



PROCURA GENERALE

della Corte di Cassazione

Sezioni Unite civili – Udiienza del 23 novembre 2021

Ricorso R.G. 20438/2016 Rel. Cons. Valitutti

Conclusioni ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti relativi al ricorso per cassazione proposto nell'interesse di XXX. (difensore: avv.to XXX) contro XXX costituitasi con controricorso (difensore: avv.to prof. XXX) avverso il seguente provvedimento:

- Sentenza pronunciata dalla Corte di appello di Roma n. 3746/16, depositata in data 11 giugno 2016;

Premesso che per l'esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia ed al contenuto dei documenti di parte in atti, limitando in questa sede le conclusioni indispensabili al rilievo dei soli elementi di fatto e del processo ed agli argomenti di diritto ritenuti indispensabili per la formulazione delle conclusioni;

Osserva

1.- L'ordinanza di rimessione, breve inquadramento dei fatti e sintesi dei motivi del ricorso per cassazione.

Con ordinanza del 19 novembre 2020, il Presidente della prima sezione civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite del presente procedimento, affermando come vi siano una serie di interrogativi che rendono *"...evidente la necessità di una rimeditazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d' intese restrittive della concorrenza, volta a verificarne l'applicabilità alle fidejussioni bancarie prestate in conformità delle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, ed in particolare a stabilire a) se la coincidenza totale o parziale con le predette condizioni giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, b) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della*

legittimazione a farlo valere, c) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione, e d) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto."

Nel caso in esame, va premesso sinteticamente che XXX, in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006, aveva stipulato alcuni contratti di fideiussione a garanzia di un rapporto di conto corrente e di un rapporto di mutuo intrattenuto da XXX. con Intesa Sanpaolo S.p.a.

XXX agiva dinanzi alla Corte di appello di Roma, ai sensi dell'art. 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, per ivi sentire accertare la nullità dei predetti contratti e la inesistenza di qualsiasi debito nei confronti dell'istituto di credito, con la condanna dello stesso al risarcimento dei danni ed alla cancellazione del nominativo di esso attore dalla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia.

XXX - chiamato nella qualità di garante al pagamento degli scoperti relativi ai rapporti oggetto della garanzia - evidenziava come gli artt. 2, 6 ed 8 dei contratti di fideiussione¹ fossero predisposti in forma standardizzata secondo lo schema contrattuale predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana in palese violazione dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (violazione accertata dalla Banca d'Italia con provvedimento del 2 maggio 2005).

Con sentenza emessa in data 11 giugno 2016, la Corte d'appello di Roma, in accoglimento parziale della domanda formulata dal XXX, dichiarava la nullità degli artt. 2, 6 ed 8 dei contratti di fideiussione, rigettava la domanda di risarcimento del danno patrimoniale e condannava l'istituto di credito al pagamento della somma di € 5.000,00, oltre interessi, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, ordinando la cancellazione del nominativo del XXX dalla Centrale dei Rischi.

La decisione, nel richiamare i principi sanciti dalla giurisprudenza di legittimità in tema d'invalidità derivata delle clausole inserite nei contratti di assicurazione in violazione dei principi di concorrenza, ha affermato che l'accertamento contenuto nel provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia costituiva prova privilegiata dell'illiceità delle clausole riprodotte nei contratti di fideiussione oggetto di controversia e che le medesime clausole erano viziate da invalidità derivata parziale per violazione dei principi della libera concorrenza e del mercato quali principi rientranti nell'ordine pubblico italiano “

La parte ricorrente ha proposto ricorso per cassazione sulla base dei seguenti quattro motivi di censura.

Il **primo motivo** denuncia (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1936 e ss. cod. civ., dell'art. 2697 cod. civ. e degli artt. 2, 13 e 15 della l. n. 287 del 1990.

La sentenza impugnata è stata censurata per avere applicato la normativa anticoncorrenziale in assenza di provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato nei confronti della

¹ articoli contenenti le clausole di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e di sopravvivenza della fideiussione alla inefficacia dei pagamenti o all'invalidità dell'obbligazione principale.

odierna parte ricorrente ed in assenza di prova della conformità delle clausole della fideiussione, ritenute nulle, alle clausole contenute nello schema contrattuale predisposto dall'ABI e ritenute, a loro volta, di carattere anticoncorrenziale.

Ancora, con il primo motivo, la parte ricorrente ha censurato la decisione laddove non considera il carattere unilaterale delle dichiarazioni di garanzia, ascrivibili esclusivamente alla volontà del fideiussore, e la circostanza che Intesa Sanpaolo non era inserita tra i destinatari del provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia (rivolto essenzialmente ad alcune associazioni di consumatori) e da qui l'efficacia non vincolante del provvedimento amministrativo nei confronti delle aziende di credito;

Il **secondo motivo**, ha ad oggetto (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 e degli artt. 1936 e ss. cod. civ., nonché dell'art. 1418 cod. civ.

