

DIVIETO DI INTESE E NULLITA'  
DEI CONTRATTI A VALLE  
NEL SETTORE BANCARIO

Prof. Gustavo Olivieri

---

RELATORE

Prof. Paolo Tullio

---

CORRELATORE

Leonardo Mardegan Matr. 139653

---

CANDIDATO



## INDICE

<b>Introduzione .....</b>	<b>5</b>
<b>Capitolo 1</b>	
<b>La sorte dei contratti “a valle”: ipotesi interpretative proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza .....</b>	<b>9</b>
1. <i>Con riferimento alla ratio della normativa antitrust e ai suoi destinatari.....</i>	9
2. <i>Il concetto di “intesa” ai sensi dell’art. 101 TFUE e dell’art. 2 Legge n. 287/1990 e il concetto di “impresa”.....</i>	10
3. <i>Il concetto di contratto “a valle”.....</i>	16
4. <i>Con riferimento alla giurisprudenza unionale relativa alle tutele esperibili da parte dei contraenti dei contratti “a valle”.....</i>	19
4.1 <i>Il caso Manfredi.....</i>	20
4.2 <i>Il caso Kone AG.....</i>	21
4.4 <i>Il caso Pfleiderer AG.....</i>	22
4.3 <i>Il caso Volvo AB e DAF Trucks NV.....</i>	23
5. <i>Con riferimento alla legittimazione dei “consumatori” ad esperire le azioni previste dalla Legge antitrust n. 287/1990.....</i>	23
<b>Capitolo 2</b>	
<b>La fideiussione bancaria omnibus: caratteri dell’istituto.....</b>	<b>34</b>
1. <i>La creazione della figura contrattuale della fideiussione bancaria omnibus, tra prassi del settore bancario ed evoluzione normativa.....</i>	34
2. <i>Fideiussione o garanzia autonoma? .....</i>	38
3. <i>Le clausole dello schema A.B.I. di fideiussione omnibus del 2002-2003 ritenute dalla Banca d’Italia lesive della concorrenza.....</i>	42
4. <i>Esempi di fideiussione omnibus bancaria.....</i>	49
<b>Capitolo 3</b>	
<b>La tutela del fideiussore “a valle” secondo dottrina e giurisprudenza prima della sentenza della Cassazione civile a Sezioni Unite n. 41994/2021.....</b>	<b>52</b>
1. <i>Con riferimento alle azioni utilmente esperibili dal “consumatore” parte di un contratto “a valle”.....</i>	52
2. <i>L’azione di risarcimento del danno da violazione della normativa antitrust.....</i>	53
3. <i>L’azione di accertamento e dichiarazione della nullità del contratto “a valle”, con specifico riferimento alle fideiussioni omnibus conformi allo schema A.B.I.....</i>	58
3.1 <i>L’ordinanza della Corte di Cassazione del 12 dicembre 2017, n. 29810.....</i>	58
3.2 <i>La nullità del contratto “a valle” per contrarietà a norme imperative.....</i>	63

3.3	<i>La nullità del contratto “a valle” per illiceità della causa.</i>	65
3.4	<i>La nullità del contratto “a valle” per illiceità dell’oggetto.</i>	66
3.5	<i>Nullità assoluta e nullità parziale delle fideiussioni bancarie omnibus conformi allo schema A.B.I..</i>	67
3.6	<i>La giurisprudenza di merito successiva a Cassazione civile 12 dicembre 2017, n. 29810: in particolare, la sentenza del Tribunale di Treviso del 30 luglio 2018.</i>	68
3.7	<i>Segue: La decisione del Collegio di Milano dell’Arbitro Bancario Finanziario n. 16558 del 04 luglio 2019.</i>	71
3.8	<i>Segue: La decisione del Collegio di Coordinamento dell’Arbitro Bancario Finanziario n. 16511 del 19 agosto 2020.</i>	72
4.	<i>Profili processuali.</i>	73
4.1	<i>L’azione di nullità: competenza funzionale inderogabile.</i>	73
4.2	<i>Le eccezioni di nullità: ammissibilità, rilevabilità d’ufficio e termine entro il quale può essere sollevata dalla parte.</i>	74
4.3	<i>Profili probatori: il provvedimento della Banca d’Italia 5 maggio 2005, n. 55 come prova privilegiata.</i>	78

## **Capitolo 4**

### **La sentenza della Cassazione civile a Sezioni Unite n. 41994/2021 .....80**

1.	<i>Le ragioni della pronuncia delle S.U. n. 41994 del 2021.</i>	80
2.	<i>L’ordinanza del 30 aprile 2021, n. 11486 con la quale sono stati rimessi gli atti al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite.</i>	81
3.	<i>Le conclusioni del Procuratore Generale della Corte di Cassazione in seguito alla rimessione della causa alle Sezioni Unite.</i>	85
4.	<i>La sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994.</i>	88
5.	<i>Note di commento alla sentenza Cass. civ. Sez. Un. 30 dicembre 2021, n. 41994.</i>	97
6.	<i>Con riferimento alle reazioni della dottrina alla sentenza Cass. civ. Sez. Un. 30 dicembre 2021, n. 41994.</i>	103
7.	<i>Lo stato della giurisprudenza successiva alla sentenza Cass. civ. Sez. Un. 30 dicembre 2021, n. 41994.</i>	107

## **Capitolo 5**

### **Possibili soluzioni delle questioni rimaste irrisolte in seguito alla sentenza della Cassazione civile a Sezioni Unite n. 41994/2021 ..... 110**

1.	<i>Con riferimento alle questioni irrisolte dalla sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994.</i>	110
----	--	-----

2. Con riferimento all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, con particolare riguardo alle fideiussioni bancarie omnibus assunte dopo il maggio 2005.....	110
2.1 Giurisprudenza della Sezioni Imprese del Tribunale di Roma sul tema.	112
2.2 Giurisprudenza della Sezioni Imprese del Tribunale di Milano sul tema. .....	114
2.3 Le decisioni dell'ABF n. 13895 del 3 giugno 2021 del Collegio di Bari e n. 5064 del 25 marzo 2022 del Collegio di Napoli e la decisione del Collegio di Coordinamento n. 16511 del n29 dicembre 2022.....	117
2.4 Considerazioni.....	118
3. Con riferimento all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, con particolare riferimento ai "confini" dell'intesa accertata.....	123
4. Con riferimento all'opportunità di un nuovo intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....	124
5. Con riferimento all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005 con riguardo alle fideiussioni bancarie specifiche.....	126
6. Con riferimento alla tutela risarcitoria esperibile dal fideiussore dopo la sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994.....	132
7. Con riferimento alle questioni interpretative inerenti all'art. 1957 cod. civ. nella fideiussione omnibus: deroghe, rinunce e significato del termine "istanza". .....	133
<b>Conclusioni .....</b>	<b>141</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>145</b>



## Introduzione

Oggetto della presente ricerca è l'esame delle questioni giuridiche che si sono poste con riferimento alla validità dei contratti di fideiussione *omnibus* stipulati dagli istituti di credito secondo lo schema contrattuale predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.) nel 2003, alla luce dell'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano della normativa a tutela della concorrenza.

Detto schema contrattuale consiste in una deliberazione di associazioni di imprese potenzialmente restrittiva della concorrenza e per tale ragione è stato oggetto di un'istruttoria amministrativa condotta a partire dal 2003 dalla Banca d'Italia, in veste di autorità pubblica garante della concorrenza all'epoca competente<sup>1</sup>, all'esito del quale, con il provvedimento n. 55 del 05 maggio 2005, è stata accertata la contrarietà alla normativa antitrust, laddove applicate in modo uniforme, di alcune clausole del suddetto schema predisposto dall'A.B.I.: la c.d. "clausola di reviviscenza", la c.d. "clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ."; la c.d. "clausola di sopravvivenza".

È utile sin d'ora precisare che la citata "clausola di reviviscenza" prevedeva che il fideiussore fosse tenuto a rimborsare alla banca le somme incassate dall'istituto di credito in pagamento delle obbligazioni garantite e che avrebbero dovute essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi o per qualsiasi altro motivo (cfr. art. 2 schema A.B.I.). La c.d. "clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c." stabiliva che i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restassero integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che l'istituto di credito fosse tenuto ad escutere il debitore o il fideiussore entro i tempi previsti dall'art. 1957 c.c., così derogato (cfr. art. 6 schema A.B.I.). La c.d. "clausola di sopravvivenza", infine, prevedeva che, qualora le

---

<sup>1</sup> Con la legge del 28.12.2005 n. 262 "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" sono stati abrogati i primi tre commi dell'art. 20 della legge 287/1990 per cui l'autorità di vigilanza per il settore bancario non è più la Banca d'Italia. Come risulta dal sito web della stessa: «*La Banca d'Italia ha esercitato la funzione di tutela della concorrenza nel settore del credito dal 1990 fino a gennaio del 2006, in virtù delle attribuzioni stabilite dalla legge 287/1990. A partire dal 12 gennaio 2006 le competenze sono state trasferite all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*».

obbligazioni garantite fossero dichiarate invalide, la fideiussione avrebbe garantito comunque l'obbligo del debitore di restituire alla banca le somme allo stesso erogate (cfr. art. 8 schema A.B.I.).

Il citato provvedimento della Banca d'Italia ha dato origine a un vivace dibattito nella giurisprudenza di merito e di legittimità, con riferimento alla sorte dei singoli contratti di fideiussione *omnibus* conformi allo schema contrattuale predisposto dall'A.B.I. e contenenti le tre summenzionate clausole la cui applicazione conforme era stata ritenuta lesiva della concorrenza.

A tale riguardo va innanzitutto rammentato che le intese restrittive della concorrenza sono state dapprima disciplinate, a livello europeo, dall'art 85 del TCEE di Roma del 1957, ora art. 101 del TFUE di Lisbona. Successivamente, è intervenuto il legislatore italiano con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 del 1990.

Per quanto qui interessa va rilevato che l'art. 2 Legge n. 287/1990 di fatto riproduce quanto stabilito dall'art. 101 TFUE.

Infatti, il primo comma dell'art. 2 della Legge citata vieta *«le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»*, così come l'art. 101 stabilisce che *«sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno»*.

Il secondo comma dell'art. 2 Legge n. 287/1990 stabilisce, poi, che *«Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto»*, prevedendo dunque la medesima “sanzione” di cui all'art. 101, comma 2 TFUE, a mente del quale *«Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto»*.

Le disposizioni citate, dunque, oltre a sottolineare la gravità dell'illecito, prevedono espressamente la nullità delle intese lesive della concorrenza. Nulla stabiliscono, invece, in merito alla validità o meno dei c.d. contratti “a valle”, cioè i contratti stipulati con i consumatori in attuazione di tali intese anticoncorrenziali nulle.

A partire dal quadro normativo tratteggiato, con riferimento al tema che qui ci occupa, cioè le fideiussioni bancarie *omnibus* conformi allo schema predisposto



dall’A.B.I. nel 2003 e contenenti le clausole la cui applicazione uniforme è stata ritenuta lesiva della concorrenza dalla Banca d’Italia con il provvedimento n. 55 del 05 maggio 2005, nella giurisprudenza italiana – ma così anche nella dottrina – si sono affermati tre orientamenti contrastanti.

Secondo parte della giurisprudenza, infatti, tali fideiussioni sono pienamente valide e l’unica tutela a disposizione del consumatore/fideiussore è la tutela risarcitoria. Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, sono affette da nullità assoluta, variamente motivata. Secondo altra parte della giurisprudenza, infine, sono affette da nullità relativa, limitata alle sole tre clausole oggetto dell’accertamento della Banca d’Italia.

A fronte della pluralità delle soluzioni ricostruttive ed interpretative proposte dalla giurisprudenza, anche di legittimità, le esigenze di certezza del diritto ha richiesto l’intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a composizione del contrasto giurisprudenziale citato.

Con la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994, le Sezioni Unite hanno così stabilito il principio di diritto secondo il quale la fideiussione bancaria *omnibus* conforme allo schema contrattuale predisposto dall’A.B.I. nel 2003 – in quanto contratto a valle di un’intesa anticoncorrenziale vietata – è parzialmente nullo laddove riproduce le clausole che sono state dichiarate anticoncorrenziali dall’autorità garante. La Suprema Corte, in particolare, ha affermato che è riscontrabile una violazione della normativa antitrust ogniqualvolta esista un nesso funzionale tra atto a monte e contratto a valle, *«determinando un abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato»*.

Nella prosecuzione, dunque, dopo aver tratteggiato l’origine storica nell’ordinamento italiano delle fideiussioni bancarie *omnibus* ed averne ricostruito la disciplina caratteristica, con particolare riferimento a quelle elaborate nel 2003, si passerà all’analisi dell’istruttoria svolta dalla Banca d’Italia e delle motivazioni per cui ha accertato la natura anticoncorrenziale delle clausole.

Verranno, quindi, ricostruite, mediante l’esame delle sentenze reperite tramite la consultazione delle più importanti banche dati e siti web specializzati, le principali soluzioni proposte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità prima dell’intervento Sezioni Unite, avendo particolare riguardo al bilanciamento della

tutela accordata alle situazioni soggettive di garante e garantito, prendendo in considerazione tanto le questioni sostanziali quanto quelle procedurali.

Sarà quindi esaminata la giurisprudenza di merito successiva alla sentenza del 2021, anche questa reperita mediante le principali banche date giuridiche, oltre che mediante la consultazione “diretta” delle sentenze rese liberamente consultabili dalle Cancellerie (in particolare delle Sezioni specializzate in materia di impresa dei Tribunali di Roma e Milano) effettuata tramite i software che consentono il deposito degli atti del processo civile telematico.

Infine, verrà proposta una possibile soluzione per quelle questioni sulle quali le Sezioni Unite non si sono espresse, in particolare: l’efficacia probatoria del provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005, in special modo riguardo alle fideiussioni bancarie *omnibus* assunte dopo il maggio 2005; l’efficacia probatoria dell’anzidetto provvedimento della Banca d’Italia, con particolare riferimento ai “confini” dell’intesa accertata; l’efficacia probatoria del menzionato provvedimento della Banca d’Italia con riguardo alle fideiussioni bancarie specifiche; la tutela risarcitoria esperibile dal fideiussore dopo la sentenza delle Sezioni Unite; le questioni interpretative inerenti all’art. 1957 cod. civ. nelle fideiussioni *omnibus*.

## Capitolo 1

### La sorte dei contratti “a valle”: ipotesi interpretative proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza

#### 1. Con riferimento alla ratio della normativa antitrust e ai suoi destinatari.

Finalità della normativa antitrust è assicurare il corretto funzionamento concorrenziale del mercato, evitando che la condotta di un'impresa venga influenzata da comportamenti collusivi di altre imprese operanti nel medesimo mercato, che abbiano come effetto, più o meno consapevole, l'alterazione della legge della domanda e dell'offerta.

L'art. 101 TFUE e l'art. 2 della Legge n. 287/1990 (Legge antitrust), che vietano le intese anticoncorrenziali, sono dunque diretti, innanzitutto, agli imprenditori, i quali sono, al contempo, i destinatari del divieto ed i soggetti legittimati a far valere le violazioni dello stesso, attivando gli strumenti previsti dall'ordinamento per eliminare gli effetti delle violazioni e per sanzionare gli autori delle stesse.

Un'intesa restrittiva della concorrenza stipulata tra imprenditori di uno stesso settore, tuttavia, tranne che nei casi eccezionali in cui si verificano le condizioni previste dall'art. 101, comma 3 TFUE e dall'art. 4 della Legge n. 287/1990, comporta degli effetti economici negativi a carico, oltre che delle imprese concorrenti, che non sono più in grado di competere in condizione di parità con le imprese colluse, anche dei “consumatori”, cioè di quei soggetti che, non essendo imprenditori operanti sul mercato nel quale è intervenuta l'intesa lesiva della concorrenza, abbiano concluso un contratto “a valle” di tale intesa, trovandosi privati della possibilità di scegliere tra prodotti in concorrenza a causa dell'uniformità di offerta sul mercato.

Si pone, quindi, il problema della legittimazione o meno dei “consumatori” ad avvalersi dei rimedi e delle tutele previsti dalla Legge antitrust.

Con la precisazione che il termine “consumatore” deve intendersi qui impiegato senso “atecnico”, cioè non nell'accezione propria e più ristretta di cui al Codice del

Consumo (cfr. art. 3, comma 1, lett. a) d.lgs. 06.09.2005, n. 206: «*consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*»), bensì come riferito a qualunque soggetto (quindi anche fornitori e distributori) diverso dagli imprenditori operanti sul mercato nel quale è intervenuta l'intesa.

Prima di esaminare le soluzioni proposte dalla giurisprudenza all'accennata questione, risulta tuttavia opportuno precisare cosa si debba intendere per "intesa", ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 101 TFUE e all'art. 2 Legge n. 287/1990, e cosa per contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata.

**2. Il concetto di "intesa" ai sensi dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 Legge n. 287/1990 e il concetto di "impresa".**

Con riferimento al concetto di "intesa", va considerato che l'art. 101 TFUE (già art. 81CE), per quanto riguarda il diritto unionale, e gli artt. 2 e 4 della Legge n. 287/1990, per quanto concerne il diritto nazionale, stabiliscono che:

Art. 101 TFUE	Art. 2 Legge n. 287/1990
<p><i>1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:</i></p>	<p><i>1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.</i></p> <p><i>2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato</i></p>

<p>a) <i>fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;</i></p> <p>b) <i>limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;</i></p> <p>c) <i>ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;</i></p> <p>d) <i>applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;</i></p> <p>e) <i>subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.</i></p> <p>2. <i>Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.</i></p>	<p><i>nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:</i></p> <p>a) <i>fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;</i></p> <p>b) <i>impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;</i></p> <p>c) <i>ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;</i></p> <p>d) <i>applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;</i></p> <p>e) <i>subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.</i></p> <p>3. <i>Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.</i></p>
--	--

	Art. 4 Legge n. 287/1990
<p>3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,</li> <li>- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e</li> <li>- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di <ul style="list-style-type: none"> <li>a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;</li> <li>b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.</li> </ul> </li> </ul>	<p>1. L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.</p> <p>2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi</p>

	<p><i>dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione.</i></p> <p><i>3. La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa</i></p>
--	---

Ai sensi della disciplina antitrust, unionale e nazionale, sono dunque considerate “intese” tutte le concertazioni tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza. Dette intese sono considerate illecite, vietate e colpite dalla sanzione della nullità “di pieno diritto” ovvero “ad ogni effetto”.

Con specifico riferimento al diritto italiano, il significato di “intesa” e la portata del divieto di cui all’art. 2 della Legge n. 287/1990 sono stati chiariti dalla Corte di Cassazione sin dall’ormai risalente sentenza del 01 febbraio 1999, n. 827.

Con questa pronuncia la Suprema Corte ha precisato che sono vietate non solo le intese in senso stretto, quelle cioè integrate da contratti o negozi giuridici, ma, più in generale, tutte le pratiche atte a regolare i comportamenti e le condotte delle imprese con il fine di restringere la concorrenza in un determinato mercato<sup>2</sup>: la

---

<sup>2</sup> Cfr. Cassazione civile sez. I del 01.02.1999, n. 827: «La legge, infatti, dice che "sono considerate intese" (non dice "sono intese"), "gli accordi e-o le pratiche concordate.....nonché le delibere statutarie o regolamentari.....". Dunque essa non si riferisce, quando parla di intese, solo ai contratti in senso tecnico ovvero a negozi consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare voluto. La legge con la sua premessa descrittiva da leggersi insieme alla comminazione successiva di divieti, individua e fa rilevare ai fini che le interessano la fonte, i possibili effetti di questa ed il complessivo contenuto di comportamenti di mercato in quanto tale. In questa ottica rileva perciò, sinteticamente, il fatto, oggettivamente riscontrabile come tale della inerenza di tali comportamenti ad una distorsione del gioco della concorrenza.

*Il legislatore ha, quindi, proibito, dopo avere adottato non a caso il termine "intesa", che esplicita in tutte le culture giuridiche una direzione almeno consapevole delle attività, il fatto della distorsione che quel comportamento produce o può produrre in quanto derivante*

legge sulla concorrenza, infatti, non afferma esclusivamente che la condotta restrittiva della concorrenza sia fonte di nullità di negozi ma che «*qualunque condotta sul mercato*»<sup>3</sup> può essere valutata ai fini dell'art. 2 legge n. 298/1990 e della nullità da esso prevista<sup>4</sup>. La Suprema Corte, inoltre, ha avuto modo di specificare che l'intesa si potrebbe realizzare perfino tramite l'utilizzo di schemi giuridici unilaterali<sup>5</sup>, come è avvenuto per il caso, del quale ci si occuperà diffusamente nel prosieguo, delle fideiussioni bancarie *omnibus* conformi agli schemi contrattuali predisposti dall'A.B.I..

Per quanto riguarda il significato di "impresa" ai fini della normativa sulla concorrenza, va rilevato che il Trattato europeo non fornisce una definizione del termine. Le motivazioni risiedono nel fatto che: (i) ogni Stato membro ha una definizione diversa di impresa; (ii) possono esserci tante definizioni diverse di impresa quante sono le materie di cui ci si occupa (impresa per il diritto commerciale, impresa per il diritto penale, impresa per il diritto industriale e impresa per il diritto della concorrenza).

---

*dall'obiettivo di coordinare verso un comune interesse le attività economiche considerate. [...] Il che fa concludere che la nozione di "intesa" è oggettiva e, come si è detto, tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica».*

<sup>3</sup> Cassazione civile sez. I del 01.02.1999, n. 827.

<sup>4</sup> Cfr. Cassazione civile sez. I del 01.02.1999, n. 827: «*La legge non dice solo che è nullo un negozio perché il suo intento è illecito, ma piuttosto che qualunque condotta di mercato, anche realizzata in forme che escludono una caratterizzazione negoziale, come la pratica concordata o la deliberazione consortile assunta in ossequio allo statuto, purché veda la consapevole partecipazione di almeno due imprese, (altrimenti ricadendosi quando vi sia l'abuso di posizione dominante, nella figura di cui all'art. 3 della normativa in esame), è suscettibile di valutazione sotto il profilo di tale introdotto illecito*».

<sup>5</sup> Cfr. Cassazione civile sez. I del 01.02.1999, n. 827: «*Va precisato che, conformemente alla diffusa giurisprudenza europea, significativa per l'interprete della norma dell'art. 2 per la sua formulazione e per la origine della intera legge manifestata nella dichiarazione di principio di cui all'art. 1 n. 4, si deve ritenere che siffatta intesa può determinarsi anche su schemi giuridici unilaterali. Come quando si inserisce in un rapporto di durata l'esercizio di un potere unilaterale da parte di uno dei partecipanti al rapporto, ovvero, ad esempio, "si conceda" una "esclusiva" che conforma il rapporto in modo da sbarrare la strada ad altri ingressi nel medesimo mercato. (cfr. per tutta la complessa problematica della definizione di "intesa" le fondamentali decisioni del G.A., T.A.R. Lazio n. 476 del 27 marzo 1996; n. 425 del 7 marzo 1997; Con Stato sez. VI, n. 1792 del 1996. Vedi quindi Corte Giust. CE 11 gennaio 1990, causa C-277 del 1987, Sandoz, espressamente considerata dalla predetta giurisprudenza amministrativa)*».



Per esempio, un soggetto tipico che per il diritto commerciale italiano non è da ricondursi al concetto di impresa ma che invece può esserlo per il diritto della concorrenza è l'avvocato<sup>6</sup>.

La definizione di impresa è cruciale dal momento che la normativa antitrust è finalizzata ad evitare che le imprese pongano in essere quei comportamenti nocivi a danno della libera concorrenza.

Il compito di chiarire il significato di impresa è sostanzialmente stato assolto dagli organi giurisdizionali dell'Unione e, in particolare, dalla Corte di Giustizia.

Ad oggi la definizione di impresa comprende, dunque, «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e delle modalità di finanziamento»<sup>7</sup>.

A sua volta la "attività economica" è stata definita come qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato<sup>8</sup>.

La definizione di impresa ai fini antitrust così data si fonda su un approccio funzionale rispetto alle finalità della normativa antitrust. Ciò ha comportato che una stessa entità giuridica, ai sensi della concorrenza, potrebbe agire come impresa quando svolge un'attività, ma non quando ne svolge un'altra.

Per distinguere tra attività economica e non, nel tempo, si sono consolidati, sempre ad opera della giurisprudenza europea, i criteri di solidarietà e di esercizio di pubblici poteri.

Si sono, infatti, susseguiti diversi casi in cui è emersa la questione se gli enti che forniscono protezione sociale, ad esempio pensioni o assicurazione sanitaria, lo facessero come imprese ai sensi della normativa sulla concorrenza. La giurisprudenza europea ha distinto tra situazioni in cui tali attività sono fornite in una competizione di mercato o sulla base del principio della solidarietà, ossia della

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 20.02.2022, *Wouters e altri v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99: «Gli avvocati svolgono un'attività economica e, pertanto, costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato (divenuti artt. 81 CE, 82 CE e 86 CE)».

<sup>7</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 23.04.1991, *Klaus Hofner e Fritz Elser v. Macroton GmbH*, C-41/90.

<sup>8</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 12.07.2000, *Pavel Pavlov e altri v. Stichting Pensioen-fonds Medische Specialisten*, cause riunite C-180/98 e C-184/98: «dalla costante giurisprudenza risulta che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato».

sovvenzione di un gruppo sociale da parte di un altro. In caso di solidarietà, l'attività non può essere classificata come attività di impresa<sup>9</sup>.

Altro caso in cui la Corte di giustizia ha stabilito che un'entità non può essere qualificata come impresa si ha quando la sua attività è connessa all'esercizio dei poteri di un'autorità pubblica<sup>10</sup>.

### **3. Il concetto di contratto "a valle".**

Per quanto concerne, invece, il concetto di contratto "a valle", tale è da intendersi quel negozio stipulato da un'impresa parte di un'intesa anticoncorrenziale vietata collegato al contratto invalido. Ad esempio vi si possono annoverare i casi di contratti tra una delle imprese coinvolte in una intesa illecita ed il "consumatore", cioè un soggetto non imprenditore estraneo all'intesa, negozio mediante il quale viene data esecuzione ovvero attuazione all'intesa stessa<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 17.02.1993, *Christian Poucet v. Assurances generales de france e Caisse mutuelle regionale du languedoc-roussillon e Daniel Pistre v. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans*, casue riunite C-159/91 e C-160/9: «le casse malattia e gli enti che concorrono alla gestione del pubblico servizio della previdenza sociale svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale. Tale attività si fonda infatti sul principio della solidarietà nazionale e non ha alcuno scopo di lucro. Le prestazioni corrisposte sono prestazioni stabilite dalla legge e in-dipendenti dall'importo dei contributi. Ne consegue che detta attività non è un'attività economica e che, quindi, gli enti incaricati di svolgerla non costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato».

<sup>10</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 19.01.1994, *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol*, C-364/92: «Considerate nel loro complesso, le attività dell'Eurocontrol, per la loro natura, per il loro oggetto e per le norme alle quali sono soggette, si ricollegano all'esercizio di prerogative, relative al controllo e alla polizia dello spazio aereo, che sono tipiche prerogative dei pubblici poteri. Esse non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato».

<sup>11</sup> Sul tema dei contratti a valle di illeciti anticoncorrenziali, v., tra le opere di carattere monografico: L.G. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Giuffrè, Milano, 1986; A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001; A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2003; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Ed.it, Catania, 2006; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, ESI, Napoli, 2009; L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè, Milano, 2012; M. ONORATO,

A titolo esemplificativo, nel caso di un'intesa sulla fissazione dei prezzi di un prodotto o servizio, sono contratti "a valle" tutte le compravendite di quel prodotto al prezzo deciso dall'intesa "a monte"<sup>12</sup>.

Secondo la dottrina più autorevole, sono contratti "a valle" «i contratti conclusi dai partecipanti ad un'intesa anticoncorrenziale vietata con i terzi, in attuazione del

---

*Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Giuffrè, Milano, 2012. Tra i contributi più puntuali, v.: G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543; N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in questa *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1995, II, 420; A.V. GUICCIONE, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 453; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 67 e ora in *Id.*, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*<sup>2</sup>, Milano, 2018, 221; *Id.*, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di E. GABRIELLI e A. CATRICALÀ, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2011, 5 e ora in G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale*, sopra citato, 55; A. BERTOLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti «a valle»*, in *Giur. It.*, 2000, 1876; M.R. MAUGERI, *Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipa ad un'intesa vietata*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 347; *Ead.*, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in OLIVIERI - ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma, 2008, 190; M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non delega i dubbi nella vicenda rc auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, 747; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469; *Id.*, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, *ivi*, 2004, 1165; *Id.*, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 444; M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933; *Id.*, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust (II)*, *ivi*, 2005, 237; *Id.*, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, 109; C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2004, I, 175 ss.; M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 411; R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa violata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contr.*, 2005, 181; L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2005, 949; B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 911; B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, 506; I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2005, 337; P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, 738; E. CAMILLERI, *La tutela del contraente "a valle" di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, I, 43; E. CICATELLI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, fasc. 3, 2019, 557ss..

<sup>12</sup> Cfr. M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2020, 85

*disegno illecito volto ad impedire, restringere o falsare in maniera consistitene il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante»<sup>13</sup>, o ancora «quelli stipulati tra le imprese che partecipano a un'intesa restrittiva della concorrenza e i rispettivi clienti (fornitori, distributori e/o consumatori finali)»<sup>14</sup>.*

Va precisato che nella dottrina tedesca si è sviluppata l'ulteriore distinzione, anche se non univocamente condivisa<sup>15</sup>, tra contratti ancillari al cartello, stipulati tra le imprese che fanno parte del cartello e che sono finalizzati a specificarne le modalità attuative, i c.d. *Ausführungsverträge*, e i contratti conclusi tra imprese colluse e terzi estranei al cartello, in ottemperanza dei termini stabiliti dal cartello, i c.d. *Folgeverträge*<sup>16</sup>. Sono solo quest'ultimi i c.d. contratti "a valle" di cui *supra*, la cui validità è oggetto di dibattito in ragione della nullità testuale prevista dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 Legge n. 287/1990.

Deve essere inoltre osservato che, in molti casi – così senz'altro nel caso delle fidejussioni bancarie *omnibus* conformi allo schema contrattuale predisposto dall'ABI – il contratto "a valle" è interamente o parzialmente riproduttivo dell'intesa anticoncorrenziale "a monte": l'intesa, cioè, costituisce la fonte del regolamento contrattuale, nel senso che il contenuto dell'intesa anticoncorrenziale viene trasfuso, parzialmente o integralmente, nel contratto "a valle", le cui parti recepiscono puramente e semplicemente condizioni contrattuali decise da altri soggetti e da esse non modificabili. In questo senso, come osservato da autorevole dottrina, «i contratti a valle vengono per così dire "integrati" mediante l'inserimento in essi di norme (di origine pattizia) tolte da un diverso atto, appunto l'intesa tra gli imprenditori, sicché essi risultano svuotati dalla loro essenza negoziale»<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> C. G. ANTILLO, *La sorte dei contratti c.d. a valle dopo le Sezioni Unite*, in *Giustizia Civile*, 25 febbraio 2022.

<sup>14</sup> G. OLIVIERI, in *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. OLIVIERI e A. ZOPPINI, Editore Laterza, Roma-Bari, 2008, 74, nt. 7

<sup>15</sup> In senso contrario Castronovo, il quale sottolinea come la distinzione tra *Ausführungsverträge* e tra *Folgeverträge* sia arbitraria

<sup>16</sup> Cfr. M. MORESCO, *Fidejussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit.

<sup>17</sup> M. BARELA, *Il (visibile) filo rosso tra intesa anticoncorrenziale e contratti a valle*, cit. 148.

Il contratto “a valle” rappresenta, dunque, il mezzo per violare la normativa antitrust ovvero lo strumento di attuazione dell’intesa anticoncorrenziale: esso risulta, pertanto, funzionalmente collegato all’intesa “a monte”. Ed è questo nesso funzionale tra l’intesa ed il contratto “a valle”, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che riproduce il contenuto del primo, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall’ordinamento<sup>18</sup>.

Occorre, tuttavia, precisare che parte della dottrina, pur condividendo il fatto che il contratto “a valle” sia l’effetto tipico dell’intesa anticoncorrenziale, attraverso il quale l’intesa trova esecuzione ed attuazione, tende altresì a sottolineare che il contratto “a valle” è causalmente e strutturalmente autonomo rispetto all’intesa anticoncorrenziale, ragion per cui il contratto concluso dal “consumatore” con l’imprenditore, in assenza dell’intesa, sarebbe pienamente valido ed efficace<sup>19</sup>.

#### **4. Con riferimento alla giurisprudenza unionale relativa alle tutele esperibili da parte dei contraenti dei contratti “a valle”.**

Il tema della tutela del soggetto che è parte di un contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale, vietata ai sensi dell’art. 101 TFUE (già art. 81 CE), è stato ampiamente trattato dalla giurisprudenza europea, la quale oggi riconosce pacificamente l’esperibilità del rimedio risarcitorio.

Giova qui prendere in esame alcune sentenze della Corte di giustizia, che riconoscono, ovvero danno, per presupposta, la tutela risarcitoria, rilevanti anche perché da esse ben emerge la duplice finalità della normativa antitrust in materia di contratti “a valle”, quella cioè, da un lato, di ristabilire la concorrenzialità del mercato e sanzionare gli autori dell’intesa illecita, anche in un’ottica deterrente, e quella, dall’altro, di ristorare i terzi che hanno subito un danno per effetto della stipulazione di un contratto attuativo ovvero esecutivo dell’intesa anticoncorrenziale.

---

<sup>18</sup> Cfr. Cassazione civ. sez. un. 30 dicembre 2021, n. 41994

<sup>19</sup> Cfr. M. BARELA, *Il (visibile) filo rosso tra intesa anticoncorrenziale e contratti a valle*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 1, aprile 2022, 147.

