanto sin qui esposto, è lecito chiedersi cosa ci si possa ragionevolmente attendere dalla giurisprudenza nel futuro immediato.

Le lacune che a nostro avviso emergono da un'analisi non superficiale dell'intervento in commento, il descritto persistente contrasto giurisprudenziale e dottrinale e, non ultime, le diverse delicate esigenze anche sistemiche da contemperare, lasciano pensare, anche nei prossimi mesi, ad un dibattito animato tra gli operatori del diritto.

E, a testimoniare la consistenza dell'argomento e la conflittualità delle posizioni assunte, è proprio il Supremo Collegio che in una vicenda del tutto sovrapponibile a quella affrontata lo scorso dicembre, ha disposto che "*Data l'oggettiva rilevanza della questione*", la causa vada rimessa alla pubblica udienza (Cass. Civ., Sez. prima, Pres. Magda – Rel. Caiazza, ordinanza n. 21542 del 31 agosto 2018).

La disputa, probabilmente, non è destinata a placarsi nemmeno a seguito di un comunque auspicabile ritorno in tema da parte della S.C. È ragionevolmente probabile che l'approdo finale sia quello favorevole ad una comminatoria di nullità parziale e, in questo caso, ad una successiva valutazione della reale operatività della/e clausola/e contestata/e per misurarne l'effettiva incidenza nella fattispecie concreta.



Simona Daminelli

Partner

Team Contenzioso bancario

s.daminelli@lascalaw.com

Giorgio Zurru

Senior Associate

Team Contenzioso bancario

g.zurru@lascalaw.com

Roberta Bramanti

Associate

Team Contenzioso bancario

r.bramanti@lascalaw.com





⁶ Cass., 22 maggio 2013, n.12551 ove si legge che “*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; Cass., 1 febbraio 1999, n.827 ove si afferma che “*la legge laddove stabilisce la nullità dell'intesa non chiede di far rilevare l'eventuale negozio che può costituirne origine dell'effetto da evitare, ma piuttosto quella situazione, anche ulteriore all'eventuale negozio, che in quanto tale realizza un ostacolo al gioco della concorrenza*” App. Brescia, 29 gennaio 2000.

⁷ Cass., 11 giugno 2003, n. 9384; T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n.1790; Tri. Torino, 16 ottobre 1997; Tribunale di Alba, 12 gennaio 1995

⁸ Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475; G. GHIDINI, B. LIBONATI; P. MARCHETTI, *Concorrenza e mercato*, 2007, p.167

⁹ *Può riconoscersi al consumatore, a titolo di ristoro del danno subito ex art. 2043 c.c., la restituzione dell'indebita maggiorazione del premio di polizza r.c.a. derivante dagli effetti distorsivi sul mercato dell'intesa anticoncorrenziale cui la sua compagnia assicuratrice ha aderito, senza che in contrario possa opporsi la competenza per materia della corte d'appello ex art. 33, co. 2, l. 10 ottobre 1990 n. 287 (“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”), che è circoscritta alle sole controversie intercorrenti fra imprese, mentre nella specie l'azione è annoverabile fra quelle individuali spettanti al consumatore ex art. 3 l. 30 luglio 1998 n. 281 (recante “Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti”) e, come tale, devoluta al giudice di pace secondo i normali criteri di riparto per valore*

¹⁰ Cass. Sez. Un., 1999 n. 500.

¹¹ Secondo la Corte, infatti non si può attribuire al contratto posto in essere a valle “*un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile*”.

¹² In questo senso si veda anche Cass. 13 giugno 2005 n. 14716; Cass. 21 maggio 2013, n.12551; Cass. 21 gennaio 2010, n.993; Cass. 8 ottobre 2012, n. 17884; Cass. 10 agosto 2012, n. 14394; Cass. 9 maggio 2012, n.7039

¹³ Corte di Giustizia, *Courage*, n. 453 del 1999; G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, *Rivista di diritto civile*, p.526, 2012

¹⁴ G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, UTET GIURIDICA, 2018.

¹⁵ APPELLO NAPOLI, SEZ. I CIV., 19 OTTOBRE 2007.

¹⁶ G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, *Rivista di diritto civile*, p.521, 2012.

¹⁷ OPPO, *Costituzione e diritto privato*, p.100.



¹⁸ TRIB. MILANO, N. 7796/2016; TRIBUNALE DI MILANO N. 8893/2016

¹⁹ La vicenda concerne contestazioni relative alla nullità della pattuizione dei tassi corrispettivi in quanto indicizzati all'Euribor in virtù di una pretesa intesa oligopolistica.