La corte territoriale, come sostenuto dal ricorrente, avrebbe dovuto considerare che la nullità prevista dall'art. 2 cit. colpisce l'intesa anticoncorrenziale e non si estende invece ai singoli contratti stipulati a valle che sono validi ed efficaci, dovendosi riconoscere al consumatore la sola tutela risarcitoria.

Il **terzo motivo** (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ.) ha ad oggetto la violazione e falsa applicazione degli artt. 1936 e ss. cod. civ. e dell'art. 100 cod. proc. civ., nonché l'omesso esame un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

La sentenza impugnata non avrebbe ben inquadrato la clausola c.d. *“a prima richiesta e senza eccezioni”* che portava a qualificare il negozio come un contratto autonomo di garanzia. Negozio cui era naturalmente estranea la disciplina prevista dall'art. 1957 c.c., secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, indipendentemente dalla previsione contenuta nell'art. 6 del contratto dichiarato nullo.

Il **quarto motivo** (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) ha ad oggetto la violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., avendo XXX proposto domanda di nullità solo con riferimento alla clausola derogativa di cui all'art. 1957 senza eccepire alcunché in ordine alla validità delle altre clausole impugate.

La parte ricorrente ha evidenziato che *“l'unica doglianza, cioè, che poteva spiegare efficacia sulla pretesa creditoria di Intesa Sanpaolo S.p.A. – sempre con salvezza di quanto contestato nel precedente motivo di ricorso – era quella avente ad oggetto la dispensa dei termini di cui all'art. 1957 c.c.”* con conseguente rigetto della pretesa risarcitoria.

XXX si è costituito con controricorso.

Questo Ufficio, pur avendo già rassegnato le proprie conclusioni scritte in occasione dell'adunanza camerale ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. fissata per il 19.11.2020, in considerazione della rilevanza delle questioni giuridiche evidenziate nell'ordinanza interlocutoria e della dichiarata *“necessità di una rimeditazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d'intese restrittive della concorrenza”*, intende approfondire i temi di fondo riguardanti l'ammissibilità

dell'azione di nullità e le sue specifiche caratteristiche anche al fine di verificare se la tutela reale del consumatore possa dirsi realmente ipotizzata in queste fattispecie.

Si tratta di focalizzare l'attenzione sui primi due motivi di ricorso e di risolvere la **questione di massima che riveste particolare importanza**: quale la sorte giuridica dei contratti di fideiussione riproducenti il modello giudicato anticoncorrenziale e quali le azioni che legittimamente spettano al fideiussore?

Con provvedimento n. 14251 del 20 aprile 2005, l'AGCM evidenziava la natura anticoncorrenziale di tre clausole contenute nello schema ABI di "Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie" (le clausole contenute negli artt. 2 c.d. clausola di reviviscenza, 6 c.d. clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ed 8 c.d. clausola di sopravvivenza) e precisava che *«[i]n definitiva, la valutazione concorrenziale dello schema in esame non riposa, come ripetutamente sostenuto dall'ABI, sulla constatazione della sua difformità dal regime civilistico, profilo questo irrilevante dal punto di vista antitrust, quanto piuttosto, va ribadito, sulla previsione uniforme da parte dell'associazione di categoria di una disciplina di dettaglio che aggrava la posizione del fideiussore, incidendo sulla caratterizzazione dell'offerta bancaria»* (punto 36 del parere), concludendo che *«(...) lo schema negoziale in esame (il contratto di fideiussione omnibus, ndr), presenti clausole idonee a restringere la concorrenza, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90»* (punto n. 50 del parere). Con successivo provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 (doc. 15), la Banca d'Italia accertava che le clausole nn. 2, 6 e 8, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 287/1990.

La casistica giudiziaria, negli ultimi anni, ha registrato numerose controversie finalizzate all'ottenimento della tutela reale da parte dei fideiussori proprio per effetto delle suddette determinazioni amministrative.

Le soluzioni giuridiche, non sempre omogenee, hanno contribuito a creare la situazione descritta nell'ordinanza interlocutoria laddove si descrive la situazione di confusione giurisprudenziale e si afferma *"non vi è poi accordo in ordine all'individuazione del tipo di nullità, essendo state prospettate, oltre alle già menzionate nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, una nullità per illiceità dell'oggetto (limitata al vantaggio che l'impresa ha tratto dalla stipulazione del contratto a valle), una nullità derivata (riconducibile a quella dell'intesa a monte, in virtù del collegamento funzionale esistente con il contratto a valle) o una nullità di protezione (prevista a tutela del soggetto danneggiato dall'intesa, e quindi deducibile esclusivamente da quest'ultimo). Discussa è altresì la configurabilità di una nullità parziale, come quella ravvisata nel caso in esame dalla sentenza impugnata, e ciò in ragione della diversità delle parti del contratto a valle, rispetto a quelle dell'intesa a monte, e della conseguente difficoltà di stabilire se le prime avrebbero ugualmente prestato il proprio consenso, in mancanza delle clausole riproduttive del contenuto dell'intesa: indagine, questa, che nel caso della fideiussione bancaria potrebbe risultare peraltro superflua, ove si consideri che, nonostante l'espunzione delle predette clausole, la banca può avere interesse a conservare la garanzia, non essendo certo che il debitore sia in grado di offrirne altre in sostituzione"*.