#### ***4.1 Il caso Manfredi.***

Una prima pronuncia rilevante è la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006 relativa al caso Manfredi<sup>20</sup>, che si è occupata dei contratti “a valle” dell’intesa anticoncorrenziale tra compagnie assicurative, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da consentire un aumento dei prezzi delle polizze di assicurazione RC auto, che è stata accertata come illecita da parte dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana (AGCM) con provvedimento del 28 luglio 2000, n. 854.

Le questioni risolte dalla Corte di giustizia, oggetto di due rinvii pregiudiziali da parte del giudice italiano (il Giudice di Pace di Bitonto) trattati congiuntamente, sono plurime: la definizione del campo di applicazione della normativa antitrust comunitaria rispetto a quello degli Stati membri; l’individuazione dei soggetti legittimati a far valere la nullità dell’intesa anticoncorrenziale e a richiedere alle imprese colluse il risarcimento del danno sofferto a causa della distorsione della concorrenza; la natura e la quantificazione del danno risarcibile ex art. 81 CE (oggi art. 101 TFUE).

La Corte ha stabilito, in primo luogo, che un’intesa che costituisce una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza può altresì costituire una violazione dell’art. 81 CE (art. 101 TFUE) se è idonea a nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato unico fra gli Stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune.

In secondo luogo, la Corte ha confermato la propria giurisprudenza costante secondo la quale la nullità dell’intesa è assoluta, il che significa che l’intesa è priva di effetti nei rapporti fra i contraenti, non può essere opposta ai terzi e la sua invalidità può essere invocata da chiunque. La Corte, inoltre, ha precisato che l’intesa anticoncorrenziale vietata *«produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli e attribuisce direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare»*, con la conseguenza che chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno

---

<sup>20</sup> CGUE, sentenza 13 luglio 2006, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contro Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) contro *Assitalia SpA*.

subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 CE (ora art. 101TFUE).

Infine, con riguardo alla liquidazione del danno dalla lesione della concorrenza ad opera del cartello, la Corte di giustizia ha stabilito che, in mancanza di disposizioni di diritto comunitario, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento causato da un'intesa. La Corte ha inoltre chiarito, da un lato, che in applicazione del principio di equivalenza, il c.d. danno punitivo può essere riconosciuto dagli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri, ma anche che non è imposto dalla normativa antitrust unionale; d'altro, che, in virtù del principio di effettività, il risarcimento del danno antitrust deve comprendere il riconoscimento sia del danno emergente sia del lucro cessante.

#### **4.2 Il caso *Kone AG*.**

Altra pronuncia degna di nota è la sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2014 relativa al caso *Kone AG*<sup>21</sup>, inerente ad un'intesa tra imprese che si occupavano di installazione e manutenzione di ascensori e scale mobili in vari Stati membri volta a garantire alle colludenti un prezzo più elevato rispetto a quello che avrebbero potuto applicare in condizioni di normale concorrenzialità del mercato. Detta intesa era stata rilevata e sanzionata dapprima dalla Commissione europea e, successivamente dal giudice austriaco d'appello in materia di diritto antitrust (l'Oberster Gerichtshof), il quale aveva confermato l'ordinanza del tribunale austriaco in materia di concorrenza (il Kartellgericht).

La questione oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è la possibilità di ottenere, ai sensi dell'art. 81 TFUE, il risarcimento del danno antitrust subito dal consumatore che abbia concluso un contratto con un'impresa terza rispetto alle imprese colludenti, quando detto risarcimento è escluso dalla normativa nazionale. Nel caso di specie, infatti, un'impresa austriaca acquirente "a valle" aveva richiesto

---

<sup>21</sup> CGUE, sentenza 5 giugno 2014, *Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH* contro *ÖBB Infrastruktur AG* (C-577/12)

alle imprese parti dell'intesa il risarcimento del danno subito in ragione del c.d. umbrella effect, per aver acquistato da imprese terze, non aderenti all'intesa, lo stesso prodotto oggetto dell'intesa (ascensori e scale mobili) a un prezzo più elevato rispetto a quello che sarebbe stato fissato in assenza dell'intesa stessa, dato che dette imprese terze avrebbero beneficiato dell'intesa per fissare il proprio prezzo ad un livello più elevato. La Corte di Giustizia ha stabilito che l'art. 101 TFUE impedisce che il diritto di uno Stato membro venga applicato escludendo, in termini categorici, che le imprese partecipanti ad un'intesa rispondano civilmente dei danni risultanti dai prezzi che un'intesa terza abbia fissato, in considerazione dell'operare dell'intesa medesima, ad un livello più elevato rispetto a quello che sarebbe stato applicato in assenza dell'intesa medesima.

#### ***4.4 Il caso Pfeiderer AG.***

Un ulteriore intervento degno di nota è la sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2011, relativa al caso Pfeiderer<sup>22</sup>, intervenuta con riguardo ad un'intesa, posta in essere da imprese operanti nel settore delle carte decorative ed avente ad oggetto la fissazione dei prezzi e la chiusura delle capacità: intesa accertata e sanzionata dall'Autorità garante della concorrenza tedesca (Bundeskartellamt).

In questa occasione la Corte è intervenuta per risolvere una questione pregiudiziale sollevata da un tribunale tedesco (Amtsgericht Bonn) attinente al diritto del soggetto consumatore leso dall'intesa anticoncorrenziale ed estraneo ad essa di accedere agli atti del procedimento svolto dall'autorità garante e culminato nell'accertamento dell'intesa.

A tale riguardo, la Corte di giustizia, nello stabilire che il soggetto danneggiato dall'intesa anticoncorrenziale deve poter accedere ai documenti relativi al procedimento antitrust nazionale che ha accertato e sanzionato l'intesa *de qua*, al fine di acquisire le informazioni necessarie per proporre l'azione di risarcimento, ha altresì ribadito, facendo riferimento alla sentenza Manfredi, che «secondo costante giurisprudenza, chiunque ha diritto di chiedere il risarcimento del danno

---

<sup>22</sup> CGUE, sentenza 14 giugno 2011, *Pfeiderer AG* contro *Bundeskartellamt* (C-360/09)



*causato da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza».*

#### **4.3 Il caso Volvo AB e DAF Trucks NV.**

Altro intervento rilevante è la sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2022 relativa alla causa Volvo AB e DAF Trucks NV<sup>23</sup>, relativa ad un'intesa anticoncorrenziale sulla fissazione dei prezzi posta in essere da diversi costruttori di autocarri, accertata dalla Commissione europea.

La questione rimessa alla decisione della Corte di Giustizia atteneva alla decorrenza del termine di prescrizione del diritto del consumatore al risarcimento del danno, nel caso in cui detto termine di prescrizione fosse stato previsto dalla normativa nazionale (nel caso di specie quella spagnola) di attuazione della direttiva 2014/104 UE ma l'illecito anticoncorrenziale fosse compiuto e cessato prima dell'entrata in vigore di tale normativa nazionale.

Al di là della specifica soluzione data al tema dalla Corte, quel che qui rileva maggiormente è il fatto che anche nell'ordinamento interno spagnolo è stata riconosciuta l'esistenza del diritto al risarcimento in capo al consumatore che abbia stipulato un contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale sul prezzo.

#### **5. Con riferimento alla legittimazione dei "consumatori" ad esperire le azioni previste dalla Legge antitrust n. 287/1990.**

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, anche la giurisprudenza nazionale ha affrontato il tema dei rimedi e delle tutele esperibili, in forza della normativa antitrust italiana – dunque, in particolare, della Legge n. 287/1990 – specialmente da parte del "consumatore" che abbia stipulato un contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata.

Le questioni che sono state oggetto di dibattito sono due e tra loro consequenziali: in primo luogo, la legittimazione del "consumatore" (inteso nel senso sopra

---

<sup>23</sup> CGUE, sentenza 22 giugno 2022, *Volvo AB (publ.), DAF Trucks NV* contro *RM* (C-267/20)

precisato) ad esperire le azioni previste dalla Legge antitrust, in particolare l'azione di nullità e l'azione di risarcimento del danno previste dall'art. 33, comma 2 Legge n. 287/1990; in secondo luogo, per il caso in cui venga risolta in senso affermativo la prima questione, l'individuazione dell'azione utilmente esperibile dal consumatore, cioè la sola azione di risarcimento del danno ovvero anche l'azione di nullità. Con l'ulteriore notazione che il riconoscimento dell'esperibilità da parte del "consumatore" della sola azione risarcitoria ovvero anche dell'azione di nullità implica una valutazione circa la validità del contratto "a valle" dell'intesa anticoncorrenziale vietata.

Deve essere inoltre precisato che il citato contrasto è rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità in un'ottica diacronica, giacché entrambe le questioni (legittimazione attiva e individuazione dell'azione, o azioni, utilmente esperibili) sono state decise da distinte pronunzie delle Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>24</sup>, alle quali si sono conformate le sentenze successive.

Infine, deve essere rilevato sin d'ora che la legittimazione del consumatore ad esperire azioni risarcitorie ex art. 33 Legge n. 287/1990 è stata esplicitamente ammessa dal legislatore con il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, del quale si dirà diffusamente nel prosieguo.

Appare tuttavia utile ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza, incominciando da quella relativa alla legittimazione del consumatore ad esperire le azioni previste dalla Legge antitrust.

A tale riguardo occorre innanzitutto ribadire che l'art. 33 Legge n. 287/1990 si limita ad elencare le azioni esperibili e i relativi fori competenti, senza tuttavia specificare i soggetti processualmente legittimati. Ferma, dunque, la pacifica legittimazione attiva degli imprenditori, in quanto destinatari "naturali" della Legge antitrust, la giurisprudenza si è divisa circa la possibilità o meno di estendere tale legittimazione ai consumatori che fossero parti di contratti "a valle" di intese anticoncorrenziali.

---

<sup>24</sup> Trattasi della sentenza 04 febbraio 2005, n. 2207 per quanto concerne la legittimazione attiva del "consumatore" e della sentenza 30 dicembre 2021, n. 41994 per quanto riguarda l'esperibilità dell'azione di nullità.

In particolare, nella sentenza del 09 dicembre 2002, n. 17475 la Corte di Cassazione pronunciandosi su un ricorso per regolamento di competenza in una causa relativa ad un contratto “a valle” di un accordo di cartello tra compagnie assicurative avente ad oggetto la determinazione dei premi delle polizze di assicurazione RC auto – intesa anticoncorrenziale accertata dall’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, con provvedimento in data 28 luglio 2000, n. 854 – ha affermato che la prospettiva dell’intera Legge antitrust è quella dell’impresa, quale «*termine principale del dinamismo del mercato*»: in quest’ottica, dunque, andrebbero letti i divieti previsti dall’art. 2 della Legge n. 287/1990, che mirerebbero a preservare l’impresa dagli effetti negativi delle intese anticoncorrenziali, che alterano la regolare formazione della legge della domanda e dell’offerta, influenzando l’operare dell’impresa nel mercato. Conseguentemente, ad avviso della Suprema Corte, gli strumenti sanzionatori delle intese di cui all’art. 33 Legge n. 287/1990, cioè l’azione di nullità e di risarcimento del danno, sono riservati agli imprenditori e non sono dunque esperibili dai “consumatori finali”<sup>25</sup>. Questi ultimi avrebbero,

---

<sup>25</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, sentenza 09 settembre 2002, n. 17475: «*Ciò che parrebbe senz’altro cogliersi nello stesso impianto della legge n. 287-90, fin dalla illuminante premessa “inquadriativa” contenuta nell’art. 1 (“Le disposizioni della presente legge in attuazione dell’art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono...”)* è una caratterizzazione della stessa che, assumendo pur sempre – nella stessa delineazione concreta degli strumenti operativi (vedi, ad esempio – tanto per venire al tema dei c. d. “cartelli”, evocato nella presente controversia – la stessa scelta normativa, consacrata nell’ultimo comma dell’art. 2 e nel secondo comma dell’art. 33 - di privilegiare una tecnica di incidenza “repressiva” affidata, quanto al piano più propriamente “civilistico”, alla strumento della “nullità” delle “intese”) la prospettiva privilegiata dell’“impresa” quale termine comunque principale del dinamismo del “mercato”, tende ad assicurare le condizioni per il più pieno e libero esprimersi della “concorrenza”, considerata – in un modello che faccia conto, comunque, dei principi del “liberismo” – come il fattore imprescindibile per l’esprimersi delle potenzialità e delle capacità del “mercato”.

È in questa luce che si iscrivono - altresì - gli stessi divieti di cui all’art. 2, i quali assumono essi stessi la prospettiva privilegiata del modello dell’“impresa”, e della concorrenza quali fattori - appunto - da preservare rispetto a tutta una serie di eventi perturbativi quali le possibili intese ed i possibili accordi fra singole imprese, aventi la capacità di alterare il gioco delle condizioni per il formarsi della domanda e dell’offerta, e per il permanere o per l’ingresso delle singole imprese nel mercato; divieti rispetto ai quali poi la stessa legge n. 287-90 delinea, in sede di art. 33, gli strumenti sanzionatori, i quali non possono conseguentemente non corrispondere essi stessi, strutturalmente, a tale prospettiva ispiratrice; il che si rende più che mai palese - ad esempio - in relazione alla, espressamente evocata - nel secondo comma dell’art. 33 - conseguente azione volta a

quale unico strumento di tutela a fronte della conclusione di un contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale, il risarcimento dell’eventuale danno patito, laddove dimostrino di aver subito la lesione di un proprio «*specifico diritto soggettivo*»: risarcimento del danno aquiliano soggetto alle normali regole di competenze e, dunque, sottratto alla competenza funzionale della Corte d’Appello prevista dall’art. 33, comma 2 Legge n. 287/1990 nel testo applicabile *ratione temporis*<sup>26</sup>.

Successivamente, con ordinanza del 17 ottobre 2003, n. 15538, la Suprema Corte, pur ricordando quanto da essa statuito nella sentenza del 2002 appena citata, ne ha

---

*conseguire - sul piano civilistico - una dichiarazione giudiziale di nullità delle “intese” in questione; dichiarazione rispetto alla quale – non a caso – si renderebbe difficilmente configurabile, ad esempio, già sul piano fattuale, per l’intrinseca impossibilità di conseguirne un qualsiasi diretto riflesso (data la strutturazione di per sé stessa naturalmente meramente “obbligatoria” delle “intese”), una qualsivoglia soglia di interesse in testa a soggetti che non siano essi stessi partecipi di quello stesso livello operativo, e rivestano invece la mera veste di consumatori finali, non potendo in alcun modo reagire su di essi l’esistenza in sé delle “intese”, le quali – come strumento tecnico operativo – risultano concepite, in quanto tale, solo in funzione di chi appunto (le imprese) le possa concludere, e le abbia nel concreto concluse, ed apparendo, invece, al riguardo, il possibile ruolo del consumatore finale, chiamato piuttosto ad esaurirsi nella sollecitazione dell’esercizio dei loro poteri da parte degli organi individuati dalla stessa legge n. 287-90 in quella che si rivela la sua componente più propriamente “pubblicistica”. Così ricostruiti i termini, le caratterizzazioni strutturali e le finalità ispiratrici della disciplina di cui alla legge n. 287-90, non si vede come mai rispetto ad essi potrebbe rendersi stravagante il solo strumento risarcitorio previsto – in stretta connessione con le azioni di nullità e di “inibitoria” – dal medesimo secondo comma dell’art. 33; strumento il quale non può - di conseguenza – non lasciare presupporre esso stesso una tipologia di danni strettamente connessa alle tematiche dell’impresa e della sua presenza nel mercato. Ciò finisce – del resto – per porsi in una linea di più generale continuità con le caratteristiche strutturali della disciplina codicistica della concorrenza (art. 2595 e ss. c.c.) così come riletta, nel tempo, alla luce della Costituzione; disciplina la quale non contempla la legittimazione attiva dei singoli consumatori finali».*

<sup>26</sup> Cfr. Cassazione civile, sez. I, sentenza 09 dicembre 2002, n. 17475: «a) da un lato - tale risarcibilità non si configurerà per il solo fatto - in sé - che, a monte della singola operazione conclusa dal consumatore finale si ponga, dal lato dell’impresa, l’intesa vietata, rendendosi invece necessario che, nel concreto, il rapporto instauratosi fra il consumatore finale e l’impresa si connoti, in tutto o in parte, nello specifico, per i caratteri della (naturalmente, specificamente da comprovare) “antigiuridicità”, per l’avvenuta violazione di uno specifico diritto soggettivo vantato da quest’ultimo; diritto soggettivo il quale, a sua volta e naturalmente, per tutte le considerazioni sopra svolte, non potrà però di certo farsi discendere dal solo fatto in sé della pregressamente intervenuta “intesa vietata”; b) da un altro lato, l’azione risarcitoria eventualmente spettante, rivestirà, per ciò stessa, i caratteri ordinari di un’ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza, e non quelli dell’azione ex art. 33, secondo comma della l. n. 287-90, rimessa, in quanto tale, alla cognizione esclusiva della Corte di Appello in unico grado di merito».

messo in dubbio la correttezza, rilevando che vi sono pure argomenti che depongono a favore della sussistenza della legittimazione attiva del consumatore parte del contratto “a valle”.

In particolare, la Corte nella succitata ordinanza del 2003 – che si occupa del medesimo accordo di cartello tra compagnie assicurative avente ad oggetto la determinazione dei premi delle polizze di assicurazione RC auto già oggetto della sentenza del 09 dicembre 2002, n. 17475 succitata – ha osservato che l’art. 33, comma 2 Legge n. 287/1990 (nel testo applicabile *ratione temporis*) individua la competenza della Corte d’Appello in ragione della materia trattata, ma nulla prevede con riferimento alla legittimazione attiva ad esperire le azioni (di nullità e di risarcimento del danno) da esso previste: tale mancata previsione, d’altro canto, potrebbe essere la conseguenza dell’impossibilità di individuare con precisione, a priori, l’ambito dei soggetti che possono subire pregiudizio per effetto di un’intesa anticoncorrenziale. Ad avviso della Corte, inoltre, potrebbe deporre a favore della sussistenza della legittimazione attiva dei consumatori quanto statuito dalla Corte di Giustizia (sentenza *Courage*, del 20 settembre 2001, causa C-453/99) con riferimento all’art 81 (ex art. 85) del Trattato, cioè che la concreta efficacia del divieto di intese anticoncorrenziali previsto da tale disposizione verrebbe meno se non fosse garantita a chiunque la possibilità di richiedere il risarcimento del danno. Sulla base di tali considerazioni, la Terza Sezione della Corte di Cassazione, ritenuta la questione relativa all’eventuale difetto di legittimazione attiva del consumatore a far valere la nullità di un’intesa restrittiva della concorrenza e la conseguente domanda di risarcimento dai danni ex art. 33, comma 2 Legge n. 287/1990 una questione di massima di particolare importanza, ha rimesso la causa al Primo Presidente della Corte di Cassazione affinché valutasse l’opportunità di assegnarla alle Sezioni unite<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, ordinanza 17 ottobre 2003, n. 15538: «4. Sui profili di competenza e di legittimazione del consumatore possono però trarsi anche suggestioni diverse dal sistema della legge n. 287 del 1990.

A norma dell’art. 33, comma della legge n. 287 del 1990 «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 alla corte d’appello competente per territorio». La competenza in unico grado della Corte d’appello è dunque individuata dalla materia delle azioni di nullità e di risarcimento del

---

danno per la violazione delle disposizioni contenute nei titoli dal I al IV e, per quanto qui interessa, per violazione delle norme che vietano le intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2). È la materia dunque che individua la competenza, mentre spetta al giudice competente considerare se la parte che agisce sia o meno legittimata.

Anzi, potrebbe ritenersi che il soggetto che domanda la nullità dell'intesa o il risarcimento dei danni conseguenti alla pratica anticoncorrenziale per ciò stesso si legittima all'azione ex art. 33, comma 2 della legge n. 287 del 1990, mentre il resto costituisce questione di merito.

4.1 Sempre con riferimento alla legittimazione, può ancora osservarsi che l'art. 33 della legge indicata, così come l'art. 2, che traspone nel diritto interno le norme di cui all'art. 81 del Trattato, nulla dicono sui soggetti legittimati ad agire.

La mancanza di una specifica disciplina della legittimazione è significativa del fatto che l'ambito dei soggetti che possono ricevere pregiudizio è di difficile definizione a priori. La dottrina ha considerato quali possibili soggetti legittimati i concorrenti delle imprese che hanno posto in essere la pratica restrittiva della concorrenza, i loro fornitori e il consumatore finale costretto a pagare un prezzo sovraconcorrenziale. Il dibattito è stato poi attraversato da considerazioni più generali quali il favore per la concentrazione delle controversie in corti tendenzialmente specializzate, il ruolo dell'azione dei consumatori in un'ottica di maggiore efficienza nella repressione delle pratiche anticoncorrenziali, il pericolo di un eccessivo allargamento delle maglie della tutela, ecc. La conclusione alla quale è generalmente pervenuta la dottrina è che il problema della selezione dei soggetti legittimati deve essere impostato in termini concreti, facendo applicazione caso per caso delle norme generali in materia di illecito e di nesso di causalità e considerando che il comportamento anticoncorrenziale è astrattamente idoneo, come è stato osservato «a propagarsi secondo lo schema della reazione a catena».

4.2. Nel dibattito va ancora considerato che anche l'art. 81 (ex art. 85) del Trattato, che vieta gli accordi tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza e ne statuisce la nullità, non disciplina la legittimazione all'azione e che sul tema della legittimazione ad agire in via risarcitoria è intervenuta la Corte di Giustizia delle Comunità europee (sentenza *Courage*, del 20 settembre 2001, causa C-453/99).

Osserva la Corte di Giustizia che «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v. n. 29). Ad integrazione di questa affermazione di carattere generale, La Corte non manca di osservare che «la piena efficacia dell'art. 85 del trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito dal n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi e le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità (v. nn. 26 e 27).

La questione è stata quindi effettivamente assegnata alle Sezioni Unite e decisa con la sentenza del 04 febbraio 2005, n. 2207, anch'essa pronunciata con riferimento ad un contratto "a valle" dell'accordo anticoncorrenziale tra assicurazioni accertato dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato con provvedimento del 28 luglio 2000, n. 854.

Le Sezioni Unite hanno così chiarito che la *ratio* della Legge antitrust è quella di tutelare non soltanto gli imprenditori ma tutti i soggetti del mercato, cioè chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del carattere competitivo del mercato al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere.

Ne consegue la legittimazione ad esperire le azioni di cui all'art. 33 Legge n. 287/1990 del consumatore, che per effetto dell'intesa anticoncorrenziale risulta lesa essendo costretto a subire la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente<sup>28</sup>.

Appare opportuno precisare che la sentenza 04 febbraio 2005, n. 2207 ha riconosciuto la sussistenza della legittimazione attiva del consumatore con specifico riferimento all'azione risarcitoria ex art. 33 Legge n. 287/1990, essendo questa

---

*4.3. In conclusione, ove dovesse ritenersi che il consumatore è legittimato ad agire a norma dell'art. 33, comma 2 della legge n. 287 del 1990, dovrebbe poi pervenirsi alla conclusione della competenza della Corte d'appello».*

<sup>28</sup> Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. sentenza 04.02.2005, n. 2207: «*La diversità di ambito e di funzione tra la tutela codicistica dalla concorrenza sleale e quella innanzi detta della legge antitrust esclude si possa negare la legittimazione alla azione davanti al Giudice ordinario ai sensi dell'art. 33, n. 2, della l. 287/1990, al consumatore, terzo estraneo alla intesa. Contrariamente a quanto ritenuto da Cassazione 17475/2002, 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.[...] Il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire 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».*

soltanto oggetto della causa al vaglio della Suprema Corte e all'azione di accertamento della nullità dell'intesa (in quanto presupposto del risarcimento)<sup>29</sup>.

Va infine considerato che il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 – che ha dato attuazione alla 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 violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (c.d. "direttiva danni") – ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano una disciplina del diritto al risarcimento del danno da violazione della normativa antitrust.

In particolare, il decreto legislativo citato ha riconosciuto, a favore di chiunque lo abbia subito, il diritto al risarcimento del danno cagionato da una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese<sup>30</sup>, precisando esplicitamente che per "diritto della concorrenza" si devono intendere le disposizioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e di cui agli artt. 2, 3 e 4 Legge n. 287/1990<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. sentenza 04.02.2005, n. 2207: «Ritiene pertanto la Corte, poiché la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente il danno ingiusto ex art 2043 cc (SU n 500 del 1999), che colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione, l'azione di cui all'art 33 della legge n. 287 del 1990.

*Cosicché, pare utile precisare conclusivamente, a qualificare la domanda ed a determinare la competenza nel caso che ne occupa è la richiesta di accertamento di una intesa e quindi di dichiararla nulla, presupposto della domanda di eliminarne gli effetti anche attraverso l'eliminazione del sovrapprezzo».*

<sup>30</sup> Cfr. Art. 1, comma 1 d.lgs. n. 3/2017: «Il presente decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui al titolo VIII-bis del libro quarto del codice di procedura civile, 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».

<sup>31</sup> Cfr. Art. 2, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 3/2017: «diritto della concorrenza»: le disposizioni di cui agli articoli 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, applicate autonomamente, nonché le disposizioni di altro Stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le predette disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, escluse le disposizioni che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo



Con il d.lgs. n. 3/2017 il legislatore ha dunque esplicitamente previsto il diritto al risarcimento del danno ex artt. 2 e 33 Legge n. 287/1990 a favore del consumatore che abbia concluso un contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale vietata, così riconoscendo la legittimazione attiva del “consumatore” ad esperire l’azione risarcitoria oltretutto la fondatezza della stessa.

Il d.lgs. n. 3/2017, invece, nulla prevede con riferimento all’esperibilità da parte del consumatore dell’azione di nullità ex artt. 2 e 33 Legge n. 287/1990, né in punto di legittimazione attiva né in punto di fondatezza dell’azione. Il citato testo normativo, infatti, non riconosce esplicitamente, ma neppure esclude, che il soggetto che ha concluso con un’impresa, parte di un’intesa vietata, un contratto “a valle” di detta intesa possa agire per vedere dichiarata la nullità del contratto “a valle”.

Peraltro, come affermato nella stessa direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *«le azioni per il risarcimento del danno sono solo uno degli elementi che assicurano un sistema efficace di applicazione a livello privatistico per le violazioni del diritto della concorrenza, a cui fanno da complemento vie alternative di ristoro, quali forme consensuali di risoluzione delle controversie e decisioni di applicazione a livello pubblicistico che incentivano le parti a riconoscere il risarcimento»*<sup>32</sup>: il che consente agli Stati membri di prevedere anche altre forme di tutela privatistica del diritto alla concorrenza, ulteriori rispetto al risarcimento del danno.

Le considerazioni sin qui svolte riguardo, in generale, ai contratti “a valle” sono pienamente applicabili alle fideiussioni bancarie *omnibus*, oggetto specifico della presente ricerca.

Proprio con riferimento alle fideiussioni *omnibus* corrispondenti al modello A.B.I., infatti, la Corte di Cassazione con l’ordinanza del 12 dicembre 2017, n. 29810 ha avuto modo di chiarire che la Legge n. 287/1990 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non solo 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*

---

*qualora tali sanzioni penali costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese».*

<sup>32</sup> Comma 5 considerando direttiva 2014/104/UE del 26.11.2014.

*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»<sup>33</sup>.*

Tale interpretazione è stata ribadita dalla Suprema Corte anche nella sentenza n. 4175 del 19 febbraio 2020, n. 4175, nella quale viene ricordato che la sentenza Cass. civ. 12 dicembre 2017, n. 29810 si è conformata « *alla giurisprudenza di questa Corte che ha da tempo sancito 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*

---

<sup>33</sup> Corte di Cassazione ordinanza del 12 dicembre 2017, n. 29810: «9.1. *Nell'arresto delle sezioni unite di questa Corte (Sez. U, Sentenza n. 2207 del 2005) è già stato precisato 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".*

9.2. *In quella stessa sede, ha osservato la Corte che, "siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione 'a monte', ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello".*

10. *Orbene, il ricorrente ha portato in giudizio, avanti alla Corte d'appello di Venezia l'esistenza di un danno "a valle" (in conseguenza del contratto, oggetto di esame in questa sede) per effetto dell'intesa vietata ("a monte"), tenuto conto, da un lato che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede svilito (se non calpestato) il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti».*

*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 ».*

È evidente, dunque, che, con riferimento all'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa antitrust, l'utilizzo da parte delle giurisdizioni dell'espressione "consumatore" mira esclusivamente a creare una contrapposizione rispetto ai soggetti – necessariamente imprenditori – partecipanti delle intese vietate, contrapposizione funzionale ad individuare un'ulteriore categoria di "vittime" delle restrizioni anticoncorrenziali del mercato, accanto agli imprenditori estranei all'intesa che subiscono gli effetti di una perdita di competitività.

Infatti, un'intesa anticoncorrenziale posta in essere da un gruppo di imprenditori appartenenti ad una determinata categoria ed operanti in un dato mercato (nel caso che qui interessa, istituti di credito che operano nel mercato delle fidejussioni a garanzia di obbligazioni bancarie), lede, da un lato, gli imprenditori appartenenti a quella categoria che siano estranei all'intesa, i quali subiscono una perdita di competitività, dall'altro, i "consumatori", intesi come qualunque altro soggetto diverso dagli imprenditori appartenenti alla predetta categoria che "acquista" un prodotto su quel mercato, i quali sono privati della facoltà di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza. In tale prospettiva, quindi, chiunque operi, acquisti sul mercato e abbia un interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere competitivo dello stesso può invocare la suddetta tutela.

Facendo applicazione di tali principi, la giurisprudenza di legittimità ha quindi ritenuto invocabili le tutele previste dalla Legge antitrust (cioè le azioni di nullità e/o di risarcimento del danno ex artt. 2 e 33, Legge 10 ottobre 1990, n. 287) da parte di chi si è costituito fideiussore di terzi nei confronti di un istituto di credito sottoscrivendo fidejussioni bancarie *omnibus* conformi al modello predisposto dall'A.B.I. nel 2003.

## Capitolo 2

### La fideiussione bancaria *omnibus*: caratteri dell'istituto

#### 1. La creazione della figura contrattuale della fideiussione bancaria *omnibus*, tra prassi del settore bancario ed evoluzione normativa.

Come già accennato in precedenza, con riferimento all'ordinamento interno italiano, il caso di contratto "a valle" che maggiormente ha interrogato la dottrina e la giurisprudenza è quello delle fideiussioni bancarie *omnibus* conformi allo schema contrattuale elaborato dall'A.B.I. e dichiarato parzialmente nullo per violazione dell'art. 2 Legge n. 287/1990 con il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia quale autorità di vigilanza all'epoca competente.

La c.d. fideiussione bancaria *omnibus* è quel negozio con il quale una parte (fideiussore) si costituisce garante nei confronti di una banca (creditore garantito) per l'adempimento di tutte le obbligazioni, presenti e future (in questo senso "omnibus"), assunte da un altro soggetto (debitore garantito) verso la banca<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. F. ALLEGRETTI, *La fideiussione*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di F. FIORUCCI, CEDAM, Padova, 2016, 150 ss.; F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *I contratti di garanzia*, I, a cura di F. MASTROPAOLO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, UTET, Milano, 2006, 464 ss.; C. CICERO, *Fideiussione omnibus*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XIX-Garanzie, a cura di P. CENDON, UTET, Torino, 2004, 64; così la premessa dei moduli contrattuali di "Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (Fideiussione omnibus)" di A.B.I. del 03.10.2002-11.07.2003-08.07.2005: «Con la presente, Vi comunico di costituirmi fideiussore/Vi comunichiamo di costituirci fideiussori del ... e dei suoi successori o aventi causa, sino alla concorrenza dell'importo di euro ... per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualsiasi natura, quali, ad esempio finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi, aperture di credito, aperture di credito documentari, anticipazioni su titoli, rilascio di garanzie a terzi, depositi cauzionali, riporti, compravendita di titoli, operazioni di intermediazione o prestazione di servizi» e del 1987: «Con la presente, Vi comunico di costituirmi fideiussore/Vi comunichiamo di costituirci fideiussore del ... e dei suoi successori o aventi causa per l'adempimento delle obbligazioni verso codesta Azienda di credito, dipendenti da operazioni bancarie di qualsiasi natura, già consentite o che venissero in seguito consentite a predetto normativo o a chi gli fosse subentrato, quali, ad esempio finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi, aperture di credito, aperture di credito documentari, anticipazioni su titoli cambiali o documentali, rilascio di garanzie a

Tale tipologia negoziale si è affermata nella prassi bancaria, data la fondamentale importanza di garantire l'adempimento delle obbligazioni per la tenuta del sistema di credito.

Il modello di riferimento è costituito dalla disciplina della fideiussione codicistica, alla quale la prassi, in virtù del principio generale di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 cod. civ., al fine di individuare le soluzioni più adeguate alle necessità del sistema creditizio, ha apportato modifiche tanto rilevanti da dare vita ad una "tipologia" di contratto a sé stante. Cruciale, a tale proposito, è l'art. 1938 cod. civ., nella parte in cui prevede che la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione futura<sup>35</sup>.

Il contributo più rilevante alla formazione di una disciplina standardizzata della fideiussione bancaria *omnibus* è dovuto all'opera dell'Associazione Bancaria Italiana (A.B.I.), la quale, a partire dagli anni '60, ha predisposto e diffuso tra gli operatori del mercato finanziario schemi negoziali – c.d. norme bancarie uniformi (n.b.u.)<sup>36</sup> – allo scopo di favorire una migliore e più efficace contrattazione in ambito bancario<sup>37</sup>.