²⁰ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, pp.385 ss.

²¹ La pronuncia è conforme a quella resa dal medesimo Giudice dott. Cambi del Tribunale di Treviso con sentenza del 23-30 luglio 2018 n. 1632.

²² Viceversa, per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

²³ In senso conforme si esprime ancora la Corte "*La decadenza del creditore dal diritto di pretendere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione principale per mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, ex art. 1957 c.c., ben può essere convenzionalmente esclusa per effetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore, trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti, la quale non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, da parte del fideiussore, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore*" (Cass. Civ. 11 gennaio 2006, n. 39411; Cass. Civ. 1° luglio 2005, n. 14089).

²⁴ Così come modificato dal Decreto Legislativo 2 luglio 2010 n. 104, attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (Allegato 4, art.3) dall'articolo 2 comma 2 del decreto-legge 1/2012 convertito, con modifiche, dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27 recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*. In precedenza, la competenza era affidata alle Corti d'Appello in primo e unico grado

²⁵ Dell'applicazione piana della norma in giurisprudenza troviamo conferma, tra l'altro, anche in Cass. Civ. 4/11/2016 n. 22396.

²⁶ Disponibili in Expartecreditoris: <https://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/fideiussione-ed-antitrust-la-competenza-spetta-alla-sezione-specializzata-in-materia-di-impresa> e <https://www.expartecreditoris.it/provvedimenti/fideiussione-e-violazione-antitrust-e-competente-in-via-esclusiva-il-tribunale-delle-imprese>

²⁷ Ciò si riverbera altresì sul piano della praticabilità del regolamento di competenza, ammissibile per il secondo orientamento (Cass. n. 20494/2009) e non, naturalmente, per il primo.

²⁸ V. MORGANTE, *Nullità del contratto da condotta anticoncorrenziale: è tutto nullo (e fonte di obblighi risarcitori) ciò che è anticoncorrenziale?* <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>. Ciò anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo, che evidenzia come soltanto "*certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte di cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi*". All'opposto "*nel caso in cui l'analisi di un tipo di coordinamento tra imprese non presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà, per contro, esaminarne gli effetti e, per vietarlo, dovranno*



sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo (CGUE, 11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*). A sostegno di quanto si è andati sinora brevemente dicendo, pare significativo che la Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, abbia ritenuto necessario precisare che nel caso specifico "il fondamento sostanziale della contrarietà di alcune clausole tipiche alle norme imperative non è propriamente oggetto di discussione tra le parti, che non contestano il contenuto della pronuncia dell'Autorità indipendente" (par. 8, parte motiva). Non pare quindi irragionevole ritenere che l'utilizzo di una modulistica uniforme - anche ove venga provato che ciò costituisca, astrattamente, attuazione di una intesa anticoncorrenziale - non determina di per sé alcun danno per il mercato, non incidendo (quantomeno direttamente) sul prezzo, la quantità o la qualità dei prodotti e dei servizi. Tanto è vero che, in tema di risarcimento del danno, sin dalla sentenza n. 2207 del 2005, resa a Sezioni Unite, la Corte di Cassazione ha specificato che *se è vero che "la legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, 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 eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti", siffatta violazione di interessi riconosciuti come rilevanti dall'ordinamento giuridico integra soltanto potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c.*

²⁹ Disponibile in https://www.expartecreditoris.it/wp-content/uploads/2018/10/ord.-Trib-Verona-01.10.2018_pdf.pdf

³⁰ Precisa la pronuncia come segue: "Parimenti generica è stata giudicata la prospettazione di questi circa il contenuto della loro doglianza. Essi infatti, alto stato, non hanno chiarito né in virtù di quale meccanismo l'accertata nullità della intesa restrittiva della concorrenza determinerebbe la nullità anche dei singoli contratti a valle né da quale tipo di nullità questi sarebbero affetti. Si sono limitati a citare diffusamente la recente pronuncia della Cassazione n. 29810/2017 che però ha esaminato solo incidentalmente la questione. Essa è stata invece trattata diffusamente dalla succitata sentenza n.2207/2005, che ha affermato ripetutamente che l'unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo intesa anticoncorrenziale che abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, è quella risarcitoria".

³¹ Nel caso la vertenza aveva ad oggetto l'alterazione della concorrenza in materia di intese tra le principali compagnie assicurative sulle tariffe RCAuto.