2.- La sorte giuridica dei contratti di fideiussione riproducenti il modello anticoncorrenziale (modello ABI del 2003) sottoposto al vaglio della Banca d'Italia: l'alternanza tra le teorie fondate sul principio di conservazione del contratto, sulla nullità integrale e sulla esistenza del solo rimedio risarcitorio.

Il tema centrale introdotto dal presente ricorso riguarda l'accertamento della sorte giuridica dei contratti di fideiussione riproducenti il modello anticoncorrenziale: si tratta di verificare se, affermata l'esistenza dell'intesa 'a monte', essa riverberi automaticamente i propri effetti sui contratti stipulati 'a valle'.

Il tema esige un inquadramento preliminare sul contesto normativo di fondo perché, solo prendendo le mosse da una adeguata ricostruzione sistematica, è possibile fare un minimo di chiarezza all'interno del complesso dibattito giuridico.

La Legge 287/90 recante *"Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"* ha disciplinato due diverse forme di violazione della concorrenza le quali, ove attuate, procurano una sensibile alterazione degli assetti del mercato: si tratta delle intese restrittive della concorrenza (art. 2 l. 287/90) e dell'abuso di posizione dominante (art. 3 l.287/90).

Le norme su indicate sono finalizzate a prevenire quelle condotte delle imprese (singole o associate) che indeboliscono ed incidono sulla competizione economica nazionale, falsandola in modo rilevante.

In particolare:

-l'art. 2, co. 3 della legge cit. specifica che *"le intese vietate sono nulle ad ogni effetto"* così pure l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

-L'art. 33 della legge del 1990 n. 287 codifica l'azione di nullità (dell'intesa) ed il risarcimento del danno con riferimento all'art. 2 cit., specificando che si tratta di azione da promuovere dinanzi al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168 e successive modificazioni.

-l'art. 140 bis del Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005) circoscrive l'azione *"all'accertamento della responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni"* come ristoro *"del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali"*.

La mancata previsione di una nullità testuale del contratto "a valle" è ricavabile peraltro dalle norme di matrice europeistica. Il Regolamento (CE) del 16 dicembre 2002, n.1/2003, riguardante l'applicazione delle regole di concorrenza indicate negli articoli 81 e 82 del trattato, esplicita il solo rimedio risarcitorio.

Nella direttiva 2014/104/UE non si rinviene alcuna disposizione che tratteggi la nullità del singolo contratto stipulato dal soggetto danneggiato dall'intesa restrittiva della concorrenza.

Ancora, il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (*"Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea"*) ha confermato l'impianto sinora ricostruito (in termini di tutela risarcitoria)

nel quale la fattispecie di nullità testuale è riferibile alla sola nullità degli accordi anticoncorrenziali tra le imprese.

L'art. 1 del d.lgs. da ultimo citato afferma che *"1. Il decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'art. 140 bis del codice di consumo, il diritto al risarcimento del danno in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto alla concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese. 2. Il danno comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenсации"*.

La legislazione europeistica e nazionale dunque non regola testualmente la sorte dei c.d. contratti *"a valle"* (ovvero di quegli atti conclusi da terzi con le imprese che hanno posto in essere le intese illecite), i quali sfuggono ad un inquadramento specifico.

La mancata introduzione di una norma *ad hoc* spinge questo Ufficio ad interrogarsi sulle ragioni per cui il legislatore non abbia inteso regolamentare il regime da applicare ai contratti conseguenti all'intesa anticoncorrenziale.

Bisogna domandarsi se si tratta di una lacuna dell'ordinamento giuridico facilmente colmabile con il regime civilistico delle nullità negoziali oppure di una scelta consapevole del legislatore per evitare che i rapporti consecutivi siano essi stessi travolti dalle intese anticoncorrenziali.

Va osservato che l'esperienza di alcuni paesi stranieri, ad es. la Germania, evidenzia soluzioni pratiche nelle quali è molto netta la distinzione tra i contratti esecutivi di un'intesa anticoncorrenziale (*ancillary contracts*) dai contratti consecutivi ad un'intesa anticoncorrenziale.