Va precisato che l'A.B.I., come stabilito nel suo Statuto, «è una associazione volontaria senza finalità di lucro che opera per promuovere la conoscenza e la coscienza dei valori sociali e dei comportamenti ispirati ai principi della sana e corretta imprenditorialità, nonché la realizzazione di un mercato libero e

---

*terzi, depositi cauzionali, riporti, compravendita di titoli e cambi, operazioni di intermediazione o prestazione di servizi. La fideiussione garantisce inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso codesta Azienda in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate dallo stesso debitore a favore di codesta Azienda di credito nell'interesse di terzi, per le quali vi dichiaro sin d'ora di considerarmi solidalmente obbligato nei confronti di codesta Azienda di credito e ciò indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni dell'art. 1948 cod. civ.».*

<sup>35</sup> Cfr. G. BOZZI, *La fideiussione bancaria omnibus*, in *La fideiussione*, a cura di G. BOZZI, in *Diritto dei contratti*, diretto da G. Alpa e M. Confortini, UTET, Milano, 2013, 770 ss.; C. CICERO, *Fideiussione omnibus*, cit., 63.

<sup>36</sup> Cfr. F. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in *I contratti bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, UTET, Milano, 2016, 326: «denominazione che permane nel linguaggio corrente, benché successivamente modificata in "Condizioni generali relative al rapporto banca cliente", ad evidenziare la loro non vincolatività».

<sup>37</sup> Cfr. F. ALLEGRETTI, *La fideiussione*, cit., 150.

*concorrenziale*»<sup>38</sup>. Nata nel 1919<sup>39</sup>, ancora oggi vanta una grande quantità di associati della realtà bancaria e finanziaria italiana. L'associazione stessa dichiara che «*gli Associati ABI rappresentano, direttamente o indirettamente, la totalità delle aziende di credito italiane operanti in Italia e la parte più significativa degli intermediari finanziari*»<sup>40</sup>.

I primi modelli contrattuali di fideiussione *omnibus* predisposti dall'A.B.I. risalgono precisamente al 1964 e al 1966 e si caratterizzavano per l'assenza di limiti di durata della garanzia e per la mancata previsione di un importo massimo garantito<sup>41</sup>. L'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi con riferimento alla determinatezza o meno dell'oggetto di siffatte garanzie e alla conseguente validità o meno delle stesse ai sensi dell'art. 1346 cod. civ.<sup>42</sup>, portò l'A.B.I. ad elaborare nel 1987, tra gli altri, uno schema di fideiussione bancaria *omnibus* che indicava il limite dell'importo massimo garantito e prevedeva una clausola di deroga dell'art. 1956 cod. civ. più tenue, nonché a segnalare alle banche l'opportunità di prevedere un importo massimo garantito<sup>43</sup>.

Le banche, tuttavia, ignorarono l'indicazione dell'A.B.I., continuando ad utilizzare i precedenti moduli contrattuali, senza inserire nel contratto le succitate condizioni di contratto<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> Sito web A.B.I., <https://www.abi.it/Pagine/ABI/ABI.aspx>

<sup>39</sup> Sito web A.B.I., <https://www.abi.it/Pagine/ABI/Storia.aspx>

<sup>40</sup> Sito web A.B.I., <https://www.abi.it/Pagine/target/Associati.aspx?LinkFrom=Associati>

<sup>41</sup> Cfr. F. ALLEGRETTI, *La fideiussione*, cit., 155.

<sup>42</sup> Cfr. C. CICERO, *Fideiussione omnibus*, cit., 66 ss..

<sup>43</sup> Cfr. Circolare A.B.I. serie tecnica O, n. 20 del 17.06.1987: «*Invero, pur risultando sostanzialmente validi gli attuali schemi contrattuali, alla luce della giurisprudenza di Cassazione e della prevalente dottrina, è apparso egualmente necessario un loro adeguamento intervenendo sulla disciplina convenzionale sia per esplicitare maggiormente il significato di talune pattuizioni sia per evidenziare meglio alcuni obblighi che l'azienda di credito assume nei confronti della controparte. Tra le principali modifiche apportate in questa ottica va subito segnalato, in primo luogo, che è stata introdotta, nei diversi schemi negoziali, una apposita regolamentazione che pone a carico dell'azienda di credito l'obbligo di comunicare al fideiussore, su sua richiesta ed entro i limiti di importo dallo stesso garantito, l'entità dell'esposizione complessiva del debitore principale nonché, previo consenso scritto di quest'ultimo, anche ulteriori informazioni al riguardo*».

<sup>44</sup> Cfr. F. ALLEGRETTI, *La fideiussione*, cit., 155 ss.; F. MASTROPAOLO – A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit. 467; C. CICERO, *Fideiussione omnibus*, cit., 66 ss..

Va notato, peraltro, che la giurisprudenza prevalente era orientata nel senso della validità della fideiussione *omnibus* senza limite di importo, considerandola come uno strumento adatto ad agevolare l'accesso al credito<sup>45</sup>.

Altra parte della giurisprudenza, tuttavia, riteneva che la posizione del fideiussore risultasse eccessivamente indebolita dalla mancata indicazione dell'importo massimo garantito, in particolare se congiunta all'altra clausola caratteristica delle fideiussioni bancarie *omnibus*, cioè quella clausola che, in deroga all'art. 1956 c.c., riconosceva alla banca il diritto di continuare a fare credito al debitore la cui condizione patrimoniale fosse notevolmente deteriorata, senza dover richiedere il consenso del fideiussore.<sup>46</sup>

In questo contesto si è inserito l'intervento del Legislatore del 1992 a sostegno della posizione del fideiussore.

La legge n. 154/1992, infatti, ha modificato l'art 1938 cod. civ., prevedendo l'obbligo nella stipulazione delle fideiussioni per obbligazioni future di stabilire la somma massima garantita.

La medesima legge, inoltre, ha modificato l'art 1956 cod. civ., sancendo l'invalidità del patto con cui il fideiussore presta la preventiva rinuncia ad avvalersi della liberazione dalla garanzia nel caso in cui il creditore abbia fatto credito al terzo pur conoscendo il peggioramento delle sue condizioni economiche, rimanendo possibile autorizzarlo di volta in volta.

Per effetto del citato intervento normativo, i successivi schemi di fideiussioni bancarie *omnibus* elaborati dall'A.B.I. hanno previsto l'importo massimo garantito.

---

<sup>45</sup> Cfr. Cass. civ. 20 febbraio 1994 n. 8582: «È ormai giurisprudenza costante di questa Corte Suprema che la fidejussione, prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni del debitore garantito derivanti da future operazioni bancarie (la c.d. fidejussione *omnibus*), è valida con riferimento a tutti indistintamente i debiti che abbiano la loro fonte nell'esercizio da parte della banca, in favore del cliente debitore principale, di una attività riconducibile alla figura delle operazioni bancarie - siano queste tipiche, accessorie ed occasionali - in corso o da intraprendere, anche quando tali debiti diano ricollegati ad operazioni in cui la banca ha di fatto esercitato il suo potere discrezionale di aumentare, nel corso dell'esecuzione del rapporto bancario, l'ammontare dell'esposizione del cliente nei propri confronti in via definitiva, temporanea od eccezionale».

<sup>46</sup> Cfr. G. BOZZI, *La fideiussione bancaria omnibus*, cit., 778 ss.; F. ALLEGRETTI, *La fideiussione*, cit., 156.

Gli schemi contrattuali di fideiussione bancaria *omnibus* predisposti dall'A.B.I. vengono qualificati, secondo un orientamento consolidato, come condizioni generali di contratto e vengono considerati dei semplici suggerimenti, privi di valore vincolante, offerti alle banche associate con lo scopo di migliorare lo svolgimento della contrattazione.

Ciò non toglie, tuttavia, che pur non avendo una portata cogente, i consociati A.B.I. si siano di fatto adeguati, facendone applicazione costante. In quanto prodotto dell'autonomia negoziale soggetto a standardizzazione le n.b.u. sono state oggetto di controllo sulla compatibilità con la normativa antitrust.

Il primo significativo intervento di Banca d'Italia, in qualità di autorità garante della concorrenza e del mercato per il settore bancario<sup>47</sup>, è avvenuto con il provvedimento n. 12 del 13.12.1994<sup>48</sup>, con il quale è stata accertata l'anticoncorrenzialità di una pluralità di clausole predisposte dall'A.B.I.: tra queste, le clausole degli schemi di fideiussioni *omnibus* che modificavano «*la disciplina degli art. 1949 e 1950 cc relativamente alla restrizione dell'azione di regresso*» e la disciplina di cui all'art 1945 cod. civ. «*relativamente all'opponibilità delle eccezioni da parte del fideiussione*».

In seguito al citato provvedimento l'A.B.I. con la lettera circolare n. 739 del 03.02.1995 ha trasmesso alle associate un nuovo modello di fideiussione *omnibus*, conforme alle osservazioni dell'autorità garante<sup>49</sup>.

## **2. Fideiussione o garanzia autonoma?**

Questione tuttora oggetto di dibattito e di contrasto giurisprudenziale è la qualificazione della fideiussione bancaria *omnibus* come fideiussione vera e propria

---

<sup>47</sup> Con la legge del 28.12.2005 n. 262 "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" sono stati abrogati i primi tre commi dell'art. 20 della legge 287/1990 per cui l'autorità di vigilanza per il settore bancario non è più la Banca d'Italia. Come risulta dal sito web della stessa: «*La Banca d'Italia ha esercitato la funzione di tutela della concorrenza nel settore del credito dal 1990 fino a gennaio del 2006, in virtù delle attribuzioni stabilite dalla legge 287/1990. A partire dal 12 gennaio 2006 le competenze sono state trasferite all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*».

<sup>48</sup> Cfr. F. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, 326 s..

<sup>49</sup> Cfr. M. ROSSI, *Osservatorio in difesa della fideiussione omnibus ABI*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 1, 01.02.2021, 141, nt.20.



ovvero come garanzia autonoma<sup>50</sup>.

Nella giurisprudenza di merito, infatti, sono state sostenute entrambe le tesi. A titolo di esempio, possono citarsi – tra le molte – la sentenza del Tribunale di Padova del 29.01.2019 (causa R.G. n. 7767/2018)<sup>51</sup>, che si è pronunciata a favore della qualificazione della fideiussione bancaria *omnibus* come fideiussione, e la sentenza del Tribunale di Roma del 26.07.2018 (causa R.G. n. 70923/2017)<sup>52</sup>, che, al contrario, si è espressa a favore della qualificazione come garanzia autonoma.

Va precisato che la qualificazione della fideiussione bancaria *omnibus* come fideiussione ovvero come contratto autonomo di garanzia ha importanti ricadute pratiche, giacché rileva ai fini dell'individuazione della normativa applicabile al singolo contratto, sia per colmare eventuali lacune del regolamento negoziale, sia per valutare la validità delle singole clausole del regolamento contrattuale e individuare la normativa applicabile in caso di invalidità. Infatti, alla fideiussione bancaria *omnibus* che dovesse essere qualificata come fideiussione, si applicherà la disciplina codicistica della fideiussione (artt. 1936-1957 cod. civ.). Alla fideiussione bancaria *omnibus* che dovesse invece essere qualificata come contratto autonomo di garanzia troveranno applicazione le norme caratterizzanti la disciplina di tale contratto atipico, cioè le norme della fideiussione codicistica che non sono espressione dell'accessorietà della garanzia rispetto all'obbligazione garantita.

A tale proposito giova rammentare che il contratto autonomo di garanzia è un contratto atipico, sviluppatosi nella prassi commerciale e bancaria<sup>53</sup>, che si

---

<sup>50</sup> Cfr. C. CICERO, *La fideiussione omnibus*, cit., 65 s..

<sup>51</sup> Cfr. Così nella motivazione: «*la distinzione, di creazione giurisprudenziale, è possibile solo nel caso in cui il contratto contenga contemporaneamente sia l'obbligo di pagamento a prima richiesta scritta che la rinuncia ad opporre eccezioni. [...] il contratto è quindi un normalissimo contratto di fideiussione bancaria e non un contratto autonomo di garanzia.*»

<sup>52</sup> Cfr. Così nella motivazione: «*che, in particolare, sono state dichiarate contrarie alla legge di cui in discorso, nell'ipotesi di loro applicazione uniforme, gli art. 2, 6, 8 dello schema contrattuale predisposto dall'Associazione bancaria di fideiussione, le quali hanno come effetto la "trasformazione" del contratto di fideiussione in un contratto autonomo di garanzia, circostanza che, per stessa ammissione della banca opposta, ricorre nel caso di specie.*».

<sup>53</sup> Cfr. G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 871.

caratterizza per l'assenza di accessorietà (dell'obbligazione del garante) rispetto all'obbligazione garantita<sup>54</sup>.

La diffusione di tale contratto nell'ordinamento italiano, avvenuta soprattutto a partire dagli anni Ottanta del Novecento, ha suscitato un vivace dibattito con riferimento alla validità dello stesso. In un primo momento, si era sostenuto che l'autonomia rispetto al rapporto garantito potesse comportare l'assenza di causa del contratto di garanzia e, dunque, la nullità dello stesso ai sensi dell'art. 1325 cod. civ. (secondo il principio romanistico *cum nulla subest causa, constare non potest obligatio*). Oggi, tuttavia, superati gli iniziali dubbi, la giurisprudenza e la dottrina sono univocamente orientate nel senso di ritenere il contratto autonomo di garanzia pienamente valido<sup>55</sup>.

Giurisprudenza e dottrina sono altresì concordi nell'individuare come criteri distintivi del contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione, in primo luogo, la finalità indennitaria, per cui il garante autonomo si obbliga a tenere economicamente indenne il creditore garantito dalle conseguenze dell'inadempimento del debitore, a differenza del fideiussore che si obbliga ad

---

<sup>54</sup> La questione dell'ammissibilità è addirittura rintracciata nella prima metà del XIX sec. Cfr. M. ROSSETTI, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., 3: «Il 17.1.1849 la *Chambre civile della Suprema Corte francese* fu chiamata a decidere un caso singolare. Una donna, volendo aiutare il proprio figlio ad avviare un'impresa commerciale, prelevò a più riprese varie somme dal proprio conto corrente. Il banchiere, dopo avere erogato un fido ragguardevole (per l'epoca) di 40.000 lire, pretese dalla donna una garanzia. Tale garanzia fu fornita (per l'importo di 25.000 lire) dal figlio, il quale si obbligò «a garantire questa somma nel caso in cui il banchiere non fosse pagato da sua madre, e senz'altra formalità che un avviso». Sorse questione se si trattava di una fideiussione, ovvero di un'obbligazione d'altro tipo: e la Corte confermò la decisione di merito, secondo cui il figlio non aveva assunto l'obbligo di un fideiussore, ma quello di un vero e proprio debitore principale, in aggiunta all'originario (*Chambre civ., 17.1.1849, Dalloz, 1849, I, 49, traggio la citazione da Laurent 1882, 100-101*). Questa vicenda ormai remota (tanto per storicizzare, mentre la Corte francese rendeva la sua decisione, la Repubblica Romana retta dai triumviri Mazzini, Saffi, ed Armellini si preparava a varare la sua Costituzione; nello stesso tempo, Venezia insorta resisteva ancora agli austriaci) dimostra come non sia una novità dei nostri tempi l'esigenza di garantire, a chi eroga credito, un sollecito e possibilmente incontestato recupero delle somme elargite. Questa esigenza nel nostro ordinamento, caratterizzato dalla distinzione tra garanzie reali e garanzie personali, in teoria non poteva che essere soddisfatta dalla fideiussione: strumento, però, non del tutto affidabile, a causa della sua stretta dipendenza dall'obbligazione garantita».

<sup>55</sup> Cfr. G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit. 871, nt.1; M. ROSSETTI, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., 6 ss..

eeguire la medesima obbligazione dovuta dal debitore principale; in secondo luogo, la presenza della “clausola a prima richiesta e senza eccezioni”, in forza della quale il garante, che non subentra nella posizione processuale del debitore principale, non può opporre al creditore le eccezioni derivanti dal rapporto principale<sup>56</sup>. A tale riguardo va ricordato che nel 2010 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha chiarito che la presenza della “clausola a prima richiesta e senza eccezioni” comporta la qualificazione del contratto come garanzia autonoma<sup>57</sup>. Il garante autonomo, quindi, non può opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto principale, a differenza di quanto potrebbe fare il fideiussore ai sensi dell’art. 1945 cod. civ.; ha a propria disposizione soltanto la c.d. *exceptio doli*, cioè quell’eccezione con la quale viene fatta valere l’abusività dell’escussione della garanzia, che si verifica, ad esempio, quando, nonostante sia già stata adempiuta l’obbligazione principale, il creditore richiede comunque il pagamento della garanzia<sup>58</sup>.

Un tanto posto, con riferimento al modulo contrattuale elaborato dall’A.B.I. nel 2003, va osservato che l’Art. 7, comma 1 il relativo schema di fideiussione *omnibus* prevede che: «*Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio*». Trattatasi di una c.d. “clausola a prima richiesta”, che potrebbe consentire di qualificare il modello di garanzia delineato dallo schema A.B.I. come contratto autonomo di garanzia.

Tuttavia, interrogarsi circa la qualificazione della fideiussione *omnibus* tratteggiata dallo schema A.B.I. potrebbe rivelarsi un esercizio inutile, dal momento che i risultati raggiunti non potrebbero essere estesi automaticamente ad ogni

---

<sup>56</sup> Cfr. F. ALLEGRETTI, *La fideiussione* 172 ss.; G. STELLA, *Il problema della qualificazione della fideiussione omnibus come fideiussione ordinaria o come contratto autonomo di garanzia*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 6, 2021, 1807 ss.; M. ROSSETTI, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., 4 ss.; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit. 870 s..

<sup>57</sup> Cfr. Corte di Cassazione S.U. n. 3947 del 18.02.2010: «*la clausola “a prima richiesta e senza eccezioni” dovrebbe di per sé orientare l’interprete verso l’approdo alla autonoma fattispecie del Garantievertrag, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l’intero contenuto “altro” della convenzione negoziale*».

<sup>58</sup> Cfr. G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit. 944; M. ROSSETTI, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., 31 ss..

fideiussione bancaria *omnibus* pur conforme allo schema. Conformità, infatti, non significa che il singolo contratto debba essere necessariamente identico nel contenuto allo schema: esso, infatti, potrebbe presentare delle modifiche del regolamento contrattuale che, pur non rendendolo nel complesso difforme rispetto allo schema contrattuale elaborato dall’A.B.I., lo differenziano in qualche aspetto di disciplina. E tali modifiche potrebbero influire sulla qualificazione del singolo contratto, come fideiussione vera e propria ovvero come contratto autonomo di garanzia.

Come si avrà modo di verificare in seguito, al fine esplicativo nel proseguo del capitolo verranno presi in considerazione degli esempi concreti fideiussioni bancaria *omnibus*.

### **3. Le clausole dello schema A.B.I. di fideiussione omnibus del 2002-2003 ritenute dalla Banca d’Italia lesive della concorrenza.**

Ulteriori interventi di Banca d’Italia, in qualità di autorità garante della concorrenza e del mercato per il settore bancario, hanno riguardato lo schema di fideiussione *omnibus* predisposto dall’A.B.I. nel mese di ottobre 2002, il cui contenuto, sulla base dello schema del 1995, era stato concordato con alcune associazioni di consumatori<sup>59</sup>.

Detto schema – così come i moduli precedenti a partire dal 1987 – conteneva, in particolare, le seguenti clausole:

*«Articolo 2 – Annullamento, inefficacia e revoca dei pagamenti  
Il fideiussore s’impegna altresì a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo.»*

---

<sup>59</sup> Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente – ADICONSUM, Associazione per la Difesa e l’Orientamento dei Consumatori – ADOC, Associazione Nazionale Consumatori e Utenti – FEDERCONSUMATORI, Cittadinanzattiva, Confederazione Generale dei Consumatori – CONFCONSUMATORI, Lega Consumatori ACLI, Movimento Consumatori – MC, Movimento Difesa del Cittadino – MDC e Unione Nazionale Consumatori – UNC.

*«Articolo 6 – Responsabilità del fideiussore*

*I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato.»*

*«Articolo 8 – Invalidità dell'obbligazione garantita*

*Qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate.»<sup>60</sup>*

L'Articolo 2 dello schema è noto come “clausola di reviviscenza”. Esso, infatti, stabilisce che, qualora il pagamento (cioè l'adempimento dell'obbligazione principale da parte del debitore) dovesse essere annullato, dichiarato inefficace o revocato e per tale ragione dovesse essere restituito dalla banca al debitore, la fideiussione, estintasi in seguito al pagamento, “tornerebbe in vita”, dal momento che il fideiussore si impegna a rimborsare alla banca le somme da essa restituite.

L'Articolo 6 prevede una deroga dell'art 1957 cod. civ. Di conseguenza, la banca può richiedere il pagamento al fideiussore anche dopo la scadenza del termine di decadenza previsto dal 1957 cod. civ.

L'Articolo 8 viene generalmente indicato come “clausola di sopravvivenza”. Esso, infatti, stabilisce che la fideiussione “resta in vita” anche in seguito all'accertamento dell'invalidità del rapporto principale garantito, garantendo l'obbligo del debitore di restituire alla banca le somme da questa erogategli in forza del rapporto poi dichiarato invalido.

L'A.B.I. ha comunicato volontariamente con lettera pervenuta alla Banca d'Italia il 07.03.2003 (ex art 13 legge 287/1990) lo schema, ritenendolo conforme alla legge

---

<sup>60</sup> Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) A.B.I. del 03.08.2002.

antitrust<sup>61</sup>. Nei mesi di aprile e di maggio 2003, la Banca d'Italia, senza aprire un procedimento ufficiale, invitava l'A.B.I. a eliminare dal predetto schema negoziale alcune previsioni che risultavano critiche dal punto di vista concorrenziale<sup>62</sup>, perché in contrasto con l'art. 2 Legge n. 287/1990 in quanto esse costituivano condizioni contrattuali frutto di un'intesa, in particolare di una deliberazione di associazione di imprese, e che se predisposte dalle singole banche avrebbero comportato una restrizione del mercato bancario.

Con lettera datata 11.07.2003 l'A.B.I. trasmetteva quindi alla Banca d'Italia una nuova versione dello schema di contratto, nella quale erano comunque presenti le clausole poc' anzi trascritte, pressoché identiche a quelle contenute nella precedente versione.

Di conseguenza la Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 20, comma 3 Legge n. 287/1990, il 25.07.2003 invitava l'AGCM a esprimere il suo parere sui nuovi schemi di fideiussione predisposti dall'ABI, la quale ha ravvisato *«possibili aspetti restrittivi*

---

<sup>61</sup> Cfr. M ROSSI, *Osservatorio in difesa della fideiussione omnibus ABI*, cit., nt.20.

<sup>62</sup> Cfr. M. ROSSI, *Osservatorio in difesa della fideiussione omnibus*, cit.: «Con comunicazione personale del 13 giugno 2019, Banca d'Italia mi ha comunicato che “a seguito di approfondimenti condotti dall'Associazione Bancaria Italiana, l'interlocuzione tra la Banca d'Italia e la citata Associazione relativa alle modifiche delle alcune clausole dello schema contrattuale in materia di fideiussione non si è tradotta in alcun comunicazione ufficiale”»; Banca d'Italia provvedimento 55 del 2005: *«Le modifiche apportate allo schema hanno riguardato i seguenti aspetti:*

– con riferimento alla garanzia prestata da un fideiussore a favore di un altro fideiussore, è stata

*prevista l'applicazione dell'art. 1948 del cod. civ. nei rapporti tra garante e banca. Ciò implica*

*che il fideiussore del fideiussore non sia obbligato verso il creditore, se non nel caso in cui il*

*debitore principale e tutti i fideiussori di questo siano insolventi o siano liberati perché incapaci;*

– in materia di responsabilità del fideiussore, è stato precisato che la deroga ai termini dell'art.

*1957 cod. civ. riguarda soltanto l'indicazione dei tempi per proporre le istanze nei confronti del*

*debitore principale;*

– per quanto concerne le comunicazioni della banca al fideiussore circa il rapporto con il debitore

*principale, si è previsto che la risoluzione del contratto della banca con il debitore sia sempre*

*resa nota al fideiussore».*

della concorrenza e prospettava l'esigenza di avviare la procedura istruttoria»<sup>63</sup>. La Banca d'Italia allora, sulla base del menzionato parere, il 23.11.2003 deliberava di avviare un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 Legge n. 287/1990.

Nel contraddittorio, svoltosi nel corso dell'istruttoria, l'A.B.I. si limitava ad enunciare «*in via preliminare [...] il carattere facoltativo e non vincolante dello schema di contratto*»<sup>64</sup> e come previsione a favore del fideiussore unicamente la deroga della disciplina civilistica della rinuncia ai termini dell'art. 1957 cod. civ.<sup>65</sup>, senza fornire ulteriori elementi idonei a dimostrare la bontà dello schema contrattuale ai fini concorrenziali e a poter beneficiare della autorizzazione dell'Autorità garante ai sensi dell'art. 4 Legge n. 287/1990. L'A.B.I. infatti adduceva a sostegno della liceità degli schemi non tanto l'idoneità degli stessi a contribuire allo sviluppo del prodotto offerto (i contratti di garanzia personale accessori alle operazioni bancarie), quanto piuttosto l'asserita buona fede dell'Associazione stessa, che mediante tali schemi avrebbe inteso facilitare l'accesso al credito<sup>66</sup>.

Secondo l'associazione, le principali cause che avevano reso necessaria la predisposizione di uno schema contrattuale uniforme di fideiussione *omnibus* erano da ricercarsi nei principi espressi nell'accordo di Basilea 2<sup>67</sup>. Nel provvedimento n.

---

<sup>63</sup> AGCM provvedimento n. 14251 del 2005.

<sup>64</sup> Banca d'Italia provvedimento n. 55 del 2005 al punto 26.

<sup>65</sup> Cfr. Banca d'Italia provvedimento n.55 del 2005: «*La rinuncia ai termini dell'art. 1957 cod. civ., ad avviso dell'ABI, va a beneficio del fideiussore, in quanto l'esercizio dell'azione giudiziale entro il breve termine previsto dalla norma "avrebbe un effetto di accelerazione delle difficoltà del debitore e potrebbe verosimilmente precludere più favorevoli soluzioni stragiudiziali, che non sarebbero possibili nei termini assai brevi previsti dal codice"*».

<sup>66</sup> Cfr. Banca d'Italia provvedimento n.55 del 2005 al punto 41: «*[...] In ogni caso, la presenza di garanzie personali non determinerebbe un aggravio degli oneri per il debitore; anzi, proprio la diffusione della fideiussione nell'ambito delle attività economiche ne dimostrerebbe la convenienza, in quanto strumento che facilita l'accesso al credito in mancanza di altre idonee forme di garanzia*».

<sup>67</sup> Con accordi di Basilea si intendono quelle linee guida in materia di requisiti patrimoniali delle banche, redatte dal Comitato di Basilea, allo scopo di perseguire la stabilità monetaria e finanziaria; Cfr. Banca d'Italia provvedimento n.55 del 2005 al punto 42: «*Da tali principi, ad avviso dell'ABI, emergerebbe la necessità per le banche di avvalersi di un modello di garanzia analogo alla fideiussione omnibus; soltanto quest'ultima, infatti, risponderebbe alle caratteristiche che le garanzie personali prestate alle banche devono presentare, secondo la nuova regolamentazione internazionale, ai fini dell'attenuazione del rischio per il calcolo dei requisiti patrimoniali*»; contrariamente l'AGCM col provvedimento n.14251 del 2005 al punto 47: «*lo schema negoziale e il Documento [n.d.r.*

55/2005 invece la Banca d'Italia si è espressa ritenendo che «è necessario attendere la completa definizione delle regole applicative dell'Accordo [n.d.r. Basilea 2] per valutare se la fideiussione omnibus [...] possa essere considerata uno strumento idoneo per il contenimento del rischio di credito ai fini della determinazione dell'adeguatezza patrimoniale»<sup>68</sup>.

Il 22.04.2005 la Banca d'Italia invitava nuovamente l'AGCM a esprimere il proprio parere alla luce della documentazione raccolta.

In questa occasione l'AGCM ha ravvisato la lesione della concorrenza nel contenuto delle clausole 2, 6, 7<sup>69</sup> e 8, le quali comporterebbero, a suo dire, un «aggravio economico indiretto sul debitore»<sup>70</sup>. L'AGCM, tuttavia, esprimeva un

---

Basilea 2] hanno destinatari diversi. Il primo è diretto a tutte le banche associate all'ABI, indipendentemente dall'importanza economica e dall'ambito dell'attività svolta, mentre il secondo riguarda soltanto le banche attive a livello internazionale, che sono una minoranza delle associate ABI».

<sup>68</sup> Banca d'Italia provvedimento n.55 del 2005 al punto 74.

<sup>69</sup> Cfr. Art. 7 modulo A.B.I. del 2003: «Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio».

<sup>70</sup> AGCM provvedimento n.14251 del 2005 al punto 17 «Data la natura di impresa delle banche aderenti all'ABI, quest'ultima si configura come un'associazione di imprese. Lo schema di contratto relativo alla fideiussione omnibus, pertanto, in quanto predisposta e adottata dall'ABI, costituisce una deliberazione di un'associazione di imprese, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90. Ai sensi dell'articolo 2 di tale legge, sono vietate le intese che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza»; punto 27 «Lo schema in esame produce un effetto di standardizzazione delle condizioni commerciali, aventi chiara incidenza economica, che le banche applicano alla clientela e stabilisce regole che, per il loro grado di dettaglio, sono suscettibili di impedire quell'efficace forma di concorrenza rappresentata dalla differenziazione dell'offerta»; punto 28 «Le norme predisposte dall'ABI[...], come già affermato da questa Autorità con riferimento a comportamenti analoghi, [...] costituiscono quanto meno un sicuro punto di riferimento e riducono il livello di incertezza circa comportamento dei concorrenti sul mercato, risultando quindi suscettibili di uniformare aspetti delle strategie commerciali dei soggetti che offrono i servizi interessati»»; punto 30 31«In tale contesto, non appare nemmeno condivisibile la tesi dell'ABI secondo la quale la fideiussione omnibus, con le caratteristiche delineate dall'Associazione di categoria, sarebbe un contratto che risponde ad un'esigenza del mercato. Infatti, l'ampia diffusione delle modalità contrattuali oggetto dell'istruttoria, già presenti in precedenti contratti uniformi predisposti dall'ABI stessa, non può essere considerata come un fenomeno "spontaneo" del mercato, ma piuttosto come il frutto dell'intesa stessa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica comune. La disciplina di dettaglio definita dall'ABI propone un insieme di deroghe alle norme codicistiche che incide sulla posizione del fideiussore, sotto il profilo dell'ampiezza e della durata degli obblighi su di esso gravanti, peggiorandola. Tali aspetti, che contribuiscono a definire l'onerosità della fideiussione,



parere negativo con riguardo, non solo con riferimento alle predette clausole, ma all'intera disciplina del contratto, che risulterebbe la soluzione più sfavorevole al fideiussore<sup>71</sup>.

Ad analoga conclusione, in seguito, perveniva la Banca d'Italia, la quale con il provvedimento n. 55 del 02.05.2005 ha stabilito che «*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*», cioè con la disposizione che vieta le intese anticoncorrenziali<sup>72</sup>, in quanto dette clausole non venivano ritenute necessarie a garantire l'accesso al credito a differenza delle altre.

---

*sono suscettibili di caratterizzare il rapporto commerciale tra la banca e la propria clientela»; punto 40 « Quanto ai problemi di natura concorrenziale posti da specifiche clausole dello schema negoziale, in particolare a quelle che stabiliscono la riviviscenza (articolo 2) e la sopravvivenza (articolo 8) della fideiussione rispetto al venir meno dell'obbligazione principale, la rinuncia al termine di cui all'articolo 1957 c.c. (articolo 6) e il pagamento a prima richiesta (articolo 7), la documentazione trasmessa consente di confermare alcune delle valutazioni formulate nel parere del 22 agosto 2003, riprese dal provvedimento di avvio della Banca d'Italia»; punto 44 «Complessivamente appare comunque potersi affermare che la disciplina della fideiussione omnibus delineata dallo schema negoziale predisposto dall'ABI è idonea a determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minor facilità di accesso al credito, e, nei casi di "fideiussioni a pagamento", accresce il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore».*

<sup>71</sup> Cfr. AGCM provvedimento n.14251 del 2005 al punto 23 «*Ciò vale non soltanto con riferimento alle clausole sopra richiamate - in virtù delle quali il fideiussore: è esposto alle azioni della banca per un tempo indefinito e di gran lunga superiore a quello di legge (articolo 6 dello schema); può nuovamente essere tenuto alla prestazione, senza una nuova ed espressa manifestazione di volontà, ma automaticamente, allo scadere o al venir meno dell'obbligazione principale (artt. 2 e 8); deve soddisfare comunque la pretesa della banca, senza potersi avvalere delle eccezioni ad essa opponibili dal debitore principale (articolo 7) – ma anche per altre clausole, per le quali lo schema delinea comunque una disciplina peggiorativa. Tale è il caso, ad esempio, dell'articolo 13 dello schema che, come rilevato dalla Banca d'Italia, attenua la tutela del consumatore e dell'articolo 1, secondo cui la garanzia copre anche oneri, interessi, accessori, spese etc., senza fare salva la possibilità di patto contrario, invece contemplata dall'articolo 1942 c.c. Rispetto a quest'ultima previsione, il regolamento negoziale risulta dunque idoneo a indurre tutte le banche a proporre l'estensione massima della garanzia*».

<sup>72</sup> Cfr. Banca d'Italia provvedimento n.55 del 2005: «*Tutto ciò premesso e considerato:*

*DISPONE*

*a) gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia*

Tuttavia, tra le valutazioni espresse della Banca d'Italia nel provvedimento succitato in merito a quali clausole dello schema di fideiussione *omnibus* comporterebbero una lesione della concorrenza qualora fossero concretamente applicate dalle banche, rimane assai dubbia la conformità alla normativa antitrust della “clausola a prima richiesta” prevista dall’art. 7 dello schema.

Infatti, si vuole ricordare che, come sostenuto anche dall’AGCM nel sopra menzionato parere<sup>73</sup>, detta clausola rende la fideiussione più gravosa per il garante, dovendo questi corrispondere alla banca quanto dovuto dal debitore principale alla prima richiesta scritta, senza che venga in precedenza escusso il debitore, e dovendo inoltre corrispondere, in caso di ritardo nel pagamento, gli interessi moratori alle condizioni previste per il debitore principale.