I primi si pongono in *"inscindibile nesso causale"* con l'intesa anticoncorrenziale mentre i secondi sono quei contratti stipulati con i terzi estranei all'intesa anticoncorrenziale in esecuzione della stessa.

La nullità contrattuale viene relegata alle sole ipotesi dei c.d. contratti esecutivi (*ancillary contracts*), ovvero dei contratti stipulati tra coloro che hanno partecipato all'accordo, mentre i contratti stipulati con i soggetti estranei all'accordo rimangono svincolati dal regime delle nullità perché *"l'estensione a tutti i contratti consecutivi della sanzione della nullità darebbe luogo a conseguenze imprevedibili ed incontrollabili oltre che ad alterazioni dell'assetto economico"*²

Questa è la riflessione da cui partire per verificare se tra i due poli (intesa anticoncorrenziale a monte e contratti c.d. a valle) vi sia un legame di **inscindibile nesso causale** che condiziona la sorte dell'intesa alla sorte giuridica del contratto consecutivo.

Su questo tema coesistono almeno tre principali orientamenti.

Il primo orientamento, probabilmente quello più risalente nel tempo, è stato valorizzato recentemente dalla decisione della corte di cassazione 26 settembre 2019, n. 24044.

² Corte Suprema Tedesca BHG "Zement" del 23.9.1955).

In proposito si afferma che dall'accertamento di un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 della L. 287/1990 non deriverebbe l'invalidità dei contratti stipulati a valle di tale intesa. Tali negozi rimarrebbero infatti del tutto autonomi: la parte che si assume lesa dalla condotta anticoncorrenziale potrebbe beneficiare solo della tutela risarcitoria, ma non della tutela 'reale'.

Questo orientamento in realtà trae spunti concreti dalla pronuncia Cass. Civ., S.U. 20 febbraio 2005, n. 2207 e recepisce alcune posizioni dottrinali che affermano l'impossibilità di riconoscere specifici profili di invalidità dei contratti stipulati a valle dell'intesa.

La condotta anticoncorrenziale, secondo l'impostazione in oggetto, non sarebbe tale da condizionare la tipologia e la struttura del rapporto negoziale finale, né si tratterebbe di una condotta che va ad incidere sugli elementi essenziali dello stesso (cfr. sul punto, tra le molte decisioni di legittimità, Cass. Civ. 11 giugno 2003, n. 9384; Cass. Civ. 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass. Civ. 20 giugno 2011, n. 13486; per il merito Tribunale Treviso, 26 luglio 2018, n. 1623; Tribunale Napoli, 1 marzo 2018, n. 2338; Tribunale Spoleto 14 marzo 2019, n. 197, Tribunale Busto Arsizio 26 maggio 2020, n. 513, Tribunale Rimini, 4 giugno 2021, Tribunale Monza 14 settembre 2021).

Si applica in materia il combinato disposto degli artt. 2 e 33 della L. 287/90: sono norme, come detto in premessa, che sanciscono la sola nullità dell'intesa e prevedono il possibile risarcimento del danno derivante dalla stessa intesa, non essendo prevista la nullità dei contratti stipulati "a valle".

Una sorta di responsabilità di natura precontrattuale da cui nascono obbligazioni risarcitorie (ai sensi dell'art. 1338 c.c.).

Ne deriva dunque l'impossibilità per i singoli utenti bancari di avvalersi della sanzione di nullità prevista dalla norma antitrust dal momento che *"i destinatari diretti delle norme antimonopolistiche sono solo gli imprenditori commerciali del settore di riferimento e non anche i singoli utenti"* (così per la giurisprudenza di merito tribunale di Napoli, sentenza n. 2338/19).

L'adesione a questo orientamento, secondo parte della dottrina, sarebbe in grado di rendere vani gli obiettivi concretamente perseguiti dalla normativa antitrust e dagli approdi giurisprudenziali, quali recepiti anche dal D.Lgs 3/2017 laddove, a livello generale, inquadra le norme a tutela della concorrenza e del mercato come norme che espandono i propri effetti oltre la mera intesa, tutelando direttamente anche il consumatore.

A questo orientamento si contrappone altra tesi volta ad affermare, con specifico riguardo alle fideiussioni omnibus, **la nullità delle singole clausole**, già censurate da Banca d'Italia e AGCM, qualora letteralmente trasposte nei contratti sottoscritti dai consumatori.

Le clausole derivanti dall'intesa vengono inquadrate nella categoria della nullità per illiceità del loro oggetto. Ne consegue che, accertata l'identità tra le clausole concordate dall'ABI (nello specifico, le clausole nn. 2, 6 e 8) con quelle specificatamente sottoscritte dal consumatore, dette clausole dovranno essere ritenute nulle per illiceità derivata dagli effetti dell'intesa (sul punto, Cass. Civ., ord. 12 dicembre 2017, n. 29810; Cass. Civ., 22 maggio 2019, n. 13846; Cass. Civ. 15 giugno 2019, n. 21878; Cass. Civ. 26 settembre 2019, n. 24044).