Tenendo anche in considerazione che la stessa Banca d'Italia affermava che «*sono da ritenersi in contrasto con le regole della concorrenza gli schemi contrattuali atti a:*

- *fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti;*
- *precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull’insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto»<sup>74</sup>,*

è evidente che l’adozione uniforme di una “clausola di pagamento a prima richiesta” possa porsi in contrasto con il funzionamento concorrenziale del mercato.

---

*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».*

<sup>73</sup> Cfr. AGCM provvedimento n.14251 del 2005 al punto 21: «*L’istruttoria ha confermato che, attraverso tale schema, e in particolare le clausole di reviviscenza e sopravvivenza della fideiussione (artt. 2 e 8), di preventiva rinuncia al termine di cui all’art. 1957 c.c. (articolo 6) e di pagamento “a prima richiesta” (articolo 7), sulle quali si erano soffermati il parere dell’Autorità del 22 agosto 2003 e il provvedimento di avvio della Banca d’Italia, l’ABI detta una disciplina significativamente non equilibrata degli interessi delle parti contraenti».*

<sup>74</sup> Banca d’Italia provvedimento n.55 del 2005 al punto 56.

Pertanto, non è condivisibile l'affermazione della Banca d'Italia secondo cui la clausola in questione, dal momento che «*permette alla banca di recuperare immediatamente il proprio credito senza dover escutere in precedenza il debitore principale, né dimostrare il verificarsi di alcuna specifica condizione*» e che «*essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario*», giustificerebbe una disciplina non equilibrata che andrebbe a danneggiare il fideiussore.

Ad ogni modo, nonostante la pronuncia dell'Autorità di Vigilanza, lo schema contrattuale A.B.I. del 2003, ha trovato ampia diffusione nella prassi e, negli anni successivi – anche in seguito alla predisposizione del nuovo schema ABI dell'08.07.2005, dal quale sono state espunte le tre clausole anticoncorrenziali – è stato concretamente utilizzato dalle banche e dagli intermediari italiani per la conclusione dell'assoluta maggioranza delle fideiussioni bancarie.

#### **4. Esempi di fideiussione omnibus bancaria.**

Giova ora considerare due esempi concreti di fideiussioni bancarie *omnibus* che si ha avuto modo di vedere con mano, prestate l'una a favore di Banca Antoniana Popolare Veneta nel 2006 e l'altra a favore di Veneto Banca Holding S.p.A. nel 2010, mediante la sottoscrizione di moduli contrattuali predisposti unilateralmente da tali istituti di credito. Entrambi i contratti sono, nel complesso, conformi allo schema contrattuale elaborato dall'A.B.I. nel 2003, cionondimeno presentano delle differenze di disciplina che possono suggerire di qualificarli in modo differente.

Il modulo contrattuale predisposto da Banca Popolare Veneta prevede sia le tre clausole contrarie alla concorrenza, in particolare all' Art. 2<sup>75</sup> la “clausola di

---

<sup>75</sup> Cfr. Art. 2 del modulo di Banca Antoniana Popolare Veneta: «*Mi impegno/ci impegniamo altresì a rimborsare alla Banca le somme che dalla Banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*».

reviviscenza”, all’Art. 6<sup>76</sup> la “clausola di deroga all’art. 1957 cod. civ.”, all’art. 8<sup>77</sup> la “clausola di sopravvivenza”, sia all’Art. 7<sup>78</sup> l’impegno del garante a pagare immediatamente, a semplice richiesta scritta della banca. Inoltre, al successivo Art. 8<sup>79</sup> ancora la garanzia viene definita come astratta e autonoma e viene stabilito che la stessa è comunque efficace a prescindere dalla validità ed efficacia degli atti che danno origini alle obbligazioni principali, anche nel caso di incapacità o irregolarità di poteri delle persone operanti in nome e per conto del debitore principale. Da tali disposizioni, non smentite dal rimanente regolamento contrattuale, emerge chiaramente che il garante non può opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto garantito e che il contratto ha una funzione indennitaria.

Il che potrebbe indurre a qualificare il contratto come contratto autonomo di garanzia.

Anche il modulo contrattuale predisposto da Veneto Banca riproduce il contenuto delle tre clausole anticoncorrenziali, in particolare all’Art. 3–Obblighi del

---

<sup>76</sup> Articolo 6 del modulo di Banca Antoniana Popolare Veneta: *«I diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o me/noi stesso/i o qualsiasi altro coobbligato garante entro i termini previsti all’art. 1957 cod. civ., cui espressamente derogo/deroghiamo».*

<sup>77</sup> Cfr. Art. 8 del modulo di Banca Antoniana Popolare Veneta: *«[...] Prendo/iamo atto che, ove le obbligazioni garantite siano dichiarate inesistenti, inefficaci o invalide, la garanzia sin d’ora estesa all’obbligo di restituzione delle somme comunque erogate e relativi accessori».*

<sup>78</sup> Cfr. Art. 7 del modulo di Banca Antoniana Popolare Veneta: *«Prendo/iamo atto di essere tenuto/i a pagare immediatamente alla Banca a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore garantito fanno prova in qualsiasi sede contro di me/noi, i miei/nostri successori o aventi causa, le risultanze delle scritture contabili della Banca. In caso di mio/nostro ritardo nel pagamento, sono/siamo tenuto/i a corrispondere alla Banca gli interessi moratori nella stessa misura e alle stesse condizioni previste a carico del debitore».*

*L’eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine si intende automaticamente estesa a me/noi stesso/i. Riconosco/iamo alla Banca il diritto di stabilire a quali delle obbligazioni del debitore debbono stipularsi i pagamenti da me/noi fatti».*

<sup>79</sup> Cfr. Art. 8 del modulo di Banca Antoniana Popolare Veneta: *«Dichiaro/iamo che la garanzia da me/noi rilasciata è astratta e autonoma, e che pertanto la sua efficacia prescinde dalla validità ed efficacia degli atti generanti le obbligazioni principali, anche nel caso di incapacità o di irregolarità di poteri delle persone operanti in nome e per conto del debitore principale [...]».*

fideiussore<sup>80</sup> la “clausola di reviviscenza”, all’Art. 7–Escussione del debitore o del fideiussore<sup>81</sup> la “clausola di deroga dell’art. 1957 cod. civ.”, all’Art. 10–Obbligazioni garantite invalide<sup>82</sup> la “clausola di sopravvivenza”. All’Art. 8–Spese dovute alla banca<sup>83</sup>, prevede che il garante è tenuto a pagare immediatamente, a semplice richiesta scritta della banca. Tuttavia, non qualifica espressamente la garanzia come autonoma né prevede una generalizzata rinuncia alle eccezioni. Al contrario, l’Art. 11–Eccezioni del fideiussore<sup>84</sup> prevede la sola rinuncia da parte del garante a sollevare eccezioni relative al momento in cui la Banca esercita la sua facoltà di recedere dal rapporto col debitore: il che consente di sostenere che il garante rinunci soltanto alle eccezioni relative alla sussistenza dei presupposti per l’esercizio da parte della banca del recesso, conservando la possibilità di sollevare tutte le altre eccezioni relative al rapporto garantito. Questi elementi depongono a favore della qualificazione del contratto come fideiussione.

---

<sup>80</sup> Cfr. Art. 3 del modulo di Veneto Banca Holding S.p.A.: *«Il fideiussore s’impegna altresì a rimborsare a rimborsare alla banca le somme che dalla stessa fossero incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi motivo».*

<sup>81</sup> Cfr. Art. 7 del modulo di Veneto Banca Holding S.p.A.: *«I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro obbligato o garante entro i termini dell’art. 1957 cod. civ., che si intende derogato».*

<sup>82</sup> Cfr. Art. 10 del modulo di Veneto Banca Holding S.p.A.: *«Nell’ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d’ora estesa a garanzia dell’obbligo di restituzione delle somme comunque erogate».*

<sup>83</sup> Cfr. Art. 8 del modulo di Veneto Banca Holding S.p.A.: *«Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovute per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio. In caso di suo ritardo nel pagamento il fideiussore è tenuto a corrispondere alla banca gli interessi moratori nella stessa misura ed alle stesse condizioni previste a carico del debitore.*

*L’eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine si intenderà automaticamente estesa al fideiussore.*

*Il fideiussore riconosce alla banca il diritto di stabilire a quali delle obbligazioni del debitore debbono imputarsi i pagamenti da lui fatti».*

<sup>84</sup> Cfr. Art. 11 del modulo di Veneto Banca Holding S.p.A.: *«Nessuna eccezione può essere opposta dal fideiussore riguardo al momento in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dal rapporto col debitore».*

### Capitolo 3

#### La tutela del fideiussore “a valle” secondo dottrina e giurisprudenza prima della sentenza della Cassazione civile a Sezioni Unite n. 41994/2021

##### 1. Con riferimento alle azioni utilmente esperibili dal “consumatore” parte di un contratto “a valle”.

Nell’ambito del quadro normativo e giurisprudenziale sopra tratteggiato – nel quale si è progressivamente affermato, con riferimento alle azioni previste dalla Legge antitrust, il riconoscimento della legittimazione attiva del consumatore parte di un contratto “a valle”, in generale, e del fideiussore che abbia stipulato una fideiussione bancaria *omnibus* conforme al modello A.B.I., in particolare – si è altresì e conseguentemente sviluppato un ampio dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, circa l’azione fondatamente esperibile dal consumatore.

Prendendo in considerazione in special modo l’ambito di cui qui ci si occupa, quello cioè delle fideiussioni bancarie *omnibus* conformi allo schema contrattuale A.B.I. del 2003, va osservato che l’individuazione dell’azione utilmente esperibile da parte del fideiussore dipende dalla soluzione offerta alla questione preliminare della validità o meno della fideiussione *omnibus* conforme al modello A.B.I. quale contratto “a valle” di un’intesa vietata.

Secondo un primo filone interpretativo, detta fideiussione è valida, pertanto, il garante ha a propria disposizione soltanto l’azione volta ad ottenere il risarcimento del danno da violazione della normativa antitrust.

Secondo altro orientamento, invece, la fideiussione *omnibus* conforme al modello A.B.I., in quanto contratto “a valle” di un’intesa vietata, è anch’essa nulla, ai sensi dell’art. 2 Legge n. 287/1990, che predica la nullità «*ad ogni effetto*» delle intese restrittive della concorrenza: il fideiussore, pertanto, può fondatamente esperire anche l’azione di nullità ex artt. 2 e 33 Legge n. 287/1990. Dottrina e giurisprudenza che seguono tale filone interpretativo sono però divise nel ritenere la fideiussione affetta da nullità assoluta ovvero da nullità parziale.

Occorre ora esaminare dettagliatamente le cennate posizioni interpretative, considerando le argomentazioni poste a fondamento dell'una o dell'altra ricostruzione.

## **2. L'azione di risarcimento del danno da violazione della normativa antitrust.**

Come si accennava poc'anzi, secondo un primo orientamento l'unica azione esperibile dal consumatore parte di un contratto "a valle" è l'azione di risarcimento del danno da perdita del diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza. Alla base di tale ricostruzione vi è, evidentemente, la convinzione che solo l'intesa lesiva della concorrenza sia nulla ai sensi dell'art. 2 Legge n. 287/1990: il contratto "a valle", invece, sarebbe pienamente valido. Il "consumatore" che ha stipulato un contratto "a valle", pertanto, pur risultando leso dall'intesa, che lo priverebbe della possibilità di scegliere tra prodotti in concorrenza sul mercato, avrebbe quale unica tutela l'azione di risarcimento del danno ex art. 33 Legge n. 287/1990<sup>85</sup>.

In tal senso si è pronunciata, ad esempio, la Corte di Cassazione con la sentenza dell'11 giugno 2003, n. 9384 con la quale ha statuito che *«all'art. 33, comma 2, la legge ha previsto una tutela civilistica, autonoma e concorrente rispetto alle funzioni esercitate dall'Autorità [n.d.r. Autorità garante della concorrenza e del mercato], ad opera della Corte d'appello competente per territorio in relazione ad azioni di nullità, risarcimento danni e ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti d'urgenza per violazione delle disposizioni antitrust; la qual cosa lascia dedurre che se l'accordo antitrust può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti»*.

---

<sup>85</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. OLIVIERI e A. ZOPPINI, Editori Laterza, Roma – Bari, 2008, 111: *«Nel caso in cui il contratto attuativo sia un contratto avente una causa sua propria e lecita (per esempio: vendita), il fatto che il prezzo o altre condizioni siano conformi a un accordo di cartello "a monte" non determina, di per sé, nullità del contratto a valle»*.

Appare utile osservare che il danno di cui all'azione di risarcimento ex art. 33 Legge n. 287/1990 è, secondo l'opinione dominante, un danno aquiliano. In tal senso, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 04 febbraio 2005, n. 2207 ha significativamente stabilito che, *«poiché la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente il danno ingiusto ex art. 2043 c.c. (S.U. n. 500 del 1999)»*, *«colui che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a monte, ancorché non sia partecipe ad un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, ha a propria disposizione, l'azione di cui all'art 33 della legge n. 287 del 1990»*.

Va precisato che, in passato, la dottrina ammetteva la possibilità di fondare l'azione di risarcimento del danno da illecito antitrust promossa dal "consumatore" sull'art. 2043 cod. civ., anziché sull'art. 33 Legge n. 287/1990<sup>86</sup>.

Tale distinzione aveva anzitutto conseguenze sulla prova della sussistenza del danno. Da una parte, infatti, il codice civile richiede che vengano provati congiuntamente il fatto antigiuridico, il danno ingiusto, il nesso di causalità tra condotta e danno, la colpevolezza e l'imputabilità del fatto. Dall'altra, la previsione

---

<sup>86</sup> Cfr. F. GRECO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 5, 01.05.2020, 1414: *«[...] rimediabilità risarcitoria, che, perlomeno prima facie, sembrerebbe l'unica strumentazione dotata di una sostanziale congruità, stante anche il riconoscimento giurisprudenziale: la violazione di interessi, rilevanti per l'ordinamento, integra, perlomeno in via potenziale, quel danno ingiusto, presupposto dall'art. 2043 c.c., che il cliente subirebbe in esito a una contrattazione viziata dalla circostanza di non aver avuto, ab origine, una valida rosa di alternative, per effetto della consumazione dell'intesa restrittiva « a monte »: l'impresa autrice dell'illecito sarebbe, quindi, obbligata a risarcire un danno c.d. conseguenza, rinvenibile nel delta intercorrente tra il prezzo pagato e quello che avrebbe dovuto corrispondere in un mercato con dinamiche concorrenziali non alterate»*; M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2020, 85: *«Un primo indirizzo ravvisa nell'ipotesi in esame un caso di responsabilità extracontrattuale. La legislazione antitrust fonderebbe posizioni giuridiche protette non solo in capo alle imprese concorrenti, ma anche a consumatori e utenti finali. La condotta anticoncorrenziale porrebbe allora in essere una lesione di un interesse normativamente tutelato, integrando così il "danno ingiusto" di cui all'art. 2043 c.c. (anche senza accedere all'interpretazione, controversa in dottrina, dell'art. 2043 c.c. come clausola generale) e obbligando l'autore dell'illecito a risarcire il danno-conseguenza patito dal contraente a valle, identificabile nel delta tra il prezzo pagato e quello che avrebbe potuto essere preteso in un mercato non alterato»*.



dell'art. 33 Legge n. 287/1990, come argomentato da autorevole dottrina<sup>87</sup>, avrebbe richiesto la sola dimostrazione della illiceità della condotta delle imprese che costituiscono l'intesa.

In secondo luogo, nella vigenza dell'art. 33 Legge n. 287/1990 nel suo testo originario (dunque, prima della modifica apportata dall'art. 2, comma 2 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1) l'azione di risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ. avrebbe potuto essere normalmente promossa innanzi al Tribunale o al Giudice di Pace, mentre l'azione di risarcimento del danno ex art. 33 Legge n. 287/1990 avrebbe dovuto essere promossa innanzi la Corte d'Appello competente in unico grado, con conseguente perdita di un grado di giudizio<sup>88</sup>.

Deve essere tuttavia considerato che il d.lgs. n. 3/2017 ha introdotto una disciplina specifica per il risarcimento del danno subito a seguito di violazione delle norme sulla concorrenza, stabilendo, in particolare, che *«L'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione»*<sup>89</sup>.

Inoltre, in seguito alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 2 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27, la “perdita” di un grado di giudizio non sussiste più, giacché con riferimento alle azioni di risarcimento del danno ex art. 33 Legge n. 287/1990 sono competenti le Sezioni specializzate in materia di impresa dei tribunali di Milano, Roma e Napoli<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 98 (1 2019), 283, nt. 46.

<sup>88</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, cit. 284

<sup>89</sup> Art. 14, comma 2 d.lgs. 19.01.2017, n. 3.

<sup>90</sup> Cfr. Art. 4 comma 1-ter D.lgs. n.168 del 27.06.2003, così modificato dal D.L. del 23.12.2013 n.145 convertito con modificazioni dalla legge del 21.02.2014 n. 9: *«Per le controversie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c) e d), anche quando ricorrono i presupposti del comma 1-bis, che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti: a) la sezione specializzata in materia di impresa di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata); b) la sezione specializzata in materia di impresa di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata); c) la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso,*

Alla luce degli interventi normativi citati, quindi, non vi è più alcuna convenienza processuale nel proporre domande di risarcimento per violazione del diritto antitrust ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Fermo quanto esposto, occorre precisare che una parte minoritaria della dottrina ha ravvisato la possibilità di qualificare il danno da perdita del diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, subito dal consumatore che stipula un contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale, quale danno contrattuale.

Ad avviso di tali autori, infatti, non vi sarebbe il «nesso di causalità materiale tra condotta e lesione dell'interesse protetto»<sup>91</sup> richiesto dall'art. 2043 cod. civ., pertanto, «la conclusione del contratto a valle non è conseguenza immediata e diretta dell'intesa anticoncorrenziale»<sup>92</sup>. Tali argomentazioni, tuttavia, sembrano oramai doversi considerarsi superate perché è la legge stessa a presumere che il danno esista quando venga posto in essere un cartello, salvo prova contraria.

Va aggiunto che gli autori che qualificano il danno *de quo* come contrattuale richiamo a fondamento di tale ricostruzione una pluralità di disposizioni normative<sup>93</sup>. È stata così affermata la possibilità di esperire: un'azione ex 1440 cod. civ., onde far valere un vizio del consenso<sup>94</sup>; un'azione ai sensi degli artt. 1175,

---

*Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria.)».*

<sup>91</sup> M. MORESCO, *fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit., 85 ss..

<sup>92</sup> M. MORESCO, *fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit., nt. 30.

<sup>93</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema aperto*, cit. 285.

<sup>94</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema aperto*, cit., 286: «La prima forma di protezione risarcitoria contrattuale prospettata da alcuni autori si sostanzia nella *facultas agendi* diretta a far valere uno dei vizi del consenso, ossia, più nello specifico, nella «possibilità di esperire un'azione [...] contrattuale ex art. 1440 c.c., tenendo conto che emergerebbe, quantomeno, una sorta di *dolo incidens tantum* in capo all'impresa che ha agito "nella consapevolezza di praticare condizioni che non dipendono dalle logiche di mercato, ma da un'alterazione delle dinamiche concorrenziali dovuta ad un comportamento illecito posto in essere dalla stessa e di cui il consumatore è tenuto all'oscuro [...] con l'obiettivo [...] di conseguire un extraprofitto agendo volontariamente ai danni del consumatore [...]»»; F. GRECO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, cit.: «Al contempo, è stata proposta in dottrina anche una responsabilità per dolo determinante e/o incidente, ex art. 1439 e 1440 c.c.»; M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI:*

1374 e 1375 cod. civ., con eventuale richiesta di risoluzione del contratto “a valle” per inadempimento<sup>95</sup>; un’azione di risarcimento ex art. 1338<sup>96</sup> cod. civ.; un’azione ex art. 1337 cod. civ. per responsabilità precontrattuale e mancato rispetto del dovere di comportarsi secondo buona fede<sup>97</sup>.

Deve essere infine precisato che il risarcimento del danno in ambito antitrust subito dal contraente debole è oggi pacificamente riconosciuto dalla dottrina<sup>98</sup> e

---

*condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.1, 2020, 85: «la condotta dell'impresa — che, partecipando a un'intesa illecita o abusando della propria posizione dominante, distorce la concorrenza nel mercato di riferimento — integrerebbe il “raggiro” di cui all'art. 1440 c.c.: di conseguenza, il contratto non verrebbe invalidato, ma il cliente dell'impresa potrebbe ottenere, a titolo di risarcimento del danno, il sovrapprezzo imposto attraverso l'illecito anticoncorrenziale».*

<sup>95</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, cit., 286: «La seconda si fonda, invece, sulla più generica, e secondo molti autori discutibile, possibilità per la weak party di agire, ai sensi degli artt. 1374 e 1375 c.c., nonché dell'art. 1175 c.c. (contenenti “obblighi accessori c.d. di protezione, non specificamente contemplati, posti a garanzia della persona o del suo patrimonio”), chiedendo eventualmente (a voler condurre la discussione a conseguenze estreme, ma coerenti), la risoluzione per inadempimento del contratto concluso con l'impresa scorretta».

<sup>96</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, cit. 287: «La terza possibile impostazione del problema in termini di contractual liability è quella proposta da quanti, muovendo dalla premessa secondo la quale il problema da risolvere “attiene all'esecuzione di un contratto”, rilevano che «la responsabilità contrattuale, quando non è effetto dell'inadempimento, può derivare soltanto dalla invalidità del contratto. Precisamente, il contratto è fonte di responsabilità ex art. 1338 c.c.»; va da sé che secondo questa interpretazione il contratto viene considerato nullo.

<sup>97</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, cit., 287: «Vi è anche chi si è chiesto se non sia possibile configurare in capo alle imprese scorrette una responsabilità per violazione dell'art 1337 del codice civile, derivante cioè dal mancato rispetto del generico dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione dei contratti (ribadito e con maggiore enfasi, oggi, nell'art. 2, comma 2 lett. e, del Codice del Consumo, il quale impone atteggiamenti di “correttezza, trasparenza ed equità dei rapporti concernenti beni e servizi”)»; F. GRECO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, cit.: «una precontrattuale, per lesione di un interesse negativo, ex art. 1338 c.c. (ovverosia, per aver concluso il contratto, nonostante la conoscenza di una causa di invalidità, l'intesa restrittiva «a monte»)»; M. MORESCO, *fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit.: «Si è anche sottolineato che i divieti di intesa anticoncorrenziale e di abuso di posizione dominante costituirebbero norme di condotta attinenti alla fase prenegoziale; la loro violazione non potrebbe perciò causare la nullità del contratto a valle, in base al trattato principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità».

<sup>98</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti*

giurisprudenza – sia da chi sostiene la validità del contratto a valle, sia da coloro che sostengono il contrario – e, soprattutto, è esplicitamente ammesso dal già esaminato D.Lgs. n. 3/2017.

### **3. L'azione di accertamento e dichiarazione della nullità del contratto "a valle", con specifico riferimento alle fideiussioni omnibus conformi allo schema A.B.I.**

#### ***3.1 L'ordinanza della Corte di Cassazione del 12 dicembre 2017, n. 29810.***

Secondo un altro orientamento, il contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata è nullo ed il consumatore – inteso nel senso, già più volte precisato, di soggetto che non è imprenditore operante sul mercato nel quale è intervenuta l'intesa lesiva della concorrenza e che è comunque estraneo all'intesa, il quale abbia concluso con un imprenditore partecipe all'intesa un contratto attraverso il quale essa viene eseguita ovvero attuata – può agire in giudizio per ottenere la declaratoria di nullità del contratto "a valle" ex artt. 2 e 33 Legge n. 287/1990<sup>99</sup>.

La prima pronuncia di legittimità che, con particolare riferimento alle fideiussioni bancarie *omnibus*, ha riconosciuto esplicitamente la nullità dei contratti "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata è stata la sentenza del 12 dicembre 2017, n. 29810, la quale ha stabilito il principio di diritto secondo cui «*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*

---

*danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema aperto, cit., 281: «La prima forma di salvaguardia (accolta pressoché unanimemente e con una sola voce fuori campo contraria)» secondo l'autore l'unica voce fuori dal coro è G. Guzzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, nota a Cass., ordinanza n. 15538/2003, in *Foro.it.*, 2004, 2, I, 484: «la determinazione di un certo contenuto contrattuale, anche se rivelatasi non convincente, non può tendenzialmente mai assurgere a fatto produttivo di danno risarcibile».*

<sup>99</sup> Cfr. L. MORISI, *Fideiussioni omnibus a valle: vecchie questioni e nuovi rimedi?*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, fasc. 1, gennaio 2022.

*indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016)) 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».*<sup>100</sup>

La sentenza in esame si pone in continuità rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite del 04 febbraio 2005, n. 2207, in essa esplicitamente richiamata. Come si è visto *supra*, infatti, la sentenza n. 2207/2005 aveva ammesso la legittimazione attiva del “consumatore” parte del contratto “a valle” rispetto alle azioni di cui all’art. 33 Legge n. 287/1990, riconoscendogli la possibilità di esperire l’azione volta ad ottenere l’accertamento della nullità dell’intesa anticoncorrenziale e l’azione di risarcimento del danno da perdita del diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, conseguente all’intesa. La sentenza delle Sezioni Unite del 2005, inoltre, aveva fatto cenno alla possibilità di considerare invalidi i contratti “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale, laddove aveva affermato che «*non si può attribuire 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*», con ciò lasciando intendere che la sanzione giuridica che colpisce l’intesa “a monte”, cioè la nullità, debba estendersi “a cascata” ai contratti “a valle” dell’intesa.

Con la sentenza n. 29810/2017 la Suprema Corte ha dunque esplicitato le conseguenze giuridiche già traibili dai principi giuridici affermati nella sentenza n. 2207/2005 ma in essa solo abbozzate, affermando esplicitamente la nullità dei contratti “a valle”, attuativi di un’intesa dichiarata anticoncorrenziale dall’autorità indipendente preposta alla regolazione e al controllo del mercato. La Corte, infatti, dopo aver rilevato che il Legislatore, con l’art. 2 Legge n. 287/1990, ha inteso

---

<sup>100</sup> Corte di Cassazione 12.12.2017 n. 29810 punto 12.

«proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”»<sup>101</sup>, ne ha tratto la necessaria conseguenza che risulta rilevante «qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali”. Da ciò consegue che, allorché l’articolo in questione [n.d.r. l’art. 2 Legge n. 287/1990] stabilisce la nullità delle “intese”, non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all’eventuale negozio giuridico originario postosi all’origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione anche successiva al negozio originario la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza»<sup>102</sup>. Pertanto, «qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell’accertamento della violazione dell’art. 2 della legge antitrust»<sup>103</sup>, dal che consegue che il contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale, in quanto strumento attraverso il quale viene realizzata l’intesa distorsiva della concorrenza, è nullo.

Sul presupposto, dunque, che i contratti “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale siano nulli, la Suprema Corte ha risolto la questione oggetto del ricorso, stabilendo che «la Corte territoriale, che è l’organo deputato all’accertamento in fatto, alla luce dei principi sulla prova privilegiata elaborati da questa Corte, non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all’indagine dell’Autorità indipendente ed alle sue risultanze, poiché se la violazione “a monte” è stata consumata anteriormente alla negoziazione “a valle”, l’illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio

---

<sup>101</sup> Corte di Cassazione 12.12.2017 n. 29810 punto 11.1.

<sup>102</sup> Corte di Cassazione 12.12.2017, n. 29810 punto 11.1.

<sup>103</sup> Corte di Cassazione 12.12.2017, n. 29810 punto 11.2.

*concluso “a valle”, per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall’art. 2, della Legge antitrust)»<sup>104</sup>.*

Va precisato che neppure la Corte d’Appello – che aveva conosciuto della causa quale giudice di univo grado ex art. 33 Legge n. 287/1990 – aveva affermato in linea generale, la validità della fideiussione omnibus conforme al modello A.B.I., essendosi limitata ad affermare che le fideiussioni bancarie *omnibus* prestate anteriormente al provvedimento di Banca d’Italia del 2005 rimangono valide perché *«Soltanto il mancato adeguamento dell’ABI – nella predisposizione delle NBU – al provvedimento della Banca d’Italia deve ritenersi illegittimo ed idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente»<sup>105</sup>.*

Infine anche leggendo la sentenza di cassazione e tenendo in considerazione quanto detto dalla corte di appello avverso cui è stato chiesto ricorso è da desumersi la soluzione della invalidità dei contratti “a valle” e così, talaltro, si evince dalla sentenza stessa,

Come si evince dalla sentenza della Cassazione, dunque, *«La richiesta giudiziale del consumatore (ossia, in primis, la possibilità di accertare la nullità dell’accordo contrattuale) è stata radicalmente esclusa dalla Corte territoriale in quanto esso era anteriore (sia pure di pochi mesi) all’esito dell’istruttoria condotta e solo il mancato adeguamento dell’ABI, nella predisposizione delle NBU, dovrebbe dirsi atto omissivo illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato dall’istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali»<sup>106</sup>.*

In seguito alla sentenza della Corte di Cassazione qui in esame la giurisprudenza di merito maggioritaria si è orientata nel senso di ritenere le fideiussioni *omnibus* conformi al modello A.B.I. nulle, seppur diversificandosi con riferimento all’individuazione delle ragioni di detta nullità (illiceità della causa, illiceità dell’oggetto, contrarietà a norme imperative, etc.) e della tipologia della nullità

---

<sup>104</sup> Corte di Cassazione 12.12.2017, n. 29810 punto 11.2.

<sup>105</sup> Corte d’Appello di Venezia 01.06.2013, n. 1287.

<sup>106</sup> Corte di Cassazione 12.12.2017, n. 29810 punto 10.1.

(assoluta ovvero limitata alle tre clausole oggetto del provvedimento della Banca d'Italia), con si avrà modo di illustrare tra breve.

Una parte della giurisprudenza e della dottrina, tuttavia, ha tentato di ridimensionare la portata della sentenza n. 29810/2017. In particolare, basandosi su di una lettura meramente letterale del principio di diritto espresso dalla sentenza, è stato sostenuto che «*la Corte di cassazione si sia limitata a fissare il principio, di diritto intertemporale, secondo cui il risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust riguarda anche i contratti “a valle” stipulati prima dell'accertamento dell'illiceità dell'intesa da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*»<sup>107</sup>.

Tale interpretazione “restrittiva” non sembra però condivisibile, dal momento che il principio di diritto espresso dalla citata pronuncia della Corte di Cassazione non può essere considerato in modo atomistico, avulso dal resto della sentenza. Se è vero, infatti, che detto principio di diritto è incentrato sulla soluzione di una questione di “diritto intertemporale”, cioè la possibilità di considerare contratti “a valle” di un'intesa vietata anche le fideiussioni bancarie *omnibus* conformi al modello A.B.I. concluse prima del provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia, essendo questa la questione giuridica controversa nel caso di specie, ciò non toglie che la sentenza nel suo complesso si esprima nel senso di ritenere nulli tutti i contratti “a valle”, per tali intendendo i contratti stipulati successivamente ad un'intesa anticoncorrenziale e che realizzino profili di distorsione della concorrenza.

Da ultimo, va segnalato che la sentenza della Corte di Cassazione del 12 dicembre 2017, n. 29810, pur affermando, come si è appena visto, la nullità delle fideiussioni bancarie *omnibus* conformi al modello A.B.I. quali contratti “a valle” di un'intesa anticoncorrenziale, non ha precisato chiaramente la ragione di tale nullità.

Le argomentazioni svolte dalla Suprema Corte – in particolare, il riferimento al fatto che l'art. 2 Legge n. 287/1990 vieti la distorsione della concorrenza e che, pertanto, la sanzione della nullità prevista da tale articolo colpisce tutta la complessiva

---

<sup>107</sup> S. BASTIANON, in *La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust «a monte» e contratti «a valle»*, in *Responsabilità Civile e Previdenziale*, fasc.3, 01.03.2020, 694.



situazione, anche successiva all'intesa, che realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza – potrebbero indurre a qualificare la nullità del contratto “a valle” quale nullità per violazione di norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 cod. civ. D'altro canto, l'art. 2 Legge n. 287/1990, che sancisce che «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*», è una norma imperativa.

Tuttavia, come noto, l'art. 1418, comma 2 cod. civ. prevede altre ipotesi di nullità del contratto: mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 cod. civ. (accordo, causa, oggetto, forma); illiceità della causa; illiceità dei motivi nel caso previsto dall'art. 1345 cod. civ.; impossibilità, illiceità, indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto.

Così, in dottrina<sup>108</sup> ed in giurisprudenza sono state proposte varie ricostruzioni interpretative della nullità dei contratti “a valle” delle intese anticoncorrenziali, che hanno trovato una sintesi solo nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 dicembre 2021, n. 41994, della quale ci si occuperà diffusamente nel prosieguo.

### **3.2 La nullità del contratto “a valle” per contrarietà a norme imperative.**

Un primo orientamento interpretativo è proprio quello che ritiene che la fideiussione bancaria *omnibus* conforme al modello A.B.I., dichiarato lesivo della concorrenza dal provvedimento della Banca d'Italia del 05 maggio 2005, n. 55, sia nullo per contrarietà a norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1 cod. civ., con riferimento all'art. 2 Legge n. 287/1990<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, cit. 298, M. MORESCO, *fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit.; A. GENTILI, *la nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, in *Giustizia Civile*, fasc.4, 1° aprile 2019, pag. 675.

<sup>109</sup> Cfr. M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit.; A. GENTILI, *la nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, cit.: «*Le difficoltà di ricondurre la nullità dei contratti a valle in una comminatoria tipica hanno indotto a cercarne la fonte in una atipica: di qui una quarta tesi, per cui si avrebbe qui nullità virtuale per violazione di norma imperativa*».

Tale ricostruzione interpretativa presenta però due “varianti”, che differiscono tra loro per l’identificazione assoluta o meno tra intesa e contratti “a valle”.

Secondo alcuni autori, infatti, la nullità dei contratti “a valle” trarrebbe origine dalla previsione stessa dell’art. 2 Legge n. 287/1990, giacché l’inciso «*nullità ad ogni effetto*» comprenderebbe nel suo ambito semantico anche la nullità dei “contratti valle”, oltretutto la nullità dell’intesa<sup>110</sup>. In questo senso, per quanto concerne la giurisprudenza di merito, si è pronunciato il Tribunale di Siena con la sentenza del 14.05.2019<sup>111</sup>.

Altri autori, invece, ritengono che la «*nullità ad ogni effetto*» di cui all’art. 2 Legge n. 287/1990 si riferirebbe soltanto all’intesa anticoncorrenziale: il contratto “a valle” risulterebbe nullo per nullità derivata poiché funzionalmente collegato all’intesa<sup>112</sup>. Senza un contratto con i soggetti “a valle”, infatti, il cartello<sup>113</sup> tra le imprese non avrebbe alcun significato, risulterebbe una sorta di “sovrastuttura” delle imprese stesse fine a sé stessa e priva di alcuna rilevanza: senza un contratto “a valle”, dunque, non vi sarebbe neppure un cartello da invalidare.

La tesi è stata, tuttavia, criticata da quella dottrina che ritiene che la nullità derivata tragga origine dall’istituto del “collegamento negoziale”, ragion per cui «*un collegamento tra due contratti sussiste solo quando oggettivamente l’uno in concreto non si giustifichi senza l’altro, e soggettivamente le parti, soprattutto se non identiche, manifestino un intento di coordinamento di un patto con l’altro uno scopo comune ulteriore; ma qui non è il caso, stante la piena estraneità del cliente all’intesa*»<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, cit. 303

<sup>111</sup> Così nella motivazione: «*la norma attribuisce rilievo anche al negozio a valle, inteso come prodotto (“effetto”) dell’intesa vietata*».

<sup>112</sup> Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. “contratti a valle”. Un problema aperto*, cit. 303: «*altri autori, con una parziale variante, pur negando cioè un’assoluta identificazione tra intese e “contratti a valle” e rifacendosi piuttosto all’istituto del collegamento negoziale, hanno riconosciuto l’invalidità dei downstream contracts utilizzando la categoria della c.d. nullità derivata*».

<sup>113</sup> Tale inteso come intesa orizzontale.

<sup>114</sup> A. GENTILI, *la nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, cit..

### 3.3 La nullità del contratto “a valle” per illiceità della causa.

Un altro orientamento interpretativo è quello che ritiene che la fideiussione bancaria *omnibus* conforme al modello A.B.I. sia nulla per illiceità della causa, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418, comma 2 e 1343 cod. civ.<sup>115</sup>.

Come ben noto, infatti, l'art. 1343 cod. civ. stabilisce che «*La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume*». La causa del contratto è dunque illecita quando vi sia illiceità «*dell'operazione economica che al soggetto si pretende applicare, e in questo senso, della funzione obiettiva del contratto*»<sup>116</sup>.

Con riguardo ai contratti “a valle” di un'intesa anticoncorrenziale e con specifico riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi al modello A.B.I., è stato dunque sostenuto che il contratto “a valle” è lo strumento che, materialmente, permette all'impresa che è parte dell'intesa di trarre gli indebiti profitti conseguenti all'intesa restrittiva della concorrenza. Il che rende illecita la causa del contratto “a valle”.

Nella giurisprudenza di merito, l'orientamento in esame è stato seguito, tra le altre, dalla sentenza n. 526/2018 della Corte di Appello di Bari<sup>117</sup>.

Contro la ricostruzione in commento, è stato sostenuto che la funzione anticoncorrenziale del contratto “a valle” non sarebbe la causa dello stesso, bensì il motivo<sup>118</sup> che ha determinato l'istituto di credito a concludere il contratto. Pertanto, trattandosi di un motivo illecito proprio di una soltanto delle parti (la banca), ai

---

<sup>115</sup> Cfr. M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit..

<sup>116</sup> D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, Tomo I, UTET, 1999, Torino, 532

<sup>117</sup> Così nella motivazione: «*Gli effetti della contrarietà dello schema contrattuale adottato dalle banche rispetto alla normativa antitrust vigente sono evidenti: i contratti di fideiussione che si mostrino fedeli al richiamato schema contrattuale dovranno essere considerati nulli, essendo caratterizzati da causa illecita, perché contraria a norme imperative*».

<sup>118</sup> Cfr. A. GENTILI, *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, cit., nt. 45.

sensi dell'art. 1345 cod. civ.<sup>119</sup> non è idoneo a determinare la nullità della fideiussione bancaria *omnibus* conforme al modello A.B.I.

### **3.4 La nullità del contratto “a valle” per illiceità dell’oggetto.**

Altro orientamento interpretativo ancora è quello che ritiene che la fideiussione bancaria *omnibus* conforme al modello A.B.I., quale contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale, sia nulla per illiceità dell’oggetto<sup>120</sup>.

Giova rammentare, da un punto di vista di teoria generale, che l’oggetto del contratto è illecito quando la prestazione prevista in contratto è illecita di per sé, nel senso che sarebbe illecita anche se compiuta al di fuori di qualsiasi impegno negoziale<sup>121</sup>, ovvero quando risulta illecita in ragione del complessivo assetto di interessi posto in essere mediante la singola e concreta operazione economica realizzata con il contratto<sup>122</sup>.

Secondo autorevole dottrina, infatti, «l’illiceità dell’oggetto può sussistere anche quando le prestazioni dedotte in contratto, per quanto in sé ammesse, siano strumentali al conseguimento di un risultato vietato»<sup>123</sup>. Nel caso qui in esame, dunque, l’illiceità dell’oggetto della fideiussione bancaria *omnibus* conforme al modello A.B.I. sarebbe determinata dal fatto che la conclusione del contratto, con quello specifico contenuto, risulterebbe strumentale alla manipolazione della concorrenza da parte dell’istituto di credito partecipe all’intesa.

Gli autori che confutano la tesi della nullità per oggetto illecito sostengono che solo «il “prezzo” costituirebbe l’oggetto illecito del contratto, e lo renderebbe nullo per la parte corrispondente, con conseguente indebito e azione restitutoria. La tesi

---

<sup>119</sup> Art. 1345 cod. civ.: «Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe».

<sup>120</sup> Cfr. M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit.; A. GENTILI, *la nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, cit..

<sup>121</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, cit., 98

<sup>122</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Il contenuto e l’oggetto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, Tomo I, UTET, Torino, 1999, 693.

<sup>123</sup> M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, cit., 85.

*risulta utile solo per i contratti a valle in cui l'intesa altera il "prezzo". Sarebbe impossibile estenderla a intese di spartizione del mercato, e molto forzato adattarla a contratti in cui l'intesa o la posizione dominante conduce ad inserire le clausole speciali estranee al corrispettivo, come quelle viste nel caso delle fideiussioni ABI»<sup>124</sup>.*

### **3.5 Nullità assoluta e nullità parziale delle fideiussioni bancarie omnibus conformi allo schema A.B.I..**

Dottrina e giurisprudenza che ritengono che le fideiussioni *omnibus* conformi al modello A.B.I. siano nulle, non sono concordi – oltretutto con riferimento alla giustificazione di tale nullità – neppure circa la portata della nullità.

Secondo un primo orientamento, infatti, le fideiussioni bancarie *omnibus* conformi al modello A.B.I. sono affette da nullità assoluta. Secondo altro orientamento, invece, sono affette da nullità parziale, ai sensi dell'art. 1419 cod. civ.<sup>125</sup>, limitata alle sole clausole riprodotte di quelle giudicate lesive della concorrenza dalla Banca d'Italia con il più volte citato provvedimento del 05 maggio 2005, n. 55.

Secondo autorevole dottrina, i contratti "a valle" «sono interamente nulli se la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, si pensi ad una intesa di spartizione; e sono invece nulli in parte qua se solo alcune clausole hanno questo effetto, come accade normalmente nelle intese di sfruttamento e in particolare nel caso delle fideiussioni ABI»<sup>126</sup>. Dello stesso avviso è anche la sentenza della Corte di Cassazione del 26 settembre 2019, n. 24044 la quale, conferma l'interpretazione della Corte di Appello di Napoli, ha statuito che «avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese, ciò non

---

<sup>124</sup> A. GENTILI, *la nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, cit., 675 ss..

<sup>125</sup> Cfr. Articolo 1419 del Codice Civile: «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative»..

<sup>126</sup> A. GENTILI, *la nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, cit., 675 ss..

*esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c.»<sup>127</sup>.*

Con riferimento alla giurisprudenza di merito, tra le molte, si possono citare la sentenza del Tribunale di Salerno n. 3016/2018<sup>128</sup>, a favore della nullità assoluta, e le sentenze del Tribunale di Roma n. 9354/2019<sup>129</sup> e del Tribunale di Rovigo del 09.09.2018<sup>130</sup>, nel senso della nullità relativa.

### ***3.6 La giurisprudenza di merito successiva a Cassazione civile 12 dicembre 2017, n. 29810: in particolare, la sentenza del Tribunale di Treviso del 30 luglio 2018.***

Nonostante la giurisprudenza di merito maggioritaria si sia conformata a quanto statuito dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 12 dicembre 2017, n. 29810, affermando la nullità, assoluta o quantomeno relativa (limitata cioè alle clausole riprodotte delle tre clausole dichiarate restrittive della concorrenza dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02.05.2005), delle fideiussioni omnibus conformi al modello A.B.I.<sup>131</sup>, alcuni giudici di merito hanno continuato

---

<sup>127</sup> Corte di Cassazione civile, sez. I, 26.09.2019, n. 24044, nella motivazione al punto 2.3 al quinto capoverso.

<sup>128</sup> Così nella motivazione: *«la gravità delle violazioni in esame, rispetto ai superiori valori solidaristici, ben giustifica che sia invece sanzionato l'intero agire dei responsabili di quelle violazioni».*

<sup>129</sup> Così nella motivazione: *«si sostiene che l'inserimento di tali clausole contrattuali all'interno del contratto di fideiussione determini unicamente la nullità parziale delle relative clausole».*

<sup>130</sup> Così nella motivazione: *«la nullità stessa non possa che considerarsi parziale».*

<sup>131</sup> Tra le pronunzie più recenti della Suprema Corte che, con specifico riferimento alle fideiussioni corrispondenti al modello A.B.I., riconoscono la possibilità per il "consumatore" di far valere in via di azione o di eccezione la nullità sia dell'intesa anticoncorrenziale sia del contratto "a valle" possono citarsi: Cass. civ. 19 febbraio 2020, 4175; Cass. 26 settembre 2019, n. 24044; Cass. civ. 22 maggio 2019, n. 1384; Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810

Per quanto concerne poi le sentenze di merito, tra le più recenti, si segnalano: Tribunale di Verona 29 gennaio 2021, in Ilcaso.it; Tribunale di Prato 16 gennaio 2021, n. 28, in Ilcaso.it; Corte di Appello di Palermo, 31 dicembre 2020, n. 1969, in Ilcaso.it; Tribunale di Napoli Sez. Imp. 04 dicembre 2020, n. 8340, in Ilcaso.it; Tribunale di Treviso 24 novembre 2020, in Ilcaso.it; Tribunale di Terni 20 novembre 2020, n. 760, in Ilcaso.it; Tribunale Milano 10 novembre 2020, n. 7093, in Dejure.it; Tribunale di Matera 06 luglio 2020, n. 329, in Ilcaso.it; Tribunale di Roma 01 luglio 2020, n. 9357, in Dejure.it; Tribunale di Milano 28 aprile 2020, n. 2637, in Dejure.it; Tribunale di Salerno 05 febbraio 2020, n. 480, in Ilcaso.it;

a sostenere la validità di tali fideiussioni quali contratti “a valle” e ad individuare il risarcimento del danno come unica forma di tutela.

Peculiare, in tal senso, è la sentenza del Tribunale di Treviso del 30.07.2018, n. 1632 la quale, sul presupposto che «*l'unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti ex art. 2 L. 287/1990 è pertanto quella risarcitoria*»<sup>132</sup>, ha considerato valida una fideiussione *omnibus* conforme allo schema A.B.I. e ha ritenuto che l'unica tutela a disposizione del fideiussore sarebbe stata quella risarcitoria, peraltro non esperita nel caso di specie.

Detta sentenza è stata pronunciata a definizione di un giudizio di opposizione a un decreto ingiuntivo, nel quale gli opposenti avevano domandato soltanto l'accertamento della nullità assoluta della fideiussione<sup>133</sup> e non anche, neppure in via subordinata, la nullità parziale della stessa.

Il menzionato Tribunale ha considerato non condivisibili tutte le tesi poste a fondamento della nullità della fideiussione *omnibus*.

In primo luogo, ha affermato che la tesi della nullità derivata farebbe leva su argomenti che si fonderebbero «*su presupposti e ragionamenti di natura più macroeconomica che strettamente giuridica*»<sup>134</sup>: tra intesa “a monte” e contratti “a valle” non vi sarebbe alcun legame giuridico, dal momento che l'intesa non sarebbe collegata né per legge né per volontà delle parti ai contratti “a valle” e non rappresenterebbe in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia di questi<sup>135</sup>.

---

Tribunale di Salerno 23 agosto 2018, n. 3016, in *Dejure.it* e *Ilcaso.it*; Corte di Appello di Bari 21 marzo 2018, n. 526, in *Ilcaso.it*.

<sup>132</sup> Motivazione della sentenza del Tribunale di Treviso 30.07.2018 n. 1632.

<sup>133</sup> Cfr. Sentenza Tribunale di Treviso 30.07.2018 n. 1632: «*Nel merito, anche in via riconvenzionale: i. dichiarare la nullità delle fideiussioni di data 20.09.2006 (in pretesa rilasciata dal signor...) e di data 21.09.2006 (in pretesa rilasciata dalla signora ...) e dichiararsi che i signori ...nulla devono a ...*».

<sup>134</sup> Motivazione della sentenza del Tribunale di Treviso 30.07.2018 n. 1632.

<sup>135</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Treviso 30.07.2018 n. 1632: «*La tesi della nullità derivata fa leva su argomenti che, a ben vedere, paiono fondarsi sui presupposti e ragionamenti di natura più macroeconomia che strettamente giuridica*», «*perché il meccanismo dell'invalidità derivata possa trasmettersi dall'infrazione anticoncorrenziale ai sottostanti contratti a valle è in ogni caso necessario accertare preliminarmente l'esistenza di un nesso di indissolubile dipendenza con l'intesa a monte, legame questo che non sembra invece riscontrarsi con riguardo alla normale dinamica della contrattazione individuale in cui, al contrario, le intese mostrano di non costituire un tutt'uno con i contratti a valle, di*

In secondo luogo, il Tribunale ha escluso anche la nullità del contratto “a valle” per illiceità della causa, dal momento che, pur ammettendo che il fine ultimo dell'imprenditore-banca sia quello di alterare la concorrenza a proprio favore, l'altro contraente (il fideiussore) stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse, non essendoci quindi neppure gli estremi per la configurazione del motivo illecito<sup>136</sup>.

Infine, il Tribunale non ha considerato ipotizzabile la nullità del contratto “a valle” neppure ai sensi dell'art. 1418, comma 1 cod. civ. per contrarietà a norme imperative, affermando che l'art. 2 della Legge n. 287/1990, che vieta le intese, nulla dispone circa la sorte dei rapporti commerciali con altri contraenti<sup>137</sup>.

---

*non essere a questi collegati né per legge né per volontà delle parti e di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia.» e ancora «Date queste premesse [...] è arduo individuare un nesso di dipendenza delle fideiussioni con la deliberazione dell'ABI “incriminata”, né un vero e proprio collegamento negoziale, nel suo significato più tecnico. In primo luogo, 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».*

<sup>136</sup> Sentenza del Tribunale di Treviso 30.07.2018 n. 1632: «Va poi esclusa l'illiceità endogena del contratto a valle per illiceità della causa. È dirimente il rilievo che, anche ad ammettere che l'imprenditore persegua, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere. In ipotesi, si potrebbe individuare soltanto il motivo illecito dell'imprenditore, che giammai potrebbe ritenersi comune e condiviso dall'altro contraente, con quanto ne consegue in punto d'irrelevanza del motivo illecito di un solo contraente, a norma dell'art. 1345 c.c.».

<sup>137</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Treviso 30.07.2018 n. 1632: «Nemmeno appare possibile ipotizzare la nullità del contratto a valle ai sensi dell'art. 1418, co 1 c.c. L'art. 2 della legge 287/1990 considera intese, ai fini della disciplina dettata dalla norma, non solo gli accordi, ma anche “le pratiche concordate”, che non solo “abbiano per oggetto”, ma anche che abbiano “per effetto” di impedire o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza, così dimostrando di porre sullo stesso piano e di equiparare i patti anticoncorrenziali tra le imprese che si determinino a formare un “cartello” (e quindi i negozi giuridici con i quali due o più imprese si accordano per coordinarsi in modo da creare una situazione concorrenziale a loro favorevole) e i profili comportamentali dalle medesime tenute nella contrattazione con terzi. La norma citata vieta quindi le intese, (affermandone, con un pleonastico ossimoro, la nullità “ad ogni effetto”) ma nulla dispone circa le sorti dei rapporti commerciali con altri contraenti».



### **3.7 Segue: La decisione del Collegio di Milano dell'Arbitro Bancario Finanziario n. 16558 del 04 luglio 2019.**

Soluzione diametralmente opposta a quella appena esposta è stata sostenuta dal Collegio di Milano dell'Arbitro Bancario Finanziario, il quale con la decisione del 04 luglio 2019, n. 16558 ha dichiarato la nullità integrale di due fideiussioni bancarie *omnibus*.

Il Collegio milanese ha rilevato, in primo luogo, che le esigenze di protezione della concorrenza, valorizzate dal diritto antitrust, operano nel senso di rendere illeciti atti e comportamenti che sarebbero altrimenti intrinsecamente leciti, tra i quali anche quelli espressivi dell'esercizio del diritto di autonomia contrattuale.

Contestualmente, ha contestato la tesi secondo la quale la nullità del contratto "a valle" sarebbe da escludersi in ragione della natura delle norme antitrust, che sarebbero norme di comportamento, non di validità. Secondo il Collegio, invece, le norme antitrust hanno lo scopo di pretendere dei risultati e di escluderne altri; inoltre, *«il risarcimento dei danni può anche soddisfare le esigenze di protezione delle singole vittime, ma sicuramente non tutela l'interesse generale alla presenza di mercati efficienti che è il bene giuridico principalmente tutelato dal diritto antitrust»*.

Ulteriore aspetto sul quale si è soffermato il Collegio è l'eventuale richiesta della prova di uniformità di applicazione del modulo A.B.I. da parte delle singole banche, prova che *«sarebbe sostanzialmente contraria alla legge»*. Il Collegio, infatti, ha affermato che l'uniformità di applicazione non è in alcun modo elemento costitutivo dell'illiceità dell'intesa, sostenendo che la concreta applicazione dell'intesa da parte dei cartellisti non fosse condizione dell'illiceità stabilita dall'art. 2, comma 2 Legge n. 287/1990 e dall'art. 101 TFUE, dal momento che la nullità dell'intesa opera anche soltanto per le restrizioni della concorrenza c.d. "per oggetto".

Infine – tenuto conto dei differenti orientamenti della giurisprudenza di merito, divisa tra chi affermava la nullità integrale della fideiussione *omnibus* "a valle" dell'intesa e chi affermava la nullità parziale delle sole clausole anticoncorrenziali frutto del cartello – ha sostenuto che nel caso delle fideiussioni *omnibus* deve essere applicata la disciplina generale della nullità ed in particolare l'art. 1419 cod. civ., il

quale stabilisce che la nullità delle singole clausole si estende all'intero contratto quando «risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità». Facendo applicazione dell'art. 1419 cod. civ. le fideiussioni *omnibus* conformi al modulo A.B.I. devono quindi ritenersi integralmente nulle.

A tale riguardo il Collegio ha precisato che: (i) il contratto potrebbe apparire conveniente e, quindi, probabilmente voluto, in un contesto in cui il modulo A.B.I. non avesse contenuto quelle clausole accertate come restrittive dalla Banca d'Italia; potrebbe apparire non conveniente, e, quindi, non voluto, in un altro contesto in cui non sarebbe esistita l'intesa; (ii) non si può valutare la convenienza del contratto accessorio senza tenere conto delle condizioni praticare per l'obbligazione principale.

### ***3.8 Segue: La decisione del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario n. 16511 del 19 agosto 2020.***

Successivamente, si è reso necessario l'intervento del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario, a seguito della rimessione ad opera del Collegio di Roma, avendo quest'ultimo rilevato la non univocità della giurisprudenza di legittimità sul tema e la possibilità di un contrasto con altri Collegi territoriali, in particolare con la decisione succitata<sup>138</sup>.

Di conseguenza il Collegio di Coordinamento, con la decisione del 19 agosto 2020, n. 16511, tenendo in considerazione le varie tesi prospettate dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ha stabilito che «*la disposizione legislativa [n.d.r. l'art. 2 Legge n. 287/1990] dev'essere interpretata nel senso che essa vieti altresì di stipulare contratti i quali uniformemente recepiscano i prezzi di acquisto o di vendita o le altre condizioni che un'intesa anticoncorrenziale abbia fissato in precedenza (Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810)*».

---

<sup>138</sup> Cfr. Decisione del Collegio di Coordinamento ABF n. 14555 del 19 agosto 2020: «*Mediante l'ordinanza di rimessione (n. 8577 dell'11 maggio 2020), in particolare, il Collegio ABF di Roma ha rilevato che la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia non risulta univoca, richiamando inoltre la decisione del Collegio ABF di Milano n. 16588 del 4 luglio 2019, secondo la quale il contratto "a valle" di un'intesa concorrenziale sarebbe integralmente nullo*».

Con riferimento al tema delle fideiussioni *omnibus* attuative dell'intesa ha affermato che si deve ritenere che, qualora la nullità parziale ex art. 1419 cod. civ. del contratto "a valle" riguardi clausole "accessorie", il contratto resta valido per il resto; intendendosi per clausole "accessorie" quelle in assenza delle quali l'oggetto del contratto sarebbe comunque determinato (o quantomeno determinabile).

#### **4. Profili processuali.**

Arrivando dunque all'analisi della giurisprudenza sul tema meritano ora di essere prese in considerazione alcune questioni procedurali che sono state affrontate nell'ambito dei giudizi nei quali si è fatta valere la nullità delle fideiussioni. Si intende sottolineare infatti che è solamente attraverso il processo giuridico che vengono ad essere tutelati i soggetti destinatari della Legge. Le suddette questioni riguardano: la competenza funzionale inderogabile ex art. 4 comma 1-ter D.lgs. 27 giugno 2003, n. 168; l'eccepibilità della nullità in giudizi pendenti innanzi a giudici ordinari; la rilevabilità d'ufficio della nullità anche in grado d'appello e cassazione; l'onere della prova incombente sul fideiussore ed il provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 come prova privilegiata.

##### ***4.1 L'azione di nullità: competenza funzionale inderogabile.***

L'art. 33, comma 2 Legge n. 287/1990, nel testo attualmente vigente, prevede 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.»*

Il menzionato d.lgs. n. 168/2003, così come modificato con la Legge 24 marzo 2012, n. 27, stabilisce che:

*«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 impresa» (art. 1);*

*«le sezioni specializzate sono competenti in materia di: [...] c) controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287» [art. 3, comma 1, lett. c];*

*«per le controversie di cui all'articolo 3, comma 1, lettere c) [...] sono inderogabilmente competenti: a) la sezione specializzata in materia di impresa di Milano» per il nord Italia, «b) la sezione specializzata in materia di impresa di Roma» per il centro Italia, «c) la sezione specializzata in materia di impresa di Napoli» per il sud Italia (art. 4 comma 1-ter).*

Giova rammentare che l'art. 33, comma 2 legge n. 287/1990, nel testo originale, prevedeva 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 alla corte d'appello competente per territorio»*. Ciò, come si è visto *supra*, comportava il venir meno del secondo grado di impugnazione di merito per le domande giudiziali proposte in materia di lesione della concorrenza.

#### ***4.2 Le eccezioni di nullità: ammissibilità, rilevabilità d'ufficio e termine entro il quale può essere sollevata dalla parte.***

Stante la competenza funzionale inderogabile di alcune Sezioni specializzate in materia di impresa a conoscere delle azioni volte ad ottenere la declaratoria di nullità delle intese e dei contratti “a valle” delle stesse – di cui si è appena detto – si è posta la questione della rilevabilità in via di eccezione della nullità del contratto “a valle” – per quanto qui interessa, della fideiussione bancaria *omnibus* conforme allo schema ABI – innanzi a qualsiasi giudice ordinario.

A tale riguardo va considerato che l'art. 33 Legge n. 287/1990 fa riferimento alle *«azioni di nullità»*, cioè alle sole domande volte ad ottenere l'accertamento e la dichiarazione della nullità dell'intesa e/o del contratto “a valle” con efficacia di giudicato.

L'eccezione, invece, come ben noto, non amplia l'oggetto della decisione, essendo volte soltanto a paralizzare la domanda della controparte, facendo valere un fatto impeditivo, estintivo o modificativo del diritto *ex adverso* vantato.

La giurisprudenza di merito prevalente, pertanto, si è orientata nel senso di ritenere ammissibile l'eccezione di nullità della fideiussione bancaria *omnibus* conforme allo schema A.B.I. in quanto contratto "a valle" proprio perché tale eccezione non implica un accertamento con efficacia di giudicato della validità del contratto ma comporta soltanto un accertamento in via incidentale della stessa.

Tra le pronunce di merito che si sono espresse a favore dell'ammissibilità dell'eccezione di nullità possono annoverarsi le seguenti sentenze, pronunziate all'esito di giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo: Tribunale di Roma del 26.07.2018 (RG 70923/2017)<sup>139</sup>, Tribunale di Padova 7767/2018<sup>140</sup>, Tribunale di Salerno 3016/2018<sup>141</sup>, Tribunale di Rovigo del 09.09.2018 (RG 1925/2018)<sup>142</sup>,

---

<sup>139</sup> Cfr. Motivazione della sentenza sulla eccezione: «*deve, allo stato degli atti, ritenersi nullo il contratto di fideiussione sulla cui base è stato ottenuto il decreto ingiuntivo, qui opposto*».

<sup>140</sup> Cfr. Opposizione al decreto ingiuntivo motivazione della sentenza: «*hanno dedotto sia la nullità integrale del contratto che quella parziale dello stesso nelle tre clausole oggetto del provvedimento della Banca d'Italia [...] Va peraltro precisato che la domanda riconvenzionale di accertamento della nullità con efficacia di giudicato sarebbe di competenza della Sezione Specializzata in Materia Imprese del Tribunale di Milano se non fosse che gli attori hanno specificamente limitato la loro doglianza al limitato effetto di una eccezione riconvenzionale di nullità volta a paralizzare la pretesa creditoria della banca convenuta/opposta*».

<sup>141</sup> Cfr. Nella motivazione della sentenza «*E', invece, fondata e merita accoglimento l'eccezione di nullità del contratto di garanzia, sollevata dall'opponente fideiussore ex art. 645 c.p.c. Occorre precisare che, dopo l'assegnazione a sentenza e il deposito delle memorie ex art. 190 c.p.c., questo giudice ha rimesso la causa sul ruolo, affinché le parti potessero dedurre sullo specifico profilo della nullità della fideiussione, diverso dalle censure di validità del contratto, sollevate dall'opponente, rilevato d'ufficio seguito della sopraggiunta della Corte di Cassazione, ordinanza n.29810 del 12.12.2017. [...] In generale, allorché sia in contestazione, come nel caso in esame, la validità di un atto, che rappresenti un elemento costitutivo della domanda, questo giudice può rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, l'eventuale nullità dell'atto stesso (Cass, civ., Sez. III, 19.06.2008 n. 16621) [...] In ordine alla doglianza dall'opposta ex sentenza della Cassazione n. 2207 del 4.02.2005, sull'incompetenza a decidere sulla nullità della fideiussione, deve rilevarsi che non costituisce autonoma domanda, su cui effettivamente avrebbe potuto decidere solo il Tribunale delle imprese, ex art. 33 Lg. n. 287 del 1990, come modificato dalla Lg. n. 27/12; bensì integra un'eccezione riconvenzionale, rilevabile d'ufficio, idonea a paralizzare la domanda di pagamento, interdetta dall'opposta con il monitorio*».

<sup>142</sup> Cfr. Così in motivazione: «*quanto alla principale eccezione di nullità dei contratti di fideiussione per violazione di intese anticoncorrenziali prescritto dalla l. 287/1990, essa appare proponibile in quanto attiene allo stesso negozio costitutivo della garanzia e non al rapporto garantito*».

Tribunale di Roma 9354/2019<sup>143</sup>, Tribunale di Siena in Sezione Unica del 14.05.2019<sup>144</sup>.

In senso contrario, invece, la sentenza del Tribunale di Verona del 12.09.2019 (RG 3167/2019)<sup>145</sup>

Va precisato che, ai sensi dell'art. 1421 cod. civ., l'eccezione di nullità è rilevabile anche d'ufficio. Sulla portata di tale previsione ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite del 22 marzo 2017 n. 7294, la quale, confermando la precedente sentenza delle Sezioni Unite del 12 dicembre 2014, n. 26242, ha stabilito che «*La giurisprudenza evocata [...] è inidonea a giustificare l'accoglimento del motivo, avuto riguardo al principio di diritto espressis verbis ribadito da Cass., Sez. Un., n. 26242 del 2014, nel senso che "Nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo"*»<sup>146</sup>.

Con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema A.B.I., la giurisprudenza di merito si è dunque orientata nel senso della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di nullità. In tale senso può citarsi, ad esempio, la sentenza della Corte di Appello di Bari n. 526/2018<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> Cfr. Così in motivazione: «*Sull'asserita nullità del contratto di fideiussione stipulato in conformità allo schema di contratto predisposto dall'ABI nel 2003, secondo un modello che la Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, aveva ritenuto essere contrastante con il divieto di intese anticoncorrenziali di cui all'art. 2, comma 2, lett. a) della L. 287/1990, si sostiene che l'inserimento di tali clausole contrattuali all'interno del contratto di fideiussione determini unicamente la nullità parziale delle relative clausole (articoli 2-6-8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI)*».

<sup>144</sup> Cfr. Così nella motivazione: «*alla luce della rilevata nullità eccepita dai fideiussori*».

<sup>145</sup> Cfr. Così nella motivazione: «*Diversamente da quanto ritenuto da questo giudice in un altro analogo caso e meius re perpensa, la questione non può essere conosciuta dal giudice non specializzato nemmeno in via di mera eccezione, come nel caso di specie, poiché la decisione su di essa implica un accertamento sulla nullità o non nullità del contratto (nel caso di specie della fideiussione), che, secondo quanto precisato delle Sezioni Unite con la sentenza n. 26242/2014, sebbene incidentale, è comunque idoneo al giudicato [...] in conclusione l'eccezione va ritenuta inammissibile in quanto comunque comportante un aggiramento della competenza funzionale del giudice specializzato, se non addirittura mirata a tale obiettivo*».

<sup>146</sup> Così la motivazione della sentenza al punto 1.2.

<sup>147</sup> Cfr. Così nella motivazione: «*Preliminarmente va affrontata una questione attinente alla validità del contratto di fideiussione dedotto in giudizio dell'istituto di credito opposto (odierno appellato), sollevata, sia pure in maniera generica nella comparsa conclusionale,*

Anche la Suprema Corte, con l'ordinanza del 13 febbraio 2020, n. 3556, decidendo un ricorso avente ad oggetto la nullità di una fideiussione *omnibus* stipulata conformemente al modulo A.B.I., ha chiarito che la nullità può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, purché siano già acquisiti agli atti del giudizio tutti gli elementi di fatto dai quali desumerne la fondatezza, considerata l'inammissibilità dell'allegazione di nuovi fatti e della produzione di nuovi documenti una volta che siano maturate le relative preclusioni.