Questo orientamento muove dalla constatazione che le clausole siano caratterizzate da illiceità dell'oggetto in quanto il contratto 'a valle' recepisce l'identico contenuto dell'intesa 'a monte', la cui invalidità è espressamente sancita da una norma imperativa (art. 2, L. 287/90).

I sostenitori dell'invalidità delle singole clausole evidenziano come l'art. 2, co. 3, della L. 287/90 espressamente sancisce la nullità delle intese restrittive della concorrenza «ad ogni effetto» e, a tal fine, richiamano anche l'art. 101 TFUE che dichiara l'incompatibilità delle intese anticoncorrenziali con il mercato dell'Unione Europea.

La conclusione cui giunge questo orientamento è quella di ritenere priva di senso logico e giuridico la nullità delle intese sganciata dai contratti consecutivi; si sostiene che in tal modo ne risulterebbe vanificata l'intera disciplina antitrust, perché verrebbe sancita la nullità delle sole intese restrittive ma non dei vincoli negoziali che di tali intese costituiscono l'estrinsecazione.

Infine, occorre dare conto di un terzo orientamento giurisprudenziale che afferma la nullità dell'intero negozio fideiussorio.

La teoria si basa sulla constatazione che il fideiussore, se avesse potuto scegliere tra più offerte esistenti sul mercato, non avrebbe concluso un contratto caratterizzato dalla presenza di clausole illecite ed incidenti in modo determinante sul consenso.

Del resto, secondo tale orientamento, anche la banca non avrebbe mai sottoscritto un contratto senza potersi avvalersi delle clausole oggetto dell'intesa restrittiva (si scorge una apertura a tale interpretazione in Cass. Civ., 22 maggio 2019, n. 13846. mentre per la giurisprudenza di merito Tribunale Taranto, n. 2127/2019 e Corte d'Appello di Bari, decisione del 15 gennaio 2020).

Si tratta di una tesi rigorosa che giunge a configurare la nullità integrale del contratto ma che, ad avviso di questo Ufficio, non trova appigli testuali dal momento che l'art. 101 del TFUE, nella previsione della "nullità di pieno diritto", non si riferisce ai contratti conclusi dai partecipanti all'intesa con i soggetti terzi – contratti che devono essere regolati dai singoli diritti nazionali secondo la giurisprudenza europeistica in materia.

3.-La tesi della esperibilità del rimedio risarcitorio quale strumento di *"private antitrust enforcement"* nell'ambito dei singoli contratti di fideiussione: una soluzione compatibile con il quadro giuridico di matrice europeistica e con la legislazione nazionale.

Questo Ufficio intende sollecitare una riflessione accurata sul tema e sulla reale difficoltà giuridica di pervenire all'automatismo che collega la nullità dell'intesa alla nullità derivata (totale o parziale) di tutti i contratti c.d. "a valle" dell'intesa".

Uno stringente automatismo, come già osservato, non trova giustificazioni nella legislazione e non sembra controvertibile che l'art. 2., comma 3, della legge n. 287 restringa la nullità **al campo delle intese**: sulla base del noto canone dell'interpretazione letterale (per la cui rilevanza, da ultimo, S.U. 9 settembre 2021, n. 24413) non residuano significativi margini di dubbio sulla limitazione della nullità alle sole intese "a monte".

I contratti fra la singola impresa (partecipante all'intesa vietata) ed il cliente sono comunque espressione dell'autonomia privata dei contraenti e l'aver inserito all'interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto "a valle" di una autonoma ragion di essere e della sua validità.

A ben vedere, applicando le categorie civilistiche della nullità, si riscontrano enormi difficoltà nella ricostruzione di un quadro giuridico-sistematico che sia compatibile con le norme stesse.

Non è configurabile la nullità testuale per violazione della norma imperativa (ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.) in difetto di una norma che sia applicabile direttamente al contratto e che riguardi gli elementi stessi del contratto. Non appare applicabile nemmeno **la c.d. nullità derivata** sotto la specie del collegamento negoziale perché difettano i presupposti della fattispecie in senso tecnico, non ricorrendo il comune intento delle parti di volere l'effetto tipico dei singoli negozi posti in essere ed il coordinamento tra gli stessi per la realizzazione del fine ulteriore ovvero quello della alterazione del mercato. Va osservato che il consumatore finale non è parte dell'intesa anticoncorrenziale e stipula il contratto per un proprio interesse, in genere coincidente con il fine tipico dell'operazione posta in essere.

In sintesi:

x.1) le clausole sono in sé valide per mancanza di una norma che ne prescriva la nullità (tanto è vero che, se fosse provato che la fideiussione è stata stipulata da due soggetti privati, non sarebbe possibile sostenerne l'invalidità)

x.2) le clausole non viciano di per sé la causa complessiva del contratto "a valle" perché l'effetto anticoncorrenziale non è determinato dal contratto "a valle" e, quindi, non è predicabile nemmeno una causa illecita;

x.3) le clausole non inficiano l'intero oggetto del contratto perché risulta evidente come permanga la distinzione tra oggetto dell'intesa e oggetto del contratto "a valle";

x.4) tra l'intesa ed il contratto a valle non vi è un rapporto di strumentalità necessaria, né un collegamento negoziale nel suo significato tecnico-giuridico perché, nel qual caso, sarebbe necessario ipotizzare che i contratti siano collegati e preordinati finalisticamente al raggiungimento di un unico e comune interesse illecito consistente per l'appunto nella alterazione del mercato.

La negazione della nullità del contratto a valle si pone in coerenza con il principio di diritto dell'UE sulla impossibilità di estendere la regola della "nullità di pieno diritto" delle intese anticoncorrenziali ai contratti "a valle" (sulle conseguenze che derivano, a norma dell'art. 85. N. 2 del trattato CEE, dalla nullità del contratto anticoncorrenziale e sulla validità degli ordini e delle consegne effettuate in forza del contratto stesso c.f.r. C.G.C.E. 14.12.1983, **in causa C-319/82**, Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA contro Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG; ancora in tal senso C.G.C.E. 13.7.2006, **in causa C-295/04** Vincenzo Manfredi contro

Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA³; da ultimo C.G.C.E. 20.9.2001 **in causa C-453/99**, *Courage Ltd v Crehan* ; cfr. per la preferenza accordata al rimedio risarcitorio anche la conclusione raggiunta dalla Commissione CEE del 23.11.1992, 93/50/CEE laddove si afferma che “...i contratti con i clienti stipulati da BT nel quadro degli accordi di impresa comune continuano ad essere validi senza alcuna modificazione...Ciò non significa che i contratti con i clienti rientrano anch’essi nel campo di applicazione dell’art. 85, paragrafo 1, unicamente a causa dei loro collegamenti con gli accordi orizzontali restrittivi”).

La stessa Direttiva Enforcement n. 2014/104/UE (artt. 3 e 4) esplicita la preferenza per le azioni risarcitorie collegate sia alle violazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea sia alla violazione delle disposizioni del diritto nazionale basate sugli articoli del TFUE.

La disciplina del risarcimento del danno contenuta nella Direttiva Danni si fonda sul principio della *restitutio in integrum* che mira a ristabilire la stessa situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato se non vi fosse stata alcuna violazione (articolo 3, paragrafo 2 della Direttiva 104).

Il principio è stato affermato tenendo conto dell’attitudine tradizionalmente “restitutoria” del risarcimento dei danni in ambito europeo, infatti l’articolo 3, paragrafo 3 della Direttiva 104 aggiunge che il pieno risarcimento non conduce ad alcuna forma di sovra-compensazione del danno subito.

Ne discende che, anche in ambito nazionale ed in conformità con il diritto europeo, l’unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti ex art. 2 L. 287/1990 è quella risarcitoria da attuare sia nelle forme dell’iniziativa individuale (attraverso l’estensione pretoria della legittimazione attiva all’azione ex art. 33 L. 287/1990 ad utenti e consumatori sancita da Cass. Civ. SS.UU. 4 febbraio 2005, n. 2207), sia sotto forma di azione collettiva introdotta con l’entrata in vigore dell’art. 140 bis D.Lgs. 206/2005 la quale, non a caso, è espressamente limitata “all’accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni” ed a ristoro “del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali” (art. 140 bis D.Lgs. 6.9.2005 n. 206).

Si può ben sostenere che dall’intesa derivi, quale effetto inevitabile, la privazione per il fideiussore della possibilità di contrattare a condizioni diverse di quelle predisposte in via unilaterale dagli istituti di credito. Questa situazione abilita il fideiussore a richiedere il risarcimento del danno perché costretto a concludere un contratto a condizioni più onerose di quelle che avrebbe potuto ottenere su un mercato concorrenziale. Si tratta di un danno inquadrabile giuridicamente nell’ambito della responsabilità precontrattuale derivante da un contratto validamente stipulato ma certamente a condizioni di minore convenienza per il fideiussore

³ di grande interesse le conclusioni dell’Avvocato Generale depositate nelle cause Cause riunite C-295/04, C-296/04, C-297/04 e C-298/04 nelle quali si conclude che “l’art. 81 CE va interpretato nel senso che il terzo titolare di un interesse giuridicamente rilevante può far valere la nullità di un’intesa vietata dalla suddetta disposizione e può chiedere riparazione del danno subito quando sussista un vincolo di causalità fra l’intesa o la pratica concordata vietate ed il danno”.

sulla base del contegno sleale di uno dei contraenti (omessa comunicazione alla controparte delle cause di illiceità del contratto conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza dall'istituto di credito).