Ammessa dunque la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di nullità, ne consegue la possibilità per la parte di sollevarla in ogni stato e grado del giudizio, anche in sede di comparsa conclusionale ed anche in appello. In tal senso si è espresso, ad esempio, il Tribunale di Salerno con la sentenza n. 480/2020<sup>148</sup>, affermando che

---

*dall'appellante e rispetto alla quale, comunque, sussiste il dovere di questo Collegio di rilievo ex officio: questione che, tra l'altro, appare assorbente rispetto ai motivi di gravame proposti da parte appellante. L'art. 1421 c.c. è chiaro nel sancire che la nullità - oltre a poter essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse - può essere rilevata d'ufficio dal giudice; sul tema, poi, le Sezioni Unite sono intervenute, a più riprese, chiarendo che la rilevabilità da parte del giudice della nullità del contratto non conosce né consente limitazioni, essendo, quindi, possibile che sia il giudice d'appello a rilevare d'ufficio, per la prima volta, una causa di nullità (Cass. civ. Sez. Unite 12/12/2014, n. 26243: n.27516/16). In particolare, la Suprema Corte ha puntualizzato che il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia avente ad oggetto il riconoscimento di una pretesa che presuppone la validità ed efficacia del rapporto contrattuale dedotto in giudizio e che sia stata decisa dal giudice di primo grado, senza che questi abbia prospettato ed esaminato, né le parti abbiano discusso, di tali validità ed efficacia - trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello, ex art. 345 c.p.c. (Cass. civ. Sez. Unite. 22/03/2017 n. 7294; n.8841/17)».*

<sup>148</sup> Cfr. Così nella motivazione: «con atto di citazione [...] chiedeva [...] la declaratoria di nullità della fideiussione. [...] Parte attrice nella prima comparsa conclusionale ha dedotto la nullità della fideiussione omnibus da questi sottoscritta il 10.3.2010 per contrasto con l'art.2 della Legge n. 287/1990. In particolare l'attrice, ha dedotto che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte intervenuta di recente, sono nulle le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie (c.d. "fideiussioni omnibus") conformi allo schema predisposto dall'A.B.I. [...] A fronte di questa domanda la Banca convenuta ha eccepito che essa sarebbe inammissibile, in quanto non formulata nell'atto di citazione introduttivo del presente giudizio e, pertanto, proposta tardivamente ed irritualmente. L'eccezione di tardività è infondata. È pacifico in giurisprudenza (cfr. Cassa. Civ. n. 98/2016) che la comparsa conclusionale ha la sola funzione di illustrare le domande e le eccezioni già ritualmente proposte dalla parte nel corso del giudizio, per cui allorquando in tale scritto sia prospettata per la prima volta una questione nuova, il Giudice non può e non deve pronunciarsi al riguardo; in buna sostanza, quindi la funzione "riepilogativa" ed "illustrativa" della comparsa conclusionale non consente di sollevare

*«considerato il dettato dell'articolo 1421 c.c. e l'interpretazione pretoria più recente, deve ritenersi che se la "quaestio nullitatis" è rilevabile anche d'ufficio dal Giudice, in ogni stato e grado del processo, allora non può essere preclusa alla parte la possibilità di sollevare la relativa questione con la comparsa conclusionale».*

#### **4.3 Profili probatori: il provvedimento della Banca d'Italia 5 maggio 2005, n. 55 come prova privilegiata.**

In tema di prova dell'intesa anticoncorrenziale l'art. 7, comma 1 del d.lgs. n. 3/2017 stabilisce che *«Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato.»*

Facendo riferimento a tale previsione normativa, la giurisprudenza di merito ha ritenuto che il provvedimento dell'Autorità di Vigilanza prodotto in giudizio sia idoneo a costituire "prova privilegiata" *«dell'accertamento della illegittimità dell'intesa»*<sup>149</sup>.

---

*con essa questioni o proporre domande ed eccezioni "nuove", cioè che non siano state formulate nei termini decadenziali che scandiscono il processo.*

*Tuttavia tale principio, che si condivide, va temperato con la disciplina in materia di nullità, che ai sensi dell'articolo 1421 del Codice Civile può essere rilevata d'ufficio dal Giudice in ogni stato e grado del processo. Di recente, poi, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con le pronunce gemelle n. 26242 e 26243 del 2014 hanno stabilito che il Giudice ha il potere – dovere di rilevare "ex officio", laddove emerga dagli atti di causa, l'eventuale nullità del contratto, sottoponendo la relativa questione alle parti, e ciò al fine di evitare pronunce giurisdizionali che si basino sulla validità del contratto in realtà invalido o che, addirittura, finiscano per sancirne la "non invalidità", così di fatto sanandolo. Orbene considerato il dettato dell'articolo 1421 c.c. e l'interpretazione pretoria più recente, deve ritenersi che se la "quaestio nullitatis" rilevabile anche d'ufficio dal Giudice, in ogni stato e grado del processo, allora non può essere preclusa alla parte la possibilità di sollevare la relativa questione con la comparsa conclusionale, tenuto conto peraltro che in tal modo è assicurato il rispetto del contraddittorio poiché la controparte ben può difendersi con la memoria di replica».*

<sup>149</sup> Tribunale Roma RG 70923/2017.



In particolare, è stato affermato che *«il mero dato della coincidenza oggettiva delle condizioni contrattuali pattuite con quelle di cui agli articoli 2), 6), ed 8) del Modulo A.B.I. è condizione necessaria e sufficiente per ritenere che l'invalidità dell'intesa "a monte" tra gli Istituti di credito, si estenda in via derivata al contratto di garanzia "a valle"»*<sup>150</sup>. E ancora, che *«per ritenere la nullità quale conseguenza del fatto che la fideiussione omnibus rilasciata riproduca il testo dello schema contrattuale predisposto dall'ABI nel 2003, la cui adozione generalizzata da parte degli istituti di credito è stata ritenuta intesa anticoncorrenziale vietata dalla Banca d'Italia con provvedimento del 02.05.2005»*<sup>151</sup>.

Analoga posizione è stata espressa dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 27 gennaio 2020, n. 5381, laddove viene precisato che *«il concetto di "prova privilegiata" in tema di illecito antitrust è stato già chiarito da Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, secondo cui, ove l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato abbia accertato la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale ed irrogato al professionista una sanzione, al professionista è bensì consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, ma senza che sia possibile rimettere in discussione, nel giudizio civile, 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»*.

---

<sup>150</sup> Tribunale di Salerno sentenza n. 480/2020.

<sup>151</sup> Tribunale di Rovigo R.G.n.1925/2018.

## Capitolo 4

### La sentenza della Cassazione civile a Sezioni Unite n. 41994/2021

#### 1. Le ragioni della pronuncia delle S.U. n. 41994 del 2021.

Come si è accennato nel precedente capitolo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono recentemente intervenute risolvendo il contrasto esistente nella giurisprudenza di legittimità circa la tutela esperibile da parte del consumatore che abbia concluso un contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale vietata, occupandosi proprio del caso del garante che abbia stipulato una fideiussione bancaria *omnibus* conforme allo schema contrattuale predisposto dall’A.B.I., cioè a quello schema contrattuale che la Banca d’Italia ha accertato contenere alcune clausole (la c.d. “clausola di reviviscenza”, la c.d. “clausola di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 cod. civ.”, la c.d. “clausola di sopravvivenza”) in contrasto con l’art. 2, comma 2, lett. a) della Legge n. 287/1990.

Il fondamentale arresto al quale qui ci si riferisce è la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994, con la quale le Sezioni Unite hanno affrontato il tema della esperibilità o meno da parte del fideiussore della tutela reale e, risolta in senso positivo la questione, hanno fatto chiarezza circa la tipologia di nullità dalla quale risulta affetta la fideiussione bancaria *omnibus* che costituisce contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale vietata<sup>152</sup>.

Delle plurime e contrastanti soluzioni interpretative elaborate dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento ai temi succitati si è già dato ampiamente conto nel precedente capitolo: in questa sede sarà dunque sufficiente farne breve ricapitolazione, prendendole in esame secondo l’angolo di visuale assunto dall’ordinanza della Prima Sezione Civile con la quale è stata rimessa al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della causa poi effettivamente decisa da queste. Si passerà quindi all’approfondito esame della

---

<sup>152</sup> Cfr. G. TARANTINO, *Fideiussioni redatte secondo lo schema ABI: contratto salvo, nulle solo le clausole ‘anticoncorrenziali’*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 246, 2021, 11

citata sentenza delle Sezioni Unite, per verificare infine se le pronunzie di legittimità e di merito successive si siano ad essa adeguate o meno e le questioni che sono sorte.

**2. L'ordinanza del 30 aprile 2021, n. 11486 con la quale sono stati rimessi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite.**

La causa decisa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994 era stata inizialmente assegnata alla Prima Sezione civile, la quale, preso atto dell'esistenza di un contrasto tra le decisioni delle sezioni semplici e rilevata la necessità di una rimediazione dei principi enunziati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità di intese restrittive della concorrenza – tema di particolare importanza anche in ragione della frequente ricorrenza della fattispecie, tale da attribuire all'esame della stessa uno spiccato rilievo nomofilattico – con l'ordinanza del 30 aprile 2021, n. 11486 aveva rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte affinché valutasse la sussistenza dei presupposti per l'assegnazione alle Sezioni Unite.

Giova dunque rammentare che il giudizio di cassazione *de quo* era stato promosso da un istituto di credito avverso una sentenza della Corte di Appello di Roma (competente quale giudice di unico grado ex art. 33 Legge n. 287/1990 nel testo *ratione temporis* vigente), che aveva accertato e dichiarato la nullità parziale di due fideiussioni bancarie prestate, rispettivamente in data 10.05.2004 ed in data 13.06.2006, da un garante persona fisica a favore della predetta banca e nell'interesse di una società per azioni debitrice.

Va precisato che la causa di nullità delle fideiussioni anzidette era stata promossa dal fideiussore in seguito all'ottenimento da parte della banca di un decreto ingiuntivo che aveva condannato il garante a pagare, nei limiti dell'importo garantito dalle medesime fideiussioni, quanto dovuto dalla società debitrice. Il decreto ingiuntivo era stato peraltro ritualmente opposto dal fideiussore ed il giudizio di opposizione era stato sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. in attesa della definizione della causa pregiudiziale di nullità.

La causa di nullità – come si diceva – era stata definita dalla Corte d’Appello con una sentenza che, rigettata la domanda principale di nullità assoluta delle fideiussioni, aveva invece accolto la domanda subordinata di nullità parziale, dichiarando ed accertando la nullità delle sole tre clausole conformi allo schema A.B.I. del 2003, che la Banca d’Italia con il provvedimento n. 55 del 02 maggio 2005 aveva dichiarate in contrasto con l’art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990. La sentenza della Corte d’Appello di Roma veniva quindi impugnata dalla banca, la quale formulava quattro motivi di cassazione. Ai fini che qui ci occupano rilevano, in particolare, il primo ed il secondo motivo di cassazione.

Con il primo motivo, infatti, la banca ricorrente lamentava che la Corte d’Appello di Roma avesse erroneamente ritenuto le clausole dei contratti di fideiussione oggetto di causa frutto di un’intesa illecita, senza considerare, da un lato, che le fideiussioni sarebbero dichiarazioni unilaterali ascrivibili esclusivamente alla volontà del fideiussore, dall’altro, che essa banca non sarebbe stata destinataria del provvedimento sanzionatorio adottato dalla Banca d’Italia (il provvedimento n. 55 del 02 maggio 2005, più volte citato), il quale sarebbe privo di efficacia vincolante nei confronti delle aziende di credito.

Con il secondo motivo di ricorso, poi, la banca lamentava l’erroneità della sentenza impugnata, sostenendo che la nullità prevista dall’art. 2 Legge n. 287/1990 colpirebbe esclusivamente l’intesa anticoncorrenziale, senza estendersi ai singoli contratti stipulati “a valle”, quindi, nel caso di specie, alle fideiussioni di cui era causa.

Con l’ordinanza n. 11486/2021 qui in commento la Prima Sezione della Corte di Cassazione osservava, innanzitutto, che i due motivi di ricorso succitati sollevavano una questione – quella della sorte dei contratti stipulati in conformità ad intese anticoncorrenziali – che era stata presa in esame dalla Corte di Cassazione con plurime decisioni, pervenute ad esiti interpretativi non univoci e comunque ritenuti *«non più adeguati rispetto alla frequenza con cui il fenomeno tende a riproporsi ed alla multiforme tipologia dallo stesso assunta negli anni più recenti»*<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Ordinanza interlocutoria n. 11486 del 30.04.2021 al punto 5.

In particolare, la Suprema Corte ricordava che le Sezioni Unite con la sentenza del 04 febbraio 2005, n. 2207 avevano riconosciuto, da un lato, la legittimazione del consumatore a proporre le azioni di cui all'art. 33, comma 2 Legge n. 287/1990, dall'altro, la sussistenza del concorso tra tutela reale e azione risarcitoria «*proponibile non solo nei confronti dell'intesa ma anche nei confronti dei contratti c.d. a valle*»<sup>154</sup>: era stata così superata sia la posizione espressa dalla sentenza del 09 dicembre 2002, n. 17475, che aveva ritenuto precluse al consumatore tutte le azioni di cui alla Legge antitrust, tanto l'azione di nullità quanto quella risarcitoria, potendo egli ottenere soltanto il risarcimento del danno nelle forme ordinaria; sia la posizione espressa dalla sentenza dell'11 giugno 2003, n. 9384, che aveva riconosciuto al consumatore la possibilità di esperire le tutele di cui all'art. 33 Legge n. 287/1990 con riferimento alle intese ma non ai contratti "a valle" delle stesse.

Le successive pronunzie delle sezioni semplici si erano poste nel solco tracciato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/2005, riconoscendo, in particolare la legittimazione del consumatore ad esperire l'azione di risarcimenti del danno ex art. 33 Legge n. 287/1990 (cfr. Cass. civ. 27 ottobre 2005, n. 20919; Cass. civ. 19 maggio 2006, n. 11759) e la concorrenza dell'azione risarcitoria con quella di nullità (cfr. Cass. civ. 06 luglio 2005, n. 14238; Cass. civ. 13 luglio 2005, n. 14716; Cass. civ. 14 giugno 2007, n. 13896; Cass. civ. 21 gennaio 2010, n. 993).

Detti arresti, tuttavia, si sarebbero focalizzati prevalentemente sul tema dell'autorità giudiziaria competente a conoscere delle azioni risarcitorie ex art. 33 Legge n. 287/1990 promosse dal consumatore: ciò – ad avviso della Prima Sezione – avrebbe comportato, da parte della giurisprudenza di legittimità, una minore attenzione verso l'azione di nullità ed una scarsa riflessione circa le ragioni della stessa.

La nota sentenza del 12 dicembre 2017, n. 29810 – la prima ad occuparsi specificamente delle fideiussioni bancarie *omnibus* conformi allo schema contrattuale predisposto dall'A.B.I. e contenente clausole giudicate lesive della concorrenza dalla Banca d'Italia – avrebbe poi impostato l'intera problematica riguardante l'invalidità dei contratti "a valle" in termini di diretta contrarietà del singolo contratto alla disciplina antitrust, con conseguente «*svalutazione del*

---

<sup>154</sup> Ordinanza interlocutoria n. 11486 del 30.04.2021 al punto 5.

*collegamento tra la dichiarazione di nullità dello stesso e l'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale da parte dell'Autorità Garante»<sup>155</sup>, ritenuto idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda del consumatore anche se intervenuto dopo la stipulazione del contratto e relegato al rango di prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale (cfr. in tal senso anche Cass. civ. 22 maggio 2019, n. 13816).*

Sempre ad avviso della Prima Sezione, l'indebolimento del rapporto tra i contratti "a valle" e l'intesa "a monte" avrebbe condotto ad esiti contraddittori.

Parte della giurisprudenza, infatti, sarebbe ritornata a sostenere la posizione – già abbandonata dalla succitata sentenza della Cass. civ. Sez. Un. 04 febbraio 2005, n. 2207 – secondo la quale il contratto "a valle" di un'intesa illecita sarebbe valido ed il consumatore potrebbe ottenere soltanto una tutela risarcitoria.

Altra parte della giurisprudenza, invece, avrebbe fatto propria la posizione secondo cui il fatto che la Banca d'Italia abbia limitato l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole dello schema elaborato dall'A.B.I., giudicate lesive della normativa antitrust, non precluderebbe al giudice di merito la possibilità di ritenere la fideiussione *omnibus* "a valle" nulla nella sua interezza.

La Prima Sezione della Corte di Cassazione, infine, ricordava che le incertezze dell'elaborazione giurisprudenziale erano state puntualmente rilevate dalla dottrina, a sua volta divisa tra coloro che ritenevano esperibile dal fideiussore la sola azione di risarcimento del danno da illecito antitrust e coloro che, invece, ritenevano esperibile altresì l'azione di nullità. Questi ultimi, poi, risultavano a loro volta divisi circa l'individuazione del tipo di nullità che colpirebbe le fideiussioni bancarie *omnibus* che costituiscono contratti "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata, dal momento che taluni autori hanno sostenuto che si tratterebbe di nullità per violazione di norme imperative, altri di nullità per illiceità della causa, altri ancora di nullità per illiceità dell'oggetto, altri, infine, di nullità parziale.

Alla luce di quanto appena ricordato, la Prima Sezione della Suprema Corte riteneva necessaria una *«rimeditazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità di intese restrittive*

---

<sup>155</sup> Ordinanza interlocutoria n. 11486 del 30.04.2021 al punto 5.2.

*della concorrenza, volta a verificarne l'applicabilità alle fideiussioni 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 uniformi 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»<sup>156</sup>.*

La Prima Sezione rimetteva quindi gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione della causa alla Sezioni Unite.

### **3. Le conclusioni del Procuratore Generale della Corte di Cassazione in seguito alla rimessione della causa alle Sezioni Unite.**

In seguito alla rimessione degli atti al Primo Presidente per effetto dell'ordinanza interlocutoria del 30 aprile 2021, n. 11486, la causa veniva effettivamente assegnata alle Sezioni Unite.

Prima di esaminare la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994 succitata, che ha definito tale causa, appare utile considerare le conclusioni del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, rassegnate per iscritto ai sensi e per gli effetti della normativa emergenziale al tempo vigente (art. 23, comma 8-*bis* D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla Legge 18 dicembre 2020, n. 176). La Procura Generale concludeva per l'accoglimento del primo e del secondo motivo di ricorso (esposti *supra*), segnalando l'opportunità che le Sezioni Unite riconoscessero la validità delle fideiussioni bancarie *omnibus* "a valle" dell'intesa anticoncorrenziale accertata dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005 e

---

<sup>156</sup> Ordinanza interlocutoria n. 11486 del 30.04.2021 al punto 5.3.

ammettessero l'esperibilità da parte del fideiussore della sola azione di risarcimento del danno.

A fondamento di tali conclusioni venivano addotte plurime argomentazioni, le quali, tuttavia, si prestano a facili critiche.

In primo luogo, il Procuratore Generale della Corte di Cassazione sosteneva che la normativa europea non prevederebbe il rimedio della nullità del contratto "a valle", non essendo questa contemplata né dal Regolamento (CE) del 16.12.2002 n. 1/2003 né dalla direttiva 2014/104/UE<sup>157</sup>.

Tale osservazione, tuttavia, prova troppo. Se è vero, infatti, che la normativa europea non prevede espressamente l'esperibilità dell'azione di nullità da parte del consumatore, è altrettanto vero che la normativa europea neppure la esclude. Anzi, il "Considerando" dalla direttiva 2014/104/UE al già richiamato punto 5) afferma che *«le azioni per il risarcimento del danno sono solo uno degli elementi che assicurano un sistema efficace di applicazione a livello privatistico per le violazioni del diritto della concorrenza, a cui fanno da complemento vie alternative di ristoro, quali forme consensuali di risoluzione delle controversie e decisioni di applicazione a livello pubblicistico che incentivano le parti a riconoscere il risarcimento»*.

In secondo luogo, il Procuratore Generale – rilevato che la questione da risolvere sia quella di stabilire se la mancata introduzione di una norma *ad hoc* che preveda la nullità dei contratti "a valle" sia una scelta consapevole del legislatore oppure una lacuna agilmente colmabile ricorrendo al regime civilistico delle nullità negoziali – ricordava che nell'ordinamento tedesco *«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"»*<sup>158</sup>, come stabilito dalla sentenza della Corte Suprema Tedesca BHG "Zement" del 23.09.1955.

---

<sup>157</sup> Conclusioni ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020, Procura Generale della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, udienza del 23.11.2021.

<sup>158</sup> Conclusioni ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020, Procura Generale della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, udienza del 23.11.2021.



A tale proposito non ci si può esimere dall'osservare che la Procura Generale sembrerebbe indicare come criterio derimente una valutazione macroeconomica, che non ha (o, comunque, non dovrebbe avere) alcun rilievo nell'orientare l'attività nomofilattica della Corte di Cassazione.

Il Procuratore Generale, infine, affermava, con particolare riguardo alla tesi della nullità totale, che *«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»*<sup>159</sup>.

Al riguardo vale quanto già segnalato in precedenza circa l'esperibilità dell'azione di nullità da parte del consumatore parte di un contratto “a valle”.

Da ultimo, si ritiene opportuno segnalare che la Procura Generale, nel prendere in esame i precedenti della Corte di Cassazione in materia, ha erroneamente sostenuto che la sentenza del 26.07.2019 n. 24044 avrebbe stabilito *«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»*<sup>160</sup>: detta sentenza, tuttavia, ha riconosciuto la quale nullità parziale della fideiussione bancaria *omnibus* che costituisce contratto “a valle” di un'intesa anticoncorrenziale vietata.

In ragione delle considerazioni esposte, la Procura Generale segnalava l'opportunità che le Sezioni Unite affermassero il principio di diritto secondo cui *«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) dalle singole clausole sanzionate: i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e*

---

<sup>159</sup> Conclusioni ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020, Procura Generale della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, udienza del 23.11.2021.

<sup>160</sup> Conclusioni ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020, Procura Generale della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, udienza del 23.11.2021.

*possono dare luogo alla specifica 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”»<sup>161</sup>.*

#### **4. La sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994.**

Ricostruito il contesto nel quale ha trovato origine la pronunzia delle Sezioni Unite, è possibile esaminare la citata sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994 che ha affermato il principio di diritto secondo il quale «*“i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, comma 3 della Legge succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti”».*

Giova dunque ripercorrere il ragionamento giuridico che ha portato le Sezioni Unite a comporre il contrasto giurisprudenziale più volte citato scegliendo la strada della nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* che rappresentino contratti “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale vietata.

A tale riguardo va innanzitutto osservato che la sentenza in esame, dopo aver ricordato quanto previsto dall’art. 2 Legge n. 287/1990, riassume succintamente il contenuto del provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 02 maggio 2005 e chiarisce che, nel caso in esame, l’intesa anticoncorrenziale era costituita dalla deliberazione dell’A.B.I. con cui era stato approvato lo schema contrattuale di fideiussione *omnibus*. La Corte, dunque, facendo leva su quanto accertato dal provvedimento della Banca d’Italia citato, in particolare che «*“la restrizione della*

---

<sup>161</sup> Conclusioni ai sensi dell’art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020, Procura Generale della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, udienza del 23.11.2021.

*concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate"»<sup>162</sup>, perviene alla conclusione che l'adozione uniforme di clausole peggiorative dell'offerta da parte degli istituti di credito avrebbe comportato una restrizione rilevante della concorrenza, peggiorando l'offerta del servizio<sup>163</sup>.*

Le Sezioni Unite rilevano, quindi, che la questione rimessa al proprio vaglio è quella degli effetti prodotti sulla fideiussione “a valle” dall’illecito antitrust “a monte” rilevato dal provvedimento della Banca d’Italia, ovvero «*se, nel caso di fideiussioni rilasciate dal cliente della banca, nelle quali siano inserite le predette clausole [n.d.r. la c.d. “clausola di reviviscenza”, la c.d. “clausola di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 cod. civ.”, la c.d. “clausola di sopravvivenza”], la cui natura anticoncorrenziale è stata accertata dall’Autorità competente, al garante spetti una tutela “reale”, ossia a carattere demolitorio, oppure una tutela esclusivamente risarcitoria*»<sup>164</sup>.

Al fine di individuare la soluzione più adeguata, la Corte considera innanzitutto la funzione della normativa antitrust, osservando che ai sensi dell’art. 41 Cost. l’iniziativa economica privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, conseguentemente la legge predispone i controlli più opportuni

---

<sup>162</sup> Sentenza Corte di Cassazione in Sezioni Unite n. 41994 del 30.12.2021, punto 2.2.2.2, secondo capoverso.

<sup>163</sup> Cfr. Sentenza Corte di Cassazione in Sezioni Unite n. 41994 del 30.12.2021, punto 2.2.2.1 «*le determinazioni di un’associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti*»; A. RICCIARDI, *Clausole fideiussorie conformi ai modelli ABI e diritto della concorrenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 1, 2023, 131: «*L’adozione generalizzata delle stesse da parte delle banche, pertanto, potrebbe comportare effetti anticoncorrenziali. Ciò specialmente in considerazione dell’elevato numero di banche associate all’ABI*»; G. TARANTINO, *Fideiussioni redatte secondo lo schema ABI: contratto salvo, nulle solo le clausole ‘anticoncorrenziali*, cit., 11: «*Nel provvedimento dell’Autorità Garante, l’ABI quale associazione di imprese viene considerata soggetto attivo ai fini della normativa antitrust, riconducendo la fattispecie in esame nell’ambito delle determinazioni di un’associazione di imprese, quale elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate (le banche e gli istituti di credito); in tale prospettiva, le indicazioni dell’ABI contribuiscono a coordinare il comportamento di imprese concorrenti, realizzando, di fatto, una restrizione delle politiche concorrenziali*».

<sup>164</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.3.

affinché l'attività economica privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Proprio in forza della citata previsione costituzionale è stata introdotta nel nostro ordinamento la disciplina antitrust di cui alla Legge n. 284/1990, che regola i rapporti tra imprenditori e consente un corretto svolgimento dei rapporti concorrenziali, contemperando e bilanciando la libera iniziativa economica privata e la tutela dei consumatori; il medesimo bilanciamento è stato operato, nell'ordinamento europeo, dell'art. 101 T.F.U.E.. Infatti, *«la “concorrenza” tra imprese si connota come una situazione di mercato che postula una grande libertà di accesso all'attività economica da parte degli imprenditori, ma altresì una altrettanto ampia possibilità di libera scelta per gli acquirenti e, in generale, la possibilità per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunità, senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli predeterminati da coalizioni d'impres»*<sup>165</sup>.

Le Sezioni Unite ripercorrono, quindi, l'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di legittimazione del consumatore ad esperire le azioni previste dalla Legge antitrust, ricordando, in particolare, che la sentenza del 09 dicembre 2002, n. 17475 aveva escluso la legittimazione del consumatore a proporre qualsivoglia azione per violazione della normativa antitrust, sia quella risarcitoria sia quella reale; la sentenza dell'11 giugno 2003, n. 9384 aveva riconosciuto la legittimazione del consumatore con riferimento alla sola azione risarcitoria; la fondamentale sentenza del 04 febbraio 2005, n. 2207, infine, aveva ammesso la legittimazione del consumatore con riferimento sia all'azione risarcitoria sia all'azione di accertamento della nullità dell'intesa e si era espressa nel senso della nullità del contratto “a valle” in quanto funzionalmente collegato all'intesa nulla “a monte”<sup>166</sup>.

Poi, riassumono le posizioni espresse, con riferimento alla validità del contratto “a valle” di un'intesa anticoncorrenziale dichiarata nulla dall'autorità di vigilanza, dalla giurisprudenza – cioè nullità assoluta (Cass. civ. 12 dicembre 2017, n. 29810

---

<sup>165</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.4.

<sup>166</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punti da 2.5.2 a 2.5.4.2.

e Cass. civ. 10 marzo 2021, n. 6523) ovvero nullità parziale ex art. 1419 cod. civ. (Cass. civ. 26 settembre 2019, n. 24044 e Cass. civ. 13 febbraio 2020, n. 3556) del contratto “a valle”, nella specie fideiussione bancaria *omnibus* conforme allo schema contrattuale elaborato dall’A.B.I.<sup>167</sup> – e dalla dottrina – cioè nullità assoluta per nullità derivata o per illiceità della causa o per oggetto illecito o per violazione di norme imperative ovvero nullità parziale ovvero validità e conseguente esperibilità da parte del fideiussore della sola tutela risarcitoria<sup>168</sup> – delle quali si è già ampiamente detto nel capitolo precedente.

Alla luce di tale variegato quadro, le Sezioni Unite respingono le conclusioni formulate dalla Procura Generale, escludendo categoricamente che la sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, possa essere considerata idonea a garantire le finalità perseguite dalla normativa antitrust.

Osserva, infatti, la Corte che non risulta convincente *«il riferimento – operato dal Procuratore Generale – al fatto che i contratti tra l’impresa bancaria ed il cliente costituirebbero esercizio dell’autonomia privata dei contraenti, ex art. 1322 c.c., sicché “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”»* né è in linea con la *ratio* della normativa antitrust, oltre che con la lettera dell’art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287 del 1990, *«l’ulteriore assunto del Procuratore Generale secondo cui l’impostazione ampliativa delle tutele finirebbe con l’introdurre “tutele reali atipiche con il fine esclusivo di garantire l’astratta correttezza dei contratti (...) per affiancare al rimedio tipico (nullità dell’intesa) forme di nullità derivata atte a travolgere (in parte o per intero) i contratti a valle”»*<sup>169</sup>.

Se è vero, infatti, che le parti possono determinare liberamente il contenuto del contratto ai sensi dell’art. 1322 cod. civ., la loro libertà trova un limite nelle già citate previsioni dell’art. 41 Cost., che giustificano la normativa antitrust, la cui

---

<sup>167</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punti da 2.7 a 2.9.2.

<sup>168</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punti da 2.10 a 2.10.3.

<sup>169</sup> Sentenza Corte di Cassazione in Sezioni Unite n. 41994 del 30.12.2021, punto 2.12.

*ratio* è proprio quella di realizzare un bilanciamento tra libertà di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori<sup>170</sup>.

Inoltre, il tenore letterale dell'art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287 del 1990 è inequivoco nello stabilire che le intese vietate sono nulle «*ad ogni effetto*»: tale previsione, che riproduce il principio generale secondo cui “*quod nullum est nullum producit effectum*”, legittima la conclusione secondo la quale i contratti che realizzano l'intesa vietata sono, a loro volta, invalidi.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, la tesi secondo la quale sarebbe ammissibile la sola tutela risarcitoria, con esclusione della tutela reale, non è condivisibile perché, oltre ad essere contraria a pressoché tutti i precedenti della Suprema Corte successivi alla succitata sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/2005, è contraria anche alla *ratio* e alla funzione della normativa antitrust.

Infatti, primariamente rispetto all'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, la normativa antitrust è diretta a proteggere l'interesse del mercato in senso oggettivo. Il rimedio risarcitorio, tuttavia, consente di tutelare, nei singoli casi, solo l'interesse del singolo contraente pregiudicato, pertanto, è inidoneo a soddisfare le esigenze della normativa antitrust. Inoltre, il risarcimento del danno subito dal singolo consumatore non ha neppure una adeguata efficacia dissuasiva per le imprese che abbiano partecipato all'intesa vietata o che, comunque si siano adeguate allo schema negoziale illecito, atteso che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio e non tutti coloro che agiscono in giudizio riescono ad ottenere il risarcimento del danno.

Ad avviso delle Sezioni Unite, dunque, «*il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust*»<sup>171</sup>.

La Suprema Corte, peraltro, precisa che detta conclusione non è smentita dal diritto eurounitario. È pur vero, infatti, che la normativa europea prevede solo il diritto del

---

<sup>170</sup> Cfr. Sentenza Corte di Cassazione in Sezioni Unite n. 41994 del 30.12.2021, punto 2.12.1.

<sup>171</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.13.2.

consumatore a far valer la nullità dell'intesa anticoncorrenziale "a monte" e a chiedere il risarcimento del danno subito, tuttavia, tali rimedi sono il «*minimo comune denominatore in materia di tutela*»<sup>172</sup>, essendo rimessa agli Stati membri la possibilità di prevedere maggiori ed ulteriori forme di tutela del consumatore, al fine di garantire la piena attuazione del diritto comunitario.

Esclusa, dunque, l'idoneità della sola tutela risarcitoria disgiunta dalla tutela reale, secondo le Sezioni Unite la forma di tutela più adeguata a realizzare le finalità perseguite dalla normativa antitrust è l'azione di nullità parziale, esperibile da parte del fideiussore per ottenere l'accertamento e la declaratoria della nullità delle sole clausole del contratto "a valle" che siano riprodottrici di quegli articoli dello schema contrattuale di fideiussione bancaria *omnibus* predisposto dall'A.B.I. che sono stati dichiarati contrari all'art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1190 dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005<sup>173</sup>.

Trova dunque applicazione, secondo la ricostruzione della Suprema Corte, l'art. 1419, comma 1 cod. civ., a mente del quale la nullità di singole clausole si estende all'intero contratto solo se la porzione colpita dalla nullità non ha un'esistenza autonoma ma è in correlazione inscindibile con il resto del regolamento contrattuale, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte colpita da nullità.

La Cassazione, dunque, non esclude la nullità assoluta della fideiussione *omnibus* "a valle" dell'intesa anticoncorrenziale *de qua*, bensì stabilisce che tale nullità assoluta può trovare spazio solo ai sensi dell'art. 1419, comma 1 cod. civ. e deve essere provata in modo rigoroso dalla parte interessata. Prova che difficilmente potrà essere fornita, dal momento che, da un lato, il fideiussore – persona normalmente legata al debitore principale, quindi, portatrice di un interesse economico alla concessione del finanziamento bancario – presterebbe la garanzia anche senza le clausole nulle onde far ottenere al debitore il finanziamento; dall'altro, la banca ha interesse al mantenimento della garanzia anche senza le clausole nulle, giacché l'alternativa sarebbe l'assenza completa di garanzia<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.14.1.

<sup>173</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.15.

<sup>174</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.15.3.

Le Sezioni Unite precisano, poi, che la nullità parziale *de qua* è una nullità derivata, nel senso che la nullità dell'intesa "a monte" determina la nullità del contratto di fideiussione "a valle", seppur limitatamente alle sole clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema contrattuale di fideiussione bancaria *omnibus* predisposto dall'A.B.I. dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005<sup>175</sup>.

Tra l'intesa "a monte" ed il contratto "a valle", infatti, sussiste un collegamento funzionale, giacché il contratto "a valle" è di per se stesso un mezzo per violare la normativa antitrust ovvero riproduce il contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede venendo così a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale<sup>176</sup>: i contatti "a valle", quindi, costituendo lo sbocco dell'intesa vietata, partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte (come, peraltro, era già stato chiarito dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 2207/2005)<sup>177</sup>. Così, la fideiussione bancaria conforme allo schema contrattuale di fideiussione bancaria *omnibus* predisposto dall'A.B.I., in quanto riproduttiva del contenuto dell'intesa anticoncorrenziale – in particolare, di quegli articoli del citato schema che sono stati dichiarati anticoncorrenziali dalla Banca d'Italia – risulta funzionale a produrre l'effetto anticoncorrenziale<sup>178</sup>. È, infatti, il nesso funzionale tra l'intesa "a monte" e la fideiussione "a valle" a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza che viene colpito dalla normativa antitrust con la nullità ad ogni effetto di cui all'art. 2, comma 3 Legge n. 287/1990, cioè con quella nullità che dall'intesa «*si riverbera sui contratti a valle dell'intesa vietata*»<sup>179</sup>.