In questa situazione, in linea teorica, il risarcimento del danno dovrà essere commisurato "al minor vantaggio o al maggior aggravio economico": si tratta di un danno che trae origine dal c.d. "scarto di convenienza" tra le condizioni del contratto stipulato in violazione delle regole di correttezza precontrattuale e le condizioni del contratto che il fideiussore avrebbe stipulato se non fosse intervenuta la limitazione imposta dal cartello tra le banche.

La soluzione proposta è stata criticata sul piano operativo: si evidenzia in proposito che l'intesa non ha influito sulle condizioni economiche del contratto di fideiussione ma solo sul piano giuridico-contrattuale, non rendendo evidente e di immediata percezione il danno (economico) subito dal fideiussore.

Dall'agire in modo sleale non deriverebbe alcun danno emergente o lucro cessante. con la conseguenza che alcun risarcimento appare quantificabile a carico dell'impresa aderente al cartello.

L'obiezione così formulata tuttavia non è sufficiente a minare le conclusioni giuridiche perché **il meccanismo di tutela non è finalizzato a garantire l'astratta correttezza dei contratti ma a garantire che la violazione della disciplina della concorrenza non produca effetti economicamente pregiudizievoli ai consumatori**, preservandoli dai danni (economici) direttamente conseguenti alla violazione delle norme antitrust.

Alcuni giuristi, sempre in termini di critica alla tesi qui configurata, hanno affermato che la sanzione consistente nell'obbligo di risarcimento compensativo dai danni subiti dal contraente (vittima del cartello) è inadeguata in quanto destinata a tutelare il singolo senza incidere direttamente sull'interesse protetto dalla normativa antitrust ovvero sul mercato e non è in grado di contribuire ad annullare i possibili guadagni dell'autore dell'illecito con una funzione di rimedio deterrente.

Questo Ufficio, nell'intento di classificare correttamente i rimedi giuridici, evidenzia, ancora una volta, l'erroneità di una ricostruzione giurisprudenziale che amplia le tutele, spingendosi ben oltre il dato normativo nella introduzione di tutele reali atipiche con il fine esclusivo di garantire l'astratta correttezza dei contratti (esulando così dal profilo economico e dal principio di autonomia privata) per affiancare al rimedio tipico (nullità dell'intesa) forme di nullità derivata atte a travolgere (in parte o per intero) i contratti a valle.

Aderire alla impostazione risarcitoria non significa volere abdicare alle tutele ma, al contrario, consente di razionalizzare il sistema giuridico nell'ambito configurato dalla legge; da qui la consapevolezza che gli eventuali danni derivanti da una contrattazione fideiussoria a valle non possono prescindere da una valutazione anche di stretta natura economica.

La teoria secondo la quale il danno (nell'ambito dei contratti di fideiussione ed in considerazione della loro peculiare natura) sarebbe da identificare con l'assetto giuridico del contratto determina una impropria sovrapposizione tra il risarcimento del danno e l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli del contratto stesso

(o delle singole clausole incriminate) finendo per assorbire i due rimedi di tutela (azione di nullità ed azione risarcitoria) in un unico rimedio e per confonderli (azione di nullità modellata come azione risarcitoria)⁴.

Una simile soluzione giuridica non trova una precisa rispondenza nel sistema normativo che invece opta per una differenziazione tipica dei rimedi e mantiene comunque distinta l'azione di nullità dall'azione risarcitoria. L'operatività del solo rimedio risarcitorio, del resto, non si pone in contrasto con quanto affermato dalle Sezioni Unite con la decisione n. 2207 del 2005 laddove si riconosce al consumatore, anch'egli "soggetto del mercato", la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa come presupposto della conseguente legittimazione all'azione di risarcimento dei danni direttamente cagionati dall'intesa⁵.

Il consumatore, in sostanza può attaccare direttamente l'intesa ma non può limitarsi ad invocare la mera coincidenza tra le clausole contrattuali sottoscritte e quelle di cui ai nn. 2, 6 ed 8 dello schema ABI quale prova esclusiva ed univoca della limitazione di concorrenza a suo danno: **la natura della fideiussione, avente funzione di supporto rispetto al contratto principale, amplia la scelta del contraente e la inserisce sul piano della intera operazione creditizia.**

La fideiussione accede con carattere di accessorietà al contratto di apertura di credito e la causa negoziale, anche laddove vi sia intesa anticoncorrenziale a monte, rimane pur sempre **quella della concessione della garanzia e del correlato interesse (anche economico) ad ottenere la garanzia** per poter accedere al credito. La struttura della fideiussione dunque differisce profondamente dalla struttura del contratto assicurativo dove l'intesa anticoncorrenziale influisce, con efficacia causale diretta, sul prezzo della intera operazione generando un aumento immediato del premio di polizza.