Le Sezioni Unite precisano altresì che la nullità parziale che colpisce i contratti "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata – ed in particolare, le fideiussioni bancarie conformi allo schema contrattuale di fideiussione *omnibus* predisposto dall'A.B.I. e dichiarato parzialmente nullo dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55 del 02 maggio 2005 – è una nullità speciale, prevista dell'art. 101 T.F.U.E. e dall'art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990 a tutela dell'ordine

---

<sup>175</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.15.4.

<sup>176</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.16.2.

<sup>177</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.16.1.

<sup>178</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.16.2.

<sup>179</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.16.4.



pubblico economico<sup>180</sup>, istituto che non trova nell'ordinamento italiano una specifica previsione di diritto positivo ma è ben noto al diritto comunitario ed è comunque impiegato anche dalla giurisprudenza nazionale<sup>181</sup>.

Tal nullità, dunque, è una nullità ulteriore e più ampia rispetto alla nullità codicistica di cui all'art. 1418 cod. civ. e alle altre nullità previste dall'ordinamento – come la nullità di protezione nei contratti del consumatore (c.d. secondo contratto) e la nullità nei rapporti tra imprese (c.d. terzo contratto) – giacché colpisce anche atti o combinazioni di atti avvinti da un nesso funzionale, al fine di salvaguardare l'ordine pubblico economico<sup>182</sup>.

Da ultimo, le Sezioni Unite chiariscono che, con riferimento alla specifica fattispecie oggetto di causa – cioè le fideiussioni conformi allo schema contrattuale di fideiussione bancaria *omnibus* predisposto dall'A.B.I., contratti “a valle” dell'intesa anticoncorrenziale accertata dalla Banca d'Italia – la nullità totale del contratto “a valle” va esclusa in quanto inadeguata rispetto alle finalità perseguite dalla normativa antitrust.

Infatti, dal momento che «*la disciplina dettata dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a), ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla libertà della concorrenza*»<sup>183</sup> ed è quindi finalizzata ad elidere attività e comportamenti restrittivi della concorrenza, i contratti “a valle” sono integralmente nulli solo quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto “a valle”; sono, invece, nulli solo *in parte qua*, laddove riproducano le clausole dell'intesa “a

---

<sup>180</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.17.

<sup>181</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.17.1.

<sup>182</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.17.

<sup>183</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.16; R. SCUDIERI; *Tutela della concorrenza e contratti di garanzia. Riflessioni della nullità parziale delle intese tra imprese ai sensi dell'art. 2 comma 2 della legge n. 287 del 1990 sui contratti di fideiussione a garanzia di operazioni bancarie*, in *Fonte del Notariato*, fasc. 4, 2020, 562: «*Le SS.UU., in particolare, evidenziano come l'art. 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 sia espressione del più generale principio di tutela della libertà di concorrenza sancito dall'art. 41 Cost., nonché, in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e attualmente dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 3 e 101), la cui ratio risiederebbe nella finalità di inibire qualsiasi fattispecie distortiva della competizione di mercato, anche laddove essa venisse posta in essere attraverso una combinazione di atti di natura fra loro diversa*».

monte” dichiarate nulle dall’organo di vigilanza e che sono le sole, in concreto, ad avere una valenza restrittiva della concorrenza.

Osserva, infatti, la Corte che *«le clausole del contratto di fideiussione a valle che riproducano quelle nulle dell’intesa a monte (nn. 2, 6 e 8) vengono, invero, a recepire – nel contenuto del negozio – le determinazioni di un’associazione di imprese, l’A.B.I., che – in quanto costituiscono elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate – possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti, falsando – in tal guisa – il gioco della libera concorrenza. Ed è per questo che, esclusivamente sotto tale profilo, la Banca d’Italia ha osservato che “la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l’elevato numero di banche associate all’A.B.I.”, e, di conseguenza, ha dichiarato la nullità dei soli articoli nn. 2, 6 e 8 dell’intesa a monte. Per converso, tutte le altre clausole del contratto di fideiussione – in quanto finalizzate, attraverso l’obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l’accesso al credito bancario – sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d’Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell’intesa A.B.I.»*<sup>184</sup>.

Peraltro, la valutazione della Banca d’Italia – osservano le Sezioni Unite – è pienamente conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale da tempo afferma che la sanzione della nullità si applica alle sole clausole dell’accordo o della decisione colpite dal divieto, a meno che dette clausole risultino inseparabili dall’accordo o dalla decisione stessi, nel qual caso soltanto essi saranno travolti integralmente (cfr. Corte Giustizia, 30/06/1966, C- 56/65, LTM; Corte Giustizia, 01/09/2008, C- 279/06, CEPSA)<sup>185</sup>.

Le Sezioni Unite pervengono quindi alla conclusione che *«alla nullità parziale dell’accordo o della deliberazione a monte corrisponde – per le ragioni suesposte – la nullità parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le previsioni colpite da tale forma di invalidità, e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullità risulti essenziale*

---

<sup>184</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.18.2.

<sup>185</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.18.3.

*per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto “senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità”, secondo quanto prevede – in piena conformità con le affermazioni della giurisprudenza Europea, riferite alla normativa comunitaria – il diritto nazionale (art. 1419 c.c., comma 1). E sempre che di tale essenzialità la parte interessata all’estensione della nullità fornisca adeguata dimostrazione. Evenienza, questa, di ben difficile riscontro nel caso di specie, per le ragioni in precedenza esposte»<sup>186</sup>.*

La sentenza in commento si occupa, poi, del valore probatorio del già più volte citato provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 02 maggio 2005, confermando quanto stabilito dalla sentenza della Cassazione del 22 maggio 2019, n. 13846, cioè che esso ha valore di prova privilegiata, possedendo «un’elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale»<sup>187</sup>. Tuttavia, sono rimesse al giudice di merito sia la valutazione del suddetto provvedimento nel suo contenuto complessivo, sia l’accertamento della coincidenza delle clausole presenti nella fideiussione “a valle” con quelle oggetto dell’intesa restrittiva, dichiarate anticoncorrenziali dal provvedimento dall’Autorità Garante<sup>188</sup>.

Le Sezioni Unite precisano, infine, che la nullità parziale del contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale vietata è rilevabile d’ufficio<sup>189</sup>.

##### **5. Note di commento alla sentenza Cass. civ. Sez. Un. 30 dicembre 2021, n. 41994.**

Sembra possibile, a questo punto, svolgere alcune riflessioni in merito alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 dicembre 2021, n. 41994, il cui contenuto è stato ampiamente esposto nel paragrafo precedente.

A tale riguardo giova innanzitutto rammentare che l’ordinanza della Corte di Cassazione del 30 aprile 2021, n. 11486 – cioè l’ordinanza con la quale la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione della causa alle Sezioni unite – aveva segnalato quattro

---

<sup>186</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.18.3.

<sup>187</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.19.

<sup>188</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.19.1.

<sup>189</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.20.2.

questioni che avrebbero meritato di essere risolte dalle Sezioni Unite<sup>190</sup>: esse sono state tutte esaminate dalla sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994, che per ciascuna di esse ha indicato la soluzione ritenuta più adeguata.

Si è visto, infatti, che le Sezioni Unite hanno ampiamente dedotto circa le ragioni che rendono inadeguato rispetto alla *ratio* e alla funzione della normativa antitrust il riconoscimento dell'esperibilità da parte del fideiussore, parte di un contratto "a valle", della sola azione di risarcimento del danno e come, di conseguenza, debba essere ritenuta la soluzione più adeguata il riconoscimento dell'esperibilità dell'azione volta ad ottenere l'accertamento e la declaratoria della nullità del contratto "a valle".

Le Sezioni Unite hanno indicato come la soluzione maggiormente idonea a realizzare le finalità perseguite dalla normativa antitrust la nullità parziale della fideiussione che sia contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale, nullità limitata alle sole clausole della fideiussione che siano riprodottrici del contenuto dell'intesa. A tale proposito, le Sezioni Unite hanno precisato che, ai fini dell'accertamento della nullità parziale della garanzia, non è necessaria la totale coincidenza della fideiussione "a valle" con lo schema contrattuale predisposto dall'ABI, essendo invece sufficiente che l'intesa "a monte" venga riprodotta relativamente alle clausole vietate<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Cfr. Corte di Cassazione, ordinanza del 30 aprile 2021 n. 11486: « a) se la coincidenza totale o parziale tra le clausole della fideiussione "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale e l'intesa restrittiva della concorrenza legittimi ad esperire l'azione di nullità con riferimento alla fideiussione ovvero soltanto a richiedere il risarcimento del danno; b) qualora sia esperibile l'azione di nullità, quale sia la natura del vizio di nullità e quale la disciplina della legittimazione a farlo valere; b) se sia configurabile una nullità parziale della fideiussione; qualora sia ammissibile una declaratoria di nullità parziale) se l'indagine che essere a tal fine compiuta dal giudice di merito debba avere ad oggetto – oltre alla coincidenza delle clausole della fideiussione con l'intesa – anche la potenziale volontà delle parti a prestare il proprio consenso al rilascio della garanzia [n.d.r. giacché in caso in contrario si avrebbe la nullità assoluta della fideiussione ai sensi dell'art. 1419, comma 1 cod. civ], ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto di interessi derivante dal contratto [n.d.r. giacché se l'assetto di interessi mutasse, il contratto sarebbe nullo nella sua interezza ex art. 1419, comma 1 cod. civ.]».

<sup>191</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.16.2 «La funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riprodottrici dell'"intesa" a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca -

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno qualificato tale nullità parziale come “nullità derivata”, stante il collegamento funzionale tra intesa “a monte” e contratto “a valle”, e come nullità speciale per contrarietà all’ordine pubblico economico, con una portata più ampia rispetto alla nullità codicistica. Infine, hanno riconosciuto la legittimazione di ciascun fideiussore ad esperire l’azione di nullità ex artt. 2 e 33 Legge n. 287/1990 con riferimento alla garanzia prestata, onde ottenere la declaratoria di nullità delle clausole contrattuali conformi alle previsioni dell’intesa *«la cui natura anticoncorrenziale è stata accertata dall’Autorità competente»*<sup>192</sup>.

Con riguardo alla nullità totale della fideiussione *omnibus* le Sezioni Unite, pur ammettendo la possibilità che il contratto “a valle” sia interamente nullo ai sensi dell’art. 1419, comma 1 cod. civ., hanno osservato che tale ipotesi appare alquanto improbabile, giacché realizzabile soltanto quando *«secondo un giudizio di “volontà ipotetica” risulti che le parti non avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle»*. Nel caso delle fideiussioni bancarie *omnibus*, infatti, dal momento che non è plausibile un interesse del fideiussore all’inserimento nel contratto di clausole a lui sfavorevoli (quali sono quelle corrispondenti alle clausole dello schema A.B.I. dichiarate nulle dalla Banca

---

*come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale. Non è certo la deroga isolata - nei singoli contratti tra una banca ed un cliente - all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939,1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale. E', invece, il predetto "nesso funzionale" tra l'"intesa" a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che - in violazione dell'art. 1322 c.c. - riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullità dell'atto a monte è - per vero - veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto»; La sala par 4 «Il terzo punto meritevole di essere sottolineato, riconducibile a una peculiarità della fattispecie, è che l'oggettivo collegamento funzionale tra l'intesa e la garanzia è stato riconosciuto nonostante la corrispondenza solo parziale tra le clausole della modulistica ABI e quelle contenute nel testo della garanzia. Non è infatti essenziale, secondo la Corte, che la garanzia sia interamente riproduttiva dell'intesa a monte (§ 2.16.2), purché la parte riprodotta sia abbastanza ampia e significativa da portare a considerare l'atto negoziale a valle strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale».*

<sup>192</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, punto 2.3.

d'Italia), ai fini della declaratoria di nullità assoluta sarebbe necessario provare che la banca non avrebbe concluso il contratto senza le tre clausole viziate.

Oltre a tali questioni, segnalate dall'ordinanza di rimessione al Primo Presidente, le Sezioni Unite si sono occupate anche di diversi profili.

In primo luogo, la Corte ha precisato che, ferma la rilevabilità della nullità *ex officio* in qualunque stato e grado del giudizio, il giudice, nonostante una domanda di accertamento della nullità integrale della fideiussione contratto "a valle", può rilevare d'ufficio la nullità parziale, tuttavia, *«qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa [n.d.r. la domanda di accertamento della nullità totale] non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo»*<sup>193</sup>. In altre parole, il giudice non può pronunciare la nullità parziale del contratto in mancanza di una domanda in tal senso della parte.

Un'ulteriore questione sulla quale la Corte si è pronunciata è la sussistenza, in capo al consumatore, dell'interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere concorrenziale del mercato delle garanzie, interesse che era stato messo in dubbio da taluna parte della giurisprudenza di merito<sup>194</sup>. A tale riguardo, la Cassazione ha stabilito che la prova della limitazione della concorrenza è una conseguenza della dimostrazione della nullità della intesa, o quantomeno dovrebbe esserne il logico presupposto<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, 2.20.2 punto

<sup>194</sup> Cfr. G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 2022, 610, nt. 16.

<sup>195</sup> Cfr. G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 610: *«Innanzitutto la sentenza supera i dubbi sollevati da una parte della recente giurisprudenza di merito circa la possibilità del consumatore garante d'invocare la disciplina antimonopolistica; dubbi basati soprattutto sulla presunta carenza in capo al consumatore di un interesse processualmente rilevante alla conservazione del carattere concorrenziale del mercato delle garanzie. In merito, la Corte ribadisce la posizione espressa con il suo precedente intervento a Sezioni Unite (Cass., n. 2207/2005), favorevole all'inclusione dei consumatori tra i soggetti tutelati dalla disciplina antitrust e soprattutto non ritiene necessaria la dimostrazione dell'attitudine dell'intesa anticompetitiva a limitare la libertà di scelta del consumatore tra prodotti concorrenti nel caso concreto, perché considera sufficiente, ai fini della prova di una lesione rilevante degli interessi protetti dalla disciplina antitrust, la sussistenza di*

Altra questione trattata è se il comportamento di un'impresa estranea all'intesa sanzionata dall'autorità garante, quindi formalmente non parte dell'intesa "a monte" – nel caso specifico, una banca non associata all'A.B.I. – che si sia tuttavia conformata alle condotte di cui all'intesa illecita vada qualificata come pratica concordata ovvero come accordo. Le Sezioni Unite hanno statuito che anche tali condotte debbano intendersi parte dell'intesa sanzionata dal provvedimento dell'autorità garante<sup>196</sup>, trovando dunque conferma il principio espresso dalla

---

*un'oggettiva standardizzazione delle condizioni di garanzia nell'ambito del sistema bancario come fatto idoneo a determinare l'abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato"» ; Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994: «E ciò è tanto più evidente quando - come nella specie le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato».*

<sup>196</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. sentenza del 30.12.2021, n. 41994, al punto 2.16.1: «Per tale ragione, i contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust - in quanto costituenti "lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti" (Cass. Sez. U., n. 2207/2005) - partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi. Il legislatore nazionale ed Europeo - infatti - intendendo sanzionare con la nullità un "risultato economico", ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza, ha dato rilievo - anche a comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali" [...] In altri termini, detta violazione è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti "funzionale" a produrre un effetto anticoncorrenziale»; G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, cit., 610: «Altro aspetto saliente della sentenza è l'affermazione del principio che qualora il creditore garantito non abbia partecipato all'accordo anticoncorrenziale, oppure comunque in giudizio non sia stata raggiunta la prova di tale partecipazione, il dato oggettivo del non isolato recepimento da parte della banca del contenuto dell'intesa vietata all'interno delle garanzie di volta in volta stipulate con terzi è sufficiente a disvelare all'esterno l'adesione del creditore garantito all'intesa (§§ 2.6; 2.7.1; 2.7.2; 2.16.1), perché il comportamento volto a uniformarsi all'intesa vietata estrinseca la volontà del soggetto di fare proprio l'interesse comune di cui l'intesa è portatrice. In tale prospettiva, la non saltuaria stipula di garanzie riproducenti le clausole oggetto dell'intesa illecita assume la duplice valenza di fatto concludente indicativo di tacita adesione all'intesa e di mezzo di concreta attuazione dei suoi effetti anticoncorrenziali. Al fine di valutare la portata applicativa di tale conclusione occorre considerare che uno schema di fideiussione bancaria deliberato dall'ABI rientra nella nozione d'intesa ex art. 2 l. n. 287/1990 non come pratica concordata, ma come deliberazione di un'associazione di imprese i cui partecipanti s'identificano con gli associati. Pertanto, se si condivide l'idea che in presenza di un'organizzazione collettiva sono aderenti all'intesa tutti i partecipanti all'organizzazione

giurisprudenza europea per il quale cui «*se l'articolo 85, n.1. del Trattato distingue il concetto di pratica concordata da quello di accordo fra imprese o di decisione di associazione di imprese, ciò è dovuto all'intenzione di comprendere, fra i comportamenti vietati da questo articolo, forme diverse di coordinamento e di collusione tra imprese (sentenza ICI/ Commissione, citata, punto 64). Da ciò non consegue peraltro che comportamenti che hanno lo stesso oggetto anticoncorrenziale, ciascuno dei quali, preso isolatamente, rientra nella nozione di accordo, di pratica concordata o di decisione di associazione di imprese, non possano costituire manifestazioni diverse di una sola infrazione dell'articolo 85, n. 1, del Trattato*»<sup>197</sup>.

Le Sezioni Unite, tuttavia, non si sono occupate di alcuni temi rilevanti, che rimangono suscettibili di contrastanti soluzioni interpretative, che renderebbero auspicabile un ulteriore intervento della Sezioni Unite stesse.

In primo luogo, laddove hanno trattato della rilevanza probatoria del provvedimento amministrativo di accertamento dell'intesa (il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005), le Sezioni Unite si sono limitate a richiamare il principio di diritto espresso dalla giurisprudenza precedente. Non si sono, dunque, espresse in modo esplicito, circa l'opportunità o meno di un'applicazione analogica, per il caso della nullità, dell'art. 7 d. lgs. 3/2017, secondo il quale, ai fini del risarcimento del danno, il provvedimento dell'Autorità di Vigilanza che accerta la violazione della concorrenza ha valore di prova legale. Inoltre, non hanno chiarito se tale provvedimento dell'autorità garante abbia il medesimo valore probatorio sia per la parte in cui accerti la restrizione della concorrenza, sia per quella in cui affermi la conformità di una condotta o di una clausola contrattuale alla normativa sulla concorrenza.

In secondo luogo, un'ulteriore questione che non è stata presa in esame dalle Sezioni Unite è quella della qualificazione dell'intesa oggetto del provvedimento

---

*da cui l'intesa promana, il non occasionale utilizzo della modulistica ABI da parte del creditore garantito acquista concreta rilevanza come fattore indicativo di adesione all'accordo nelle limitate ipotesi in cui il creditore non rientri già tra gli aderenti all'associazione d'imprese».*

<sup>197</sup> Sentenza del Tribunale di Primo Grado HFB/Commissione, caso T-9/99 del 20 marzo 2002.



della banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, cioè la deliberazione di un'associazione di istituti di credito avente ad oggetto la determinazione di condizioni contrattuali, come un'intesa restrittiva per "oggetto", che presenterebbe di per sé «un grado sufficiente di dannosità»<sup>198</sup> e perciò renderebbe superfluo l'esame dei suoi effetti, ovvero come intesa restrittiva per "effetto", della quale andrebbe valutata la portata dei suoi effetti verso i consumatori e gli imprenditori concorrenti.

La Suprema Corte si è limitata a dare una soluzione a un caso specifico, seppur in punto di principio, ovvero quello della conformità delle fidejussioni omnibus allo schema contrattuale dell'A.B.I. nella parte in cui lo stesso è stato dichiarato restrittivo della concorrenza dalla Banca d'Italia.

#### **6. Con riferimento alle reazioni della dottrina alla sentenza Cass. civ. Sez. Un. 30 dicembre 2021, n. 41994.**

Un tanto esposto, va osservato che la sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994 è stata oggetto di numerosi commenti, alcuni dei quali hanno accolto con favore la pronuncia della Suprema Corte<sup>199</sup>, altri hanno mosso ad essa puntuali rilievi critici.

In particolare, autorevole dottrina ha osservato che la decisione delle Sezioni Unite avrebbe come punto di riferimento non tanto l'individuazione della corretta interpretazione dell'art. 2 Legge n. 287/1990, quanto piuttosto l'esigenza di predisporre contro le imprese che intendano porre in essere una condotta anticoncorrenziale un efficace sistema deterrente anche di tipo privatistico, oltre a quello pubblicistico costituito dalle sanzioni dell'Autorità amministrativa. L'efficacia deterrente, quindi, avrebbe rappresentato il criterio derimente adottato dalle Sezioni Unite per la scelta del rimedio della tutela reale del consumatore "a

---

<sup>198</sup> Sentenza Corte di Giustizia del 11.07.2014, C-67/13, *Groupement de Cartes Bancaires*, ECL: UE:C:2014:2204, punto 49, 53 e 57.

<sup>199</sup> Cfr. F. DI GIROLAMO, *La tutela del credito fra attività bancaria e diritto della concorrenza: le fidejussioni omnibus rilasciate a valle di un'intesa vietata*, in *Banca Impresa Società*, fasc. 1, aprile 2023.

valle»<sup>200</sup>. Difatti, la Corte di Cassazione afferma che *«l'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto. Ed invero come rilevato da autorevole dottrina – l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno - come nella specie - recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno»*.

Tra questi autori vi è chi ha rilevato che la “scelta” della nullità parziale non sarebbe stata sufficientemente motivata dalla Corte<sup>201</sup> ovvero che essa risulterebbe perfino in contraddizione rispetto all'intento di assicurare l'efficacia dissuasiva della legge antitrust, considerato che, nel caso delle fideiussioni bancarie omnibus, la nullità relativa avrebbe un effetto deterrente “esponenzialmente” minore rispetto alla

---

<sup>200</sup> Cfr. G. ANTILLIO, *La sorte dei contatti c.d. a valle dopo le Sezioni Unite*, in *Giustizia Civile*, 25 febbraio 2022: *«la Suprema Corte scarta l'idea di percorrere la soluzione in parola [n.d.r. il risarcimento del danno], ritendendo che tale opzione frusterebbe il raggiungimento dell'obiettivo cui tende la normativa antitrust»*; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite*, 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, fasc. 1/2022: *«L'argomento relativo alla portata dissuasiva del trattamento applicabile ai contratti a valle è – a mio avviso – quello più importante»*; C. S. PAGLIATINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Il Foro Italiano*, colonna 0523, fasc. 02, parte 01, anno 2022: *«è scoccata l'ora della nullità, rimedio più adeguato, di una tutela risarcitoria, cadetta perché carente di un effetto deterrente ed rimedio più adeguato soltanto nel caso in cui si dia la fattispecie di un danno in concreto subito»*.

<sup>201</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite*, 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.: *«L'argomentazione centrale della sentenza delle sezioni unite presenta dunque una debolezza: è fondata sull'esigenza di misure di private enforcement altamente dissuasive, ma non spiega (o spiega in modo inadeguato) perché, da un lato, il rimedio risarcitorio (complementare alle ammende) sia insufficiente e perché, dall'altro, il rimedio della nullità integrale sia eccessivo; e perché, ancora, la nullità parziale costituisca il giusto mezzo, dal punto di vista dell'efficacia dissuasiva»*; A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Il Foro Italiano*, colonna 0514, fasc. 02, parte 01, anno 2022.

nullità integrale, giacché il più delle volte lascerebbe pressoché immutati i rapporti tra consumatore e impresa<sup>202</sup>.

Altri autori, che non sono concordi con la soluzione della nullità parziale dei contatti “a valle”, continuano a sostenere – sulla base della distinzione delle disposizioni normative tra norme di validità e regole di condotta e considerato che l’art. 2 Legge n. 287/1990 apparterebbe alla seconda categoria – che la nullità di cui all’art. 2 Legge n. 287/1990 riguarderebbe solamente l’intesa tra le imprese e non i rapporti con i soggetti terzi rispetto ad essa, rimanendo pertanto praticabile dal terzo leso la sola via del risarcimento del danno<sup>203</sup>.

Le tesi suesposte presuppongono che Sezioni Unite abbiano inteso attribuire alla normativa antitrust, quale unico o fondamentale obiettivo, quello della deterrenza. Ciò, tuttavia, non sembra del tutto condivisibile.

A ben vedere, infatti, la Suprema Corte ha tenuto presente che normativa antitrust ha non soltanto una finalità deterrente, di presidio della concorrenzialità del mercato come bene giuridico costituzionalmente rilevante, ma ha anche una funzione di

---

<sup>202</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, cit.: «l’argomento relativo all’esigenza di un’efficacia dissuasiva ulteriore, che dovrebbe consistere nella nullità (generalizzata) dei contratti a valle, è un argomento forte solo se si ritiene necessario un rimedio punitivo, consistente nella nullità totale di tutti questi contratti. La nullità integrale porterebbe infatti al risultato di fare perdere all’autore dell’illecito antitrust ogni utilità derivante dai contratti a valle»; S. PAGLIATINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un’intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, cit.: «una nullità parziale non sarà un premio, ma che sia una sanzione deterrente qualche dubbio lo nutriamo».

<sup>203</sup> Cfr. C. G. ANTILLIO, *La sorte dei contatti c.d. a valle dopo le Sezioni Unite*, cit.; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, cit.: «Rimane dunque da compiere il passaggio che, dalla violazione di una norma di condotta da parte di uno dei contraenti giunge alla conclusione dell’invalidità (totale o parziale che sia) del contratto di fideiussione. [...] Neanche l’argomento per cui i contratti a valle costituiscono parte integrante della condotta illecita può dirsi dunque decisivo, a sostegno della tesi della nullità degli stessi»; F. MOLINARO, *Brevi osservazioni sull’attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di fideiussioni omnibus* (nota a Cass., Sez. Un., sent. 30 dicembre 2021 n. 41994), in *Judicium*, 18 gennaio 2022: «il problema della sorte del contratto a valle, quindi, deve essere affrontato attraverso la ben nota distinzione tra regole di validità, la cui violazione è presidiata da rimedi invalidatori, e regole di comportamento, la cui lesione è tutelata, all’opposto, da rimedi risarcitori».

ristabilimento del funzionamento concorrenziale del mercato, qualora esso sia stato leso.

In particolare, le Sezioni Unite sembrano aver considerato che il vero effetto deterrente viene perseguito dalla normativa antitrust attraverso le sanzioni amministrative (c.d. public enforcement), mentre con riferimento agli strumenti di tutela del consumatore “a valle” che non abbia potuto scegliere tra prodotti in concorrenza per effetto del comportamento vietato poste in essere dalle imprese “a monte” (c.d. private enforcement) la deterrenza rappresenta soltanto l’altra faccia della medaglia, per così dire, rispetto all’esigenza di riportare il mercato e i soggetti che vi operano in una “condizione” di concorrenza. In questo senso, il rimedio della nullità del contratto “a valle” rappresenta la soluzione migliore, volta dunque a ristabilire quella concorrenzialità del mercato venuta meno per effetto dell’intesa vietata.

Dette conclusioni possono scorgersi anche nelle sentenze delle Sezioni Unite del 04 febbraio 2005, n. 2207 e del 30 dicembre 2021, n. 41994, laddove viene affermato che la legge antitrust è la legge di chiunque abbia interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato e che il rimedio risarcitorio risulta inadeguato poiché «l’interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l’interesse individuale del singolo contraente pregiudicato».

L’intervento delle Sezioni Unite ha il particolare pregio di aver chiarito un punto importante non trattato dalla giurisprudenza precedente: in materia antitrust il rimedio più opportuno e ragionevole per tutelare, da una parte, il consumatore “a valle” e, dall’altra, la concorrenza tra le imprese “a monte” deve essere determinato dal giudice investito della controversia, tenendo presente che il rimedio più conforme agli obiettivi della disciplina della concorrenza consiste nel rimedio dell’invalidità del contratto “a valle” nella misura in cui questo risulta a dannoso per il mercato. Il giudice è chiamato a decidere nel senso della migliore soluzione che permetta, per un verso, di preservare l’interesse del consumatore “a valle” a scegliere tra prodotti in concorrenza e, per altro verso, di impedire che le condotte collusive delle imprese portino al congelamento dell’offerta di prodotti e/o servizi.

**7. Lo stato della giurisprudenza successiva alla sentenza Cass. civ. Sez. Un. 30 dicembre 2021, n. 41994.**

Da un esame della giurisprudenza successiva alla pronunzia delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994, svolto attraverso la consultazione delle banche dati<sup>204</sup> e di altri strumenti telematici<sup>205</sup>, risulta che essa è stata appieno recepita<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Tra cui Dejure.com, ilcaso.it, dirittodelrisparmio.it.

<sup>205</sup> Software Service I della S.r.l. ServiceMatica per il deposito telematico degli atti di causa e l'effettuazione di ricerche giurisprudenziali.

<sup>206</sup> Tra le molte pronunzie, possono essere citate, con riferimento alle sezioni Specializzate in Materia di Impresa: Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 2659/2022, pubblicata il 18.02.2022; Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 3855/2023, pubblicata il 09.03.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 7146/2023, pubblicata il 05.05.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 7242/2023, pubblicata il 08.05.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 8885/2023, pubblicata il 05.06.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 8898/2023, pubblicata il 05.06.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 10581/2023, pubblicata il 04.07.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 11668/2023, pubblicata il 24.07.2023. Tribunale di Milano Sez. Imprese sentenza n. 5629/2022, pubblicata il 24.06.2022; Tribunale di Milano Sez. Imprese sentenza n. 8796/2022, pubblicata il 10.11.2022; Tribunale di Milano Sez. Imprese sentenza n. 8978/2022 pubblicata il 14/11/2022; Tribunale di Milano Sez. Impresa sentenza n. 107/2023 pubblicata il 09/01/2023; Tribunale di Milano Sez. Imprese sentenza n. 972/2023 pubblicata il 07/02/2023; Tribunale di Milano Sez. Imprese sentenza n. 5352/2023 pubblicata il 28/06/2023. Tribunale di Napoli Sez. Imprese sentenza n. 2149 del 27.02.2023.

Con riferimento alle sezioni ordinarie: Corte d'Appello di Milano sentenza n. 641/2023, pubblicata il 24.02.2023; Corte d'Appello di Milano sentenza n. 1391/2023, pubblicata il 03.05.2023; Corte d'Appello di Milano sentenza n. 2377/2022, pubblicata il 06.07.2022; Tribunale di Milano sentenza n. 4965/2023 pubblicata il 14/06/2023; Tribunale di Milano sentenza n. 6241/2023 pubblicata il 20/07/2023; Tribunale di Milano sentenza n. 6678/2023 pubblicata il 03/08/2023; Tribunale di Barcellona P.G. sentenza n. 159/2023, pubblicata il 23.02.2023; Tribunale di Biella sentenza n. 52/2023, pubblicata il 21.02.2023; Tribunale di Belluno sentenza n. 15/2023, pubblicata il 17.01.2023; Tribunale di Pisa sentenza n. 75/2023, pubblicata il 16.01.2023; Tribunale di Asti sentenza n. 3/2023, pubblicata il 12.01.2023; Corte di Cassazione Sez. civ. VI sentenza n. 35661/2022, pubblicata il 05.12.2022; Tribunale di Castrovillari sentenza n. 1331/2022, pubblicata il 27.10.2022; Corte d'appello di Catania sentenza n. 1913/2022, pubblicata il 11.10.2022; Tribunale di Busto Arsizio sentenza n. 392/2022, pubblicata il 16.03.2022; Tribunale di Busto Arsizio sentenza n. 1371/2022, pubblicata il 04.10.2022; Tribunale di Bologna sentenza n. 2424/2022, pubblicata il 29.09.2022; Tribunale di Bologna sentenza n. 64/2022, pubblicata il 13.01.2022; Tribunale di Sassari sentenza n. 840/2022, pubblicata il 02.08.2022; Tribunale di Cuneo sentenza n. 543/2022, pubblicata il 01.06.2022; Tribunale di Benevento sentenza n. 1310/2022, pubblicata il 01.06.2022; Tribunale di Vicenza sentenza n. 602/2022, pubblicata il 07.04.2022; Tribunale di Teramo sentenza n. 344/2022, pubblicata il 04.04.2022; Tribunale di Pesaro sentenza n. 198/2022, pubblicata il 16.03.2022; Tribunale di Rimini sentenza n. 218/2022, pubblicata il 08.03.2022; Tribunale di Terni sentenza n. 42/2022, pubblicata il 10.01.2022; Corte di Cassazione sentenza n. 29505/2023,

Infatti, sia le Sezioni Specializzate in materia di Impresa funzionalmente competenti per le cause di accertamento della nullità, sia i giudici ordinari chiamati a conoscere della nullità delle fideiussioni *omnibus* conformi al modello A.B.I. in via di eccezione, si sono orientati nel ritenere che i contratti di fideiussione “a valle” di intese contrarie alla normativa antitrust sono inficiati da nullità parziale, limitata alle singole clausole contrattuali riproduttive dell’intesa, salvo che l’interessato riesca a provare che le clausole colpite da nullità non hanno un’esistenza autonoma e che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza la parte colpita da nullità.

Nella giurisprudenza di merito, unica voce dissonante da segnalare è quella del Tribunale di Palermo, che con la sentenza pubblicata il 25.03.2022 (causa R.G. 8249/2018) ha stabilito che la sola forma di tutela per il consumatore “a valle” è quella risarcitoria, non potendosi configurare la nullità della fideiussione<sup>207</sup>.