In conclusione, la mera connessione oggettiva tra l'intesa anticoncorrenziale e la fideiussione - a causa della peculiarità del contratto di fideiussione - non giustifica la configurabilità di una tutela reale atipica sotto forma di azione di nullità ma rende legittima l'azione risarcitoria laddove si dimostri il maggior aggravio economico derivante dall'operazione complessiva, eventualmente anche in via equitativa ex art. 1226 c.c. come danno da "perdita di chance" per la mancata possibile scelta sul mercato, da parte del fideiussore, di un contratto di garanzia a condizioni più favorevoli.

5.- Conclusioni

Questo Ufficio conclude auspicando che le S.U. vogliano enunciare il seguente principio di diritto: ***"dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica***

⁴ La preoccupazione, in sostanza, era quella di apprestare tutela al consumatore finale in quanto soggetto del mercato (tutelato dalla legge n. 287); in questa ottica, sarebbe stato più corretto argomentare di accertamento incidentale della nullità dell'intesa ai fini del risarcimento.

⁵ In questa dimensione, le S.U., a ben vedere, non si occupano della validità dei contratti a valle e le sentenze (in tema di contratto di r.c.a.) continuano ad argomentare di azione di risarcimento conseguente alla nullità dell'intesa.

azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito – previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa ”.

Facendo applicazione del principio di diritto sopra esplicitato il ricorso merita di essere accolto quanto ai primi due motivi.

Il primo (**violazione e la falsa applicazione degli artt. 1936 e ss. cod. civ., dell'art. 2697 cod. civ. e degli artt. 2, 13 e 15 della l. n. 287 del 1990**) ed il secondo motivo (**violazione e falsa applicazione degli artt. 2 legge 287/1990 e 1418-1936 e ss c.c.**) rivestono carattere centrale ed assorbente e possono essere esaminati congiuntamente a causa degli stretti profili di connessione tra gli stessi.

Nel caso in esame, la corte ha applicato il rimedio della nullità al di fuori degli schemi normativi, facendo ricorso alla c.d. nullità virtuale ed all'improprio automatismo che collega la nullità dell'intesa alla nullità derivata parziale del contratto c.d. “a valle” dell'intesa”. La corte distrettuale non ha tenuto in debita considerazione che, nel caso di specie, in assenza di testuale sanzione di nullità, l'effettività della norma imperativa è garantita dalla previsione di rimedi risarcitori.

In merito alle argomentazioni giuridiche si richiama quanto già affermato sub 3) sulla esperibilità, a beneficio del fideiussore, del rimedio risarcitorio quale strumento di “*private antitrust enforcement*” nell'ambito dei singoli contratti di fideiussione.

Con il terzo motivo di ricorso si lamenta violazione di legge e omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, già oggetto di discussione tra le parti, con riferimento alla clausola del contratto di fideiussione in questione, c.d. “a prima richiesta e senza eccezioni” che, a dire del ricorrente, portava a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia. Negozio cui era naturalmente estranea la disciplina dell'art. 1957 c.c., secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, indipendentemente dalla previsione contenuta nell'art. 6 del contratto dichiarato nullo.

Le conclusioni già rassegnate sui primi due motivi consentono di ritenere assorbito l'esame del terzo motivo. Infine, il quarto motivo (si lamenta violazione dell'art. 2043 c.c.) è infondato. Il motivo non è di immediata lettura perché non specifica in cosa consista la violazione dell'art. 2043 c.c.

La corte territoriale, nel riconoscere il risarcimento del danno (non patrimoniale) da informazione inesatta, ha fatto uso del rimedio risarcitorio quale strumento di “*private antitrust enforcement*”, ancorandolo direttamente alle pratiche commerciali violative della normativa antitrust, che, in quanto idonee a provocare distorsioni sul mercato, avrebbero l'effetto di provocare effetti dannosi anche nei confronti di soggetti non imprenditori, e quindi non concorrenti, trattandosi di vere e proprie lesioni della libertà contrattuale tutelata dall'art. 41 della costituzione.

In questo ambito, non è da escludere astrattamente che il danno all'immagine (a causa delle difficoltà di accesso al credito bancario) possa rientrare nelle conseguenze che derivano dalla adozione generalizzata di moduli anticoncorrenziali in difetto di una contrattazione individualizzante.

In conclusione, questo Ufficio insiste perché le Sezioni Unite accolgano il primo ed il secondo motivo di ricorso previo assorbimento del terzo motivo e contestuale rigetto del quarto motivo;

P.Q.M.

Chiede che le Sezioni Unite accolgano il primo ed il secondo motivo di ricorso previo assorbimento del terzo motivo e contestuale rigetto del quarto motivo

Roma il

Per il Procuratore Generale

Luisa De Renzis