Nonostante il segnalato recepimento della sentenza delle Sezioni Unite da parte della giurisprudenza di merito, vi sono alcune questioni “aperte” che non hanno ancora trovato una soluzione univoca, anche in ragione del fatto che non sono state prese in esame dalla predetta sentenza. Si tratta, in particolare, del tema efficacia probatoria del provvedimento dell’Autorità amministrativa che ha accertato la sussistenza dell’intesa con riferimento alle fideiussioni *omnibus* successive ad esso e alle fideiussioni specifiche (non *omnibus*); della determinazione dei “confini” in

---

pubblicata il 19.07.2023; Tribunale di Napoli sentenza n. 26120/2021, pubblicata il 03.11.2021; Tribunale di Napoli sentenza n. 29269/2023, pubblicata il 06.06.2023; Tribunale di Cremona sentenza n. 28121/2022, pubblicata il 01.11.2022; Tribunale di Brescia sentenza n. 28006/2022, pubblicata il 12.10.2022; Tribunale di Roma sentenza n. 28012/2022, pubblicata il 12.10.2022; Tribunale di Roma sentenza n. 2659/2022, pubblicata il 18.02.2022, Tribunale di Lecce sentenza n. 156/2022, pubblicata il 20.01.2022; Tribunale di Torino sentenza n. 437/2022, pubblicata il 04.02.2022; Tribunale di Prato sentenza n. 28/2021, pubblicata il 16.01.2021.

<sup>207</sup> Cfr. Sentenza Tribunale di Palermo del 25.03.2022: «Esclusa la sussistenza di un vizio “endogeno” al contratto, non pare esservi spazio neppure per la tesi della “nullità derivata” che, seppur nelle sue differenti sfumature, poggia sulla circostanza che esisterebbe un nesso di causalità tra l’intesa anticoncorrenziale ed i conseguenti contratti in forza del quale, in applicazione del principio simul stabunt simul cadent, questi ultimi verrebbero travolti a cascata dall’invalidità di cui all’art. 2 co.3 L. 287/90.

*Mette conto di evidenziare sul punto che il principio della estensione della nullità a negozi diversi da quello direttamente colpito da invalidità riguarda casi eccezionali in cui è presente un collegamento di tipo “forte” tra i due contratti che, normalmente, richiede l’identità delle parti, qui assente».*

sede giudiziale dell'accertamento compiuto dall'Autorità; le varie problematiche inerenti all'applicazione dell'art. 1957 cod. civ. al caso concreto.

## Capitolo 5

### Possibili soluzioni delle questioni rimaste irrisolte in seguito alla sentenza della Cassazione civile a Sezioni Unite n. 41994/2021

#### 1. Con riferimento alle questioni irrisolte dalla sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994.

In seguito all'intervento operato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994 sono rimaste irrisolte diverse questioni, delle quali alcune sono state parzialmente trattate dalla succitata sentenza, altre sono emerse nella giurisprudenza di merito successiva, altre ancora non risultano essere state affrontate dalla giurisprudenza (perlomeno da quella ad oggi pubblicata in riviste o siti giuridici) ma rivestono considerevole rilevanza sia di carattere sistematico sia di carattere pratico<sup>208</sup>.

Nei successivi paragrafi verranno trattate tali questioni, proponendo per esse quelle che si ritengono essere le soluzioni interpretative più coerenti.

#### 2. Con riferimento all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, con particolare riguardo alle fideiussioni bancarie omnibus assunte dopo il maggio 2005.

Alcune delle cennate questioni attengono all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, che ha dichiarato

---

<sup>208</sup> Cfr. E. PANZARINI, *Ancora sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus redatte in conformità allo schema ABI 2003: questioni rimaste irrisolte*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 1, 01.02.2023; F. GRECO e A. ZURLO, *Nullità parziale delle fideiussioni: la sentenza in chiaroscuro delle Sezioni Unite*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 3, 2022, 822; M. MAGLIULO, *Contratti di fideiussione omnibus attuativi di intesa anticoncorrenziale: nuovi dubi e vecchie incertezze*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 1, il Mulino, Bologna, aprile 2022; F. MOLINARO, *Le fideiussioni bancarie omnibus tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite*, in *Pactum: rivista di diritto dei contratti*, Pacini Giuridica, 24.02.2022; G. STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, in *Pactum: rivista dei contratti*, n. 3/2022.



parzialmente nullo per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990 lo schema contrattuale di fideiussione bancaria *omnibus* predisposto dall'A.B.I. Va infatti considerato che l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017 stabilisce che *«Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato»*. In forza di tale previsione normativa, dunque, in materia di risarcimento del danno da illecito antitrust, il consumatore “a valle” è esentato dall'onere di provare la violazione della concorrenza, qualora l'Autorità garante l'abbia accertata con provvedimento divenuto definitivo. Provvedimento che risulta, quindi, vincolante per il giudice. Avendo a mente il succitato articolo, la sentenza della Corte di Cassazione del 22 maggio 2019, n. 13846 – richiamata *in parte qua* dalla sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994 – ha statuito, con riferimento alle fideiussioni bancarie *omnibus* conformi allo schema contrattuale A.B.I., che *«In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 L. n. 287 del 1990, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione [...] possiede [...] un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale [...] e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario»*.

Le Sezioni Unite, dunque, hanno confermato il principio di diritto secondo cui il provvedimento n. 55 del 02 maggio 2005 della Banca d'Italia, quale autorità garante all'epoca competente, è “prova privilegiata” dell'intesa anticoncorrenziale, cioè ha un'elevata attitudine a provare l'esistenza della stessa, pertanto, il giudice di merito, con riferimento all'esistenza dell'intesa, è vincolato a quanto accertato da tale provvedimento, dovendo, nei singoli casi, verificare la coincidenza tra le clausole

presenti nella fideiussione bancaria *omnibus* oggetto di causa e le clausole che la Banca d'Italia ha accertato essere oggetto di un'intesa restrittiva, senza che possa aver rilievo il fatto che l'A.B.I. abbia adempiuto o meno alla prescrizione dell'autorità garante (formulata nel provvedimento n. 55/2005 citato) di eliminare le clausole nulle (ex art. 2, comma 2, lett. a Legge n. 287/1990) dallo schema contrattuale poi effettivamente diffuso presso il sistema bancario.

### ***2.1 Giurisprudenza della Sezioni Imprese del Tribunale di Roma sul tema.***

Dal citato principio di diritto ribadito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 41994/2021 sembrerebbe muovere quella recente giurisprudenza di merito secondo la quale la presenza nella fideiussione bancaria *omnibus* oggetto di causa di clausole contrattuali conformi a quelle dello schema predisposto dall'A.B.I. dichiarate lesive della concorrenza dal provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia è condizione necessaria e sufficiente per ritenere nulle dette clausole contrattuali e per dichiarare la nullità parziale della fideiussione, indipendentemente dal tempo in cui tale garanzia è stata prestata.

Si allude all'orientamento, consolidatosi in plurime pronunzie della Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Roma, secondo il quale, dal momento che, quanto *«all'accertamento dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2 della l. n. 287 del 1990, con particolare riguardo alle clausole relative ai contratti di fideiussione omnibus utilizzati dalle banche, le SS.UU. hanno richiamato il consolidato orientamento di legittimità secondo il quale “la produzione del provvedimento dell'Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione” [...] il giudice, lungi dal dover accertare se successivamente le banche hanno dato concreta attuazione all'intesa restrittiva della concorrenza attraverso l'uniforme applicazione delle clausole (nn. 2, 6 e 8) dello schema ABI ritenute illecite dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005, deve limitarsi a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente (anche a distanza di anni dal citato*

*provvedimento) coincidono o meno con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva della concorrenza»<sup>209</sup>.*

Va precisato che è ormai pacifico che il provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 provi che nel periodo intercorrente tra l'ottobre 2002 ed il maggio 2005 – arco temporale preso in considerazione dall'autorità garante nello svolgimento dell'istruttoria – sussistesse un'intesa anticoncorrenziale vietata tra istituti di credito avente ad oggetto l'applicazione diffusa delle c.d. clausole “di reviviscenza”, “di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ.” e “di sopravvivenza”. Non pone, dunque, particolari problemi ricostruttivi il ritenere che la presenza, in fideiussioni *omnibus* prestate dall'ottobre 2002 al maggio 2005, di clausole contrattuali conformi a quelle sanzionate dal provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia sia sufficiente a provare la nullità di tali clausole: l'inserimento in una fideiussione bancaria *omnibus*, stipulata nel periodo in cui la Banca d'Italia ha accertato sussistere un'intesa anticoncorrenziale, di clausole conformi a quelle oggetto dell'intesa accertata, è chiaramente idoneo a far presumere che quella fideiussione sia un contratto “a valle” dell'intesa anticoncorrenziale, in quanto tale parzialmente nullo ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990.

Tuttavia, in base al succitato orientamento, la Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Roma è giunta ad accertare e dichiarare la nullità parziale di fideiussioni stipulate successivamente al maggio 2005, addirittura a distanza di anni.

Così, ad esempio, con la recente sentenza del 24.07.2023, n. 11668 la Sezione Imprese del Tribunale di Roma ha accertato la nullità parziale di una fideiussione *omnibus* rilasciata il 17.02.2017, ben dodici anni dopo il provvedimento della Banca d'Italia che ha accertato la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale.

---

<sup>209</sup> Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 11668/2023, pubblicata il 24.07.2023; nel medesimo senso, *ex plurimis*: Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 2659/2022, pubblicata il 18.02.2022; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 3855/2023, pubblicata il 09.03.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 7146/2023, pubblicata il 05.05.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 7242/2023, pubblicata il 08.05.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 8885/2023, pubblicata il 05.06.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 8898/2023, pubblicata il 05.06.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 10581/2023, pubblicata il 04.07.2023.

## **2.2 Giurisprudenza della Sezione Imprese del Tribunale di Milano sul tema.**

Occorre osservare che l'esposto orientamento della Sezione imprese del Tribunale di Roma non è condiviso dalla Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano.

Secondo il Tribunale di Milano, infatti, il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005 è idoneo a provare l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale solo con riferimento all'arco temporale compreso tra ottobre 2002 a maggio 2005, cioè il periodo preso in considerazione nel corso dell'istruttoria svolta dall'autorità garante. Pertanto, solo per le fideiussioni bancarie *omnibus* prestate in tale periodo, la presenza di clausole contrattuali conformi a quelle dello schema contrattuale A.B.I. sanzionate dalla Banca d'Italia è idonea a configurare la fideiussione come un contratto "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata e a giustificare una pronuncia di nullità parziale della stessa<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di Impresa, n. 294 del 19.01.2022: «*occorre sottolineare che la fideiussione omnibus per cui è lite risulta stipulata in data 21.12.2010, cioè a distanza di oltre cinque anni dal provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia, che costituisce prova privilegiata solo in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso; per contro, il provvedimento anzidetto non costituisce prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza con riguardo alla fideiussione in parola, stipulata in un periodo rispetto al quale nessuna indagine risulta essere stata svolta dall'autorità di vigilanza, la cui istruttoria ha – com'è noto – coperto un arco temporale compreso tra il 2002 ed il maggio 2005. Poiché il provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia vale quale prova privilegiata soltanto con riferimento alle fideiussioni prestate nel periodo di tempo oggetto di esame della Banca medesima, parte attrice è, pertanto, onerata dell'allegazione e della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d'illecito concorrenziale dedotto in giudizio, di cui all'art. 2 della legge n. 287/1990. Di ciò, tuttavia, l'attore ... non ha dato prova alcuna, non avendo neppure depositato la seconda memoria ex art. 183 sesto comma c.p.c., né depositato documento o, quindi, articolato mezzi di prova volti a dimostrare che nel 2010 un numero significativo di istituti di credito, all'interno del medesimo mercato, avrebbe coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussione per operazioni specifiche in modo da privare quella stessa clientela del diritto ad una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza. Manca, dunque, la prova di un'intesa, anteriore o coeva alla stipulazione della garanzia qui considerata, avente come oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale degli impieghi bancari attraverso la fissazione di specifiche condizioni contrattuali in materia di garanzia fideiussorie»; Verbale d'udienza mediante collegamento da remoto del Tribunale di Milano, sezione XIV civile, tribunale delle imprese, sezione specializzata impresa A, del 25.05.2022, R.G. n. 21757/2021: «i contratti di fideiussione di cui nel presente giudizio è*

Con riguardo, invece, alle fideiussioni bancarie *omnibus* prestate successivamente al maggio 2005, seppur conformi allo schema contrattuale predisposto dall'A.B.I. nel 2002-2003, secondo la Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano è necessario provare la sussistenza e/o persistenza di un'intesa anticoncorrenziale illecita tra gli istituti di credito avente ad oggetto l'applicazione delle c.d. clausole "di reviviscenza", "di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ." e "di sopravvivenza". In mancanza della prova di tale intesa anticoncorrenziale e, conseguentemente, del fatto che la fideiussione bancaria *omnibus* sia un contratto "a valle" di essa, non è possibile ritenere che le suddette clausole siano nulle.

Va precisato che, al fine di consentire al fideiussore di provare la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale, la Sezione imprese del Tribunale di Milano è orientata nell'ammettere – qualora richiesta dal garante – l'istanza di esibizione documentale ai sensi dell'art. 210 c.p.c. avente ad oggetto i moduli di fideiussioni *omnibus* utilizzati da altre banche nel periodo rilevante ai fini di causa<sup>211</sup>.

---

*dedotta la nullità totale e in subordine la nullità parziale in quanto negozi a valle di una intesa vietata ex art. 2 L. 287/90 sono stati sottoscritti nel giugno 2013; la stipulazione di tali garanzie si colloca in una data cronologicamente successiva al provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, con il quale la Banca d'Italia, in qualità di Autorità Antitrust nel settore bancario a tale epoca, ha valutato anticoncorrenziale le clausole 2,6 e 8 dello schema ABI nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme; a ciò consegue la qualificazione della presente causa come "c.d. stand alone", in quanto con riferimento all'an dell'illecito l'accertamento contenuto nel provvedimento della Banca d'Italia copre il periodo anteriore all'adizione del provvedimento medesimo e non anche quello posteriore; la parte attrice è dunque onerata dell'allegazione degli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali rientra quello della perdurante esistenza, all'epoca di sottoscrizione dei contatti in discussione, dell'intesa illecita, pure essendo detto onere probatorio attenuato nel giudizio antitrust in considerazione della frequente asimmetria informativa tra il soggetto che subisce l'illecito e l'autore dello stesso (cfr. Cass. 11654/15)»; Sentenza del Tribunale di Napoli, sezione specializzata in materia di impresa, n. 5125 del 24.05.2022: «il Collegio ritiene che, con riguardo ai contratti di fideiussione omnibus stipulati post ..., il citato provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia non costituisce prova privilegiata, in quanto non rappresenta una prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza con riguardo ad una fideiussione ne stipulata in un periodo successivo in cui vi è stata alcuna indagine da parte dell'attività di vigilanza post ... Occorre sottolineare, quindi, che la fideiussione omnibus, per cui è lite, risulta stipulata in data ..., cioè a distanza di oltre cinque anni dal provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia, che costituisce prova privilegiata solo in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso».*

<sup>211</sup> F. GRECO e A. ZURLO, *Nullità parziale delle fideiussioni: la sentenza in chiaroscuro delle Sezioni Unite*, cit.: «Onde evitare uno sconfinamento in una probatio diabolica, specie in considerazione dell'asimmetria connaturante il rapporto Istituto-garante, parte della

Il Tribunale di Milano, dunque, a differenza di quello di Roma, configura le azioni volte ad ottenere la declaratoria di nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* successive al provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 non come azioni c.d. *follow-on* che si fondano su un accertamento dall'Autorità garante, bensì come azioni c.d. *stand-alone* per le quali non esiste un provvedimento accertativo della violazione.

Nel solco di tale orientamento, la Sezione Imprese del Tribunale di Milano con la recente sentenza del 20.07.2023, n. 6302 ha rilevato che *«nel caso di specie, la garanzia prestata dagli attori risulta essere stata stipulata il 3.03.2006, cioè in un periodo diverso e successivo rispetto a quello interessato dal provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia, la cui istruttoria ha – come è noto – coperto un arco temporale compreso tra l'ottobre 2002 ed il maggio 2005, con la conseguenza che il provvedimento amministrativo anzidetto, di per sé solo, non può costituire in tale giudizio prova idonea dell'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza con riguardo alla garanzia in esame»* e ha altresì ritenuto che l'azione debba essere inquadrata quale azione “stand alone”, il che *«comporta, quindi, l'onere per parte attrice di allegazione e di dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali rientra quello della perdurante esistenza, all'epoca della sottoscrizione dei contratti in discussione, dell'intesa illecita, pur essendo tale onere probatorio attenuato nel giudizio antitrust in considerazione della frequente asimmetria informativa esistente tra il soggetto che subisce l'illecito e l'autore dello stesso (cfr. Cass. 11654/15)»*<sup>212</sup>.

---

*giurisprudenza di merito ha aperto al ricorso all'istanza di esibizione documentale, ex art. 210 c.p.c.: rimedialità, chiaramente, da affiancare, in funzione complementare (e non sostitutiva), al corretto adempimento dell'onere probatorio gravante direttamente sulla parte attrice»; G. BILE, Onere probatorio e fideiussioni omnibus “a valle” di intese anticoncorrenziali: il tribunale di Milano fornisce importanti indicazioni, in Rivista di Diritto del Risparmio, giugno, fasc. 2/2002, 18 s.: «La probatio diabolica sussiste in capo al fideiussore, pertanto, riguarderebbe proprio la dimostrazione del carattere uniforme dell'applicazione delle clausole n. 2-6-8 dello schema predisposto dall'ABI. Il vero problema consiste nell'individuare quando l'applicazione delle clausole vietate possa ritenersi uniforme».*

<sup>212</sup> Nello stesso senso: Sentenza n. 294/2022 pubblicata il 19/01/2022; Sentenza n. 3778/2022 pubblicata il 03/05/2022; Sentenza n. 4208/2022 pubblicata il 16/05/2022; Sentenza n. 4218/2022 pubblicata il 16/05/2022; Sentenza n. 5036/2022 pubblicata il 08/06/2022; Sentenza n. 5253/2022 pubblicata il 13/06/2022; Sentenza n. 5469/2022 pubblicata il 21/06/2022; Sentenza n. 5481/2022 pubblicata il 21/06/2022; Sentenza n.

**2.3 Le decisioni dell'ABF n. 13895 del 3 giugno 2021 del Collegio di Bari e n. 5064 del 25 marzo 2022 del Collegio di Napoli e la decisione del Collegio di Coordinamento n. 16511 del 29 dicembre 2022.**

Sulle validità delle fideiussioni *omnibus* bancarie stipulate in epoca successiva rispetto all'accertamento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 ha avuto modo di esprimersi anche l'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF).

In un primo momento, le decisioni n. 13895 del 03.06.2021 del Collegio di Bari e n. 5064 del 25.03.2022 del Collegio di Napoli avevano dichiarato la nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* azionate in relazione alle tre clausole accertate come anticoncorrenziali, pur essendo state queste fideiussioni rilasciate diversi anni dopo l'intervento della Banca d'Italia, sostenendo, quindi, la stessa soluzione adottata dalla Sezione Imprese del Tribunale di Roma.

Tuttavia, successivamente, l'enunciata questione è stata oggetto di rimessione al Collegio di Coordinamento, essendo stati rilevati orientamenti non conformi tra i vari Collegi territoriali. Con la decisione n. 116511 del 29.12.2022 l'orientamento condiviso è stato quello di non poter dichiarare nulle le tre clausole *ex se* e di non poter considerare prova privilegiata il provvedimento della Banca d'Italia anche per le fideiussioni successive allo stesso.

È opportuno rilevare, infine, rilevare che il Collegio di Coordinamento ha riformato il proprio orientamento in tema di fideiussioni *omnibus*, dal momento che nella

---

6441/2022 pubblicata il 20/07/2022; Sentenza n. 6933/2022 pubblicata il 29/08/2022; Sentenza n. 7015/2022 pubblicata il 06/09/2022; Sentenza n. 7390/2022 pubblicata il 27/09/2022; Sentenza n. 8267/2022 pubblicata il 20/10/2022; Sentenza n. 8939/2022 pubblicata il 14/11/2022; Sentenza n. 9340/2022 pubblicata il 28/11/2022; Sentenza n. 9557/2022 pubblicata il 05/12/2022; Sentenza n. 17/2023 pubblicata il 02/01/2023; Sentenza n. 896/2023 pubblicata il 03/02/2023; Sentenza n. 971/2023 pubblicata il 07/02/2023; Sentenza n. 1171/2023 pubblicata il 14/02/2023; Sentenza n. 2528/2023 pubblicata il 27/03/2023; Sentenza n. 2529/2023 pubblicata il 27/03/2023; Sentenza n. 2530/2023 pubblicata il 27/03/2023; Sentenza n. 3499/2023 pubblicata il 02/05/2023; Sentenza n. 3510/2023 pubblicata il 02/05/2023; Sentenza n. 4205/2023 pubblicata il 24/05/2023; Sentenza n. 4206/2023 pubblicata il 24/05/2023; Sentenza n. 4665/2023 pubblicata il 05/06/2023; Sentenza n. 5010/2023 pubblicata il 15/06/2023; Sentenza n. 5120/2023 pubblicata il 21/06/2023; Sentenza n. 5551/2023 pubblicata il 05/07/2023; Sentenza n. 5593/2023 pubblicata il 06/07/2023; Sentenza n. 5978/2023 pubblicata il 14/07/2023; Sentenza n. 6003/2023 pubblicata il 14/07/2023; Sentenza n. 6194/2023 pubblicata il 19/07/2023; Sentenza n. 6302/2023 pubblicata il 20/07/2023; Sentenza n. 6629/2023 pubblicata il 01/08/2023.

decisione n. 14555 del 19.08.2020, precedentemente esaminata nel capitolo 3 paragrafo 3.8, la nullità parziale era stata dichiarata con riferimento ad una fideiussione *omnibus* successiva al provvedimento dell'autorità pubblica.

#### **2.4 Considerazioni.**

Un tanto esposto, occorre osservare che l'orientamento del Tribunale di Roma esprime senz'altro una soluzione di favore per il fideiussore, che risulta dispensato dall'onere di provare l'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale.

Detto orientamento, tuttavia, sembra forzare – se non addirittura travisare – quanto statuito dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 41994/2021. La Suprema Corte, infatti, si è limitata a precisare che l'eventuale predisposizione da parte dell'A.B.I., successivamente al provvedimento della Banca d'Italia e in ottemperanza allo stesso, di un nuovo modulo dal quale fossero state espunte le tre note clausole ritenute anticoncorrenziali, non potrebbe essere ritenuta dal giudice di merito una circostanza sufficiente ad escludere l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale, qualora la fideiussione oggetto di causa contenga clausole conformi a quelle oggetto dell'intesa.

La Cassazione, tuttavia, non sembra aver inteso stabilire che sia sufficiente accertare la conformità delle clausole effettivamente presenti nella fideiussione bancaria *omnibus* oggetto di causa con quelle accertate essere oggetto di un'intesa anticoncorrenziale dalla Banca d'Italia per ritenere provato – anche con riferimento a garanzie prestate successivamente al provvedimento della Banca d'Italia – che tale fideiussione sia un contratto “a valle” di un'intesa anticoncorrenziale, anche in assenza di ulteriori elementi di prova ovvero contro gli stessi.

Altrimenti, la coincidenza delle clausole varrebbe ad introdurre una sorta di presunzione assoluta di persistenza dell'intesa anticoncorrenziale e di attuazione della stessa, anche a distanza di anni dal provvedimento del Banca d'Italia, potenzialmente all'infinito. Con conseguente nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* rilasciate da qualsiasi banca, in qualsiasi momento, per il solo fatto che contengano le c.d. clausole “di reviviscenza”, “di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ.” e “di sopravvivenza”. Il che non appare ragionevole.



Di contro, l'orientamento del Tribunale di Milano risulta senz'altro maggiormente aderente al dato normativo e alla giurisprudenza di legittimità, laddove pone a carico del fideiussore, che faccia valere (in via di azione o di eccezione) la nullità di una fideiussione bancaria *omnibus* prestata successivamente al maggio 2005, l'onere di provare l'esistenza o la permanenza, al tempo della stipulazione della garanzia, di un'intesa anticoncorrenziale tra istituti di credito avente ad oggetto l'applicazione delle suddette clausole.

Il presupposto della nullità ex art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990 – nullità derivata, secondo l'impostazione delle Sezioni Unite – è l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale “a monte”, rispetto alla quale il contratto “a valle” risulta funzionalmente collegato. Ne consegue che sia onere di chi intende far valere la nullità della fideiussione, in quanto contratto “a valle”, provare il presupposto della stessa, cioè l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale nulla.

Tuttavia, l'orientamento del Tribunale di Milano appare eccessivamente rigoroso laddove sembra escludere qualsivoglia rilevanza probatoria al provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, anche con riferimento a fideiussioni *omnibus* prestate in un periodo, ragionevolmente contenuto, successivo al maggio 2005. Sembra, infatti, non plausibile che il provvedimento citato abbia posto immediatamente fine all'intesa anticoncorrenziale; di contro, appare plausibile che tale intesa sia continuata quantomeno nei mesi immediatamente successivi e che le fideiussioni con clausole conformi a quelle oggetto dell'accertamento della autorità garante siano contratti “a valle” dell'intesa vietata.

Considerazioni analoghe, peraltro, sono state svolte dal Tribunale di Vicenza con la sentenza del 12.01.2023, n. 66, nella misura in cui conclude *«che la corrispondenza letterale delle clausole contestate a quelle formulate nell'intesa ABI-2003 introduce una presunzione iuris tantum di illegittimità, ma la Banca convenuta in giudizio può sempre fornire la rigorosa prova contraria»*.

Si ritiene dunque che, con riferimento alle fideiussioni bancarie *omnibus* successive al maggio 2005, seppur il provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 non sia idoneo a provare la persistenza dell'intesa, la conformità delle clausole della fideiussione concretamente prestata con quelle oggetto dell'intesa accertata dalla Banca d'Italia sia un elemento di prova particolarmente significativo, che deve

essere adeguatamente valutato dal giudice di merito specialmente in ottica funzionale, nell'ambito del complessivo quadro probatorio della causa. Tale conformità, infatti, potrebbe far presumere la persistenza dell'intesa anticoncorrenziale e il carattere di contratto "a valle" della fideiussione *de qua*, soprattutto qualora essa sia stata assunta in un periodo di poco successivo al provvedimento dell'autorità garante anzidetto.

Occorre inoltre osservare che fornire la prova della sussistenza ovvero della persistenza di un'intesa anticoncorrenziale può risultare alquanto gravoso per il fideiussore, come confermato da quelle pronunzie del Tribunale di Milano che escludono che il garante abbia fornito tale prova nonostante avesse prodotto in giudizio copie di fideiussioni conformi al modello A.B.I., rilasciate da altri istituti di credito rispetto a quello parte di causa e contenenti le clausole anticoncorrenziali, ovvero avesse ottenuto la produzione dei moduli impiegato da altri istituti di credito in attuazione dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. In particolare, non sembra esservi ancora un orientamento consolidato circa il numero minimo di fideiussioni concretamente stipulate<sup>213</sup> ovvero di moduli contrattuali che debbono essere

---

<sup>213</sup> Sentenza del Tribunale di Milano Sez. Imprese n. 5469 del 21.06.2022: «Al riguardo si rileva l'inidoneità della produzione di alcune fideiussioni (omnibus e specifiche) rilasciate negli anni 2003, 2006, 2008, 2009, 2012 e 2014 da vari istituti di credito (Banca Popolare di Spoleto, Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza, BNL, Unipol Banca, Locat, Banca Intesa, Banca Agricola Popola di Ragusa, Banca Sconto e Conti Correnti di S. Maria Capua Vetere, Banco di Napoli, San Paolo Banco di Napoli, doc.19 opponenti) a dimostrare l'esistenza di una intesa tale da "impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante" e, pertanto, rilevante nella sua estensione e pervasività sul piano antitrust.; Sentenza n. 5481/2022 pubbl. il 21/06/2022 Si rileva infatti l'inidoneità dei documenti prodotti dall'attore (v. doc.2 attore e pag. 6,7 atto di citazione) - consistenti in otto fideiussioni omnibus rilasciate su moduli e formulari di vari istituti di credito (Banca Popolare di Lecco, Cariplo, Credito Artigiano, Deutsche Bank, Banca C.R. Asti e Banca Lecchese), relativi al periodo dal 1995 al 2012 - a dimostrare l'esistenza di una intesa antitrust rilevante, per estensione all'intero mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ai sensi dell'art.2, comma 2 L. n.287/1990, non essendo all'evidenza documenti rappresentativi di una pratica uniforme a livello nazionale.»; Sentenza n. 7015/2022 pubbl. il 06/09/2022 «L'attore dunque non può giovare in alcun modo dell'accertamento della Banca d'Italia, che ha riguardato esclusivamente lo schema contrattuale elaborato dall'ABI per le fideiussioni omnibus senza investire il settore delle fideiussioni rilasciate a garanzia di obbligazioni derivanti da specifiche operazioni bancarie (cfr. in particolare il punto 2 e il punto 9 del provvedimento n. 55 del 2005, ove si chiarisce che "[l]'istruttoria riguarda lo schema contrattuale relativo alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", che disciplina la prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore)

---

*a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca”;* cfr. anche i punti 13, 27 e ss., 35, 42, 43 e ss., 53, 59, 72 e ss., 78 e ss., 86). Quanto agli altri documenti prodotti, essi si riferiscono a fideiussioni omnibus rilasciate in favore di alcuni istituti di credito (Banca Popolare Intra, Monte dei Paschi di Siena, Unicredit) tra il 2006 ed il 2007. Tuttavia tale produzione come appare evidente risulta del tutto insufficiente di per se stessa a dare effettivamente conto dell’esistenza anche in tale epoca di un comportamento uniforme che aveva continuato a proporre al consumatore il medesimo schema contrattuale già esaminato dalla Banca d’Italia, con le medesime condizioni che rendevano tale schema lesivo della libertà di scelta del consumatore. Né parte attrice ha formulato istanze istruttorie che avrebbero potuto portare il Tribunale a svolgere ulteriori indagini integrative sul punto. A conferma dell’insufficienza oggettiva di tale apparato probatorio va altresì rilevato che parte convenuta ha depositato in atti copie di contratti di fideiussione omnibus non contenenti il set di clausole oggetto di contestazione, che seppure materialmente sottoscritti in epoca successiva a quella dei contratti in contestazione risultavano redatti su moduli risalenti al 2008 e al 2006.»; Sentenza n. 4206/2023 pubbl. il 24/05/2023: «Nella fattispecie in esame, dai documenti acquisiti a seguito dell’ordine di esibizione disposto in corso di causa, emerge che le tre clausole dello schema ABI riprodotte nella fideiussione de qua si rinviengono nei moduli di fideiussione omnibus utilizzati nel luglio 2015 da BPER Banca, Credem, Credit Agricole, Deutsche Bank e da Banca Nazionale del Lavoro, mentre nulla è stato possibile accertare con riferimento a Banca Intesa San Paolo (anche quale incorporante la Cassa di Risparmio di Bologna). Fa tuttavia rilevante e significativa eccezione Unicredit, la cui modulistica in materia di fideiussione del luglio 2015 si discostava visibilmente dallo schema ABI del 2003, in quanto non contempla le clausole di “reviviscenza” e di “sopravvivenza” (art.2 e 8 schema ABI) e, inoltre, prevede un termine di decadenza di 36 mesi per l’avvio dell’azione della banca nei confronti del debitore e, dunque, un termine fisso e prestabilito, seppur più lungo di quelli previsti dall’art.1957 (derogabile, sul punto dalle parti), mentre l’art.6 dello schema ABI, esonerando la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze nei confronti del debitore e del fideiussore, configura una rinuncia ai termini previsti dall’art.1957 c.c., anche sul punto derogabile dalle parti (Trib. Milano, 16/05/2022 n.4208).»; Sentenza n. 4665/2023 pubbl. il 05/06/2023 «La produzione in giudizio da parte degli attori, con la prima e la seconda memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., di 3 fideiussioni omnibus rilasciate ad altri istituti di credito (MPS, Unicredit e Credito Fiorentino) negli anni 2000, 2003 e 2006 (doc.31-33) e di altre 11 fideiussioni (di cui una specifica, doc.46 convenuta), rilasciate a varie banche (Cariplo, Banca Regionale Europea, Credito Artigiano, Banco di Brescia, Credito Bergamasco, BNL, Banca Popolare di Spoleto, Unicredit, MPS e Credito Fiorentino) ed anche alla banca convenuta in anni di molto anteriori (1994, 1995, 2000, 2002, 2003, 2005, 2006, doc. 41,42,44,45,46, 47, 48, 49, 50 e 52) e comunque diversi (2010 e 2012, doc. 43 e 46) rispetto alle fideiussioni in discussione risulta quantitativamente e qualitativamente inidonea a dimostrare l’esistenza, all’epoca delle fideiussioni per cui è causa (2009, 2011 e 2016), di un’intesa illecita fra banche in grado di impedire, restringere o falsare in maniera consistente, significativa e rilevante ai sensi dell’art.2 L. n.287/1990, il gioco della concorrenza e tale da privare del diritto ad una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi ed in reciproca concorrenza.»; Sentenza n. 5010/2023 pubbl. il 15/06/2023, Sentenza n. 5551/2023 pubbl. il 05/07/2023: «All’esito dell’ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. è emersa l’assenza di uniformità dei modelli utilizzati dalle banche rispetto allo schema ABI del 2003.»; Sentenza n. 5593/2023 pubbl. il 06/07/2023 «Dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che le tre clausole delle fideiussioni omnibus del 28/02/2006 e del 13/03/2007, corrispondenti

prodotti in giudizio per ritenere provata la sussistenza ovvero la persistenza dell'intesa anticoncorrenziale<sup>214</sup>.

Va notato che l'orientamento del Tribunale di Milano in esame, circoscrivendo al solo periodo anteriore al provvedimento dell'autorità garante il valore probatorio dello stesso, finisce per frustare la nullità "ad ogni effetto" prevista dall'art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990, limitando la portata deterrente della sanzione, che per il garante risulta più difficile da ottenere.

In tale contesto, dunque, parrebbe essere auspicabile un intervento legislativo che avesse ad oggetto l'efficacia probatoria del provvedimento con il quale l'autorità garanti accerti l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale.

Una delle possibili soluzioni potrebbe essere quella di stabilire che i contratti conclusi dai consumatori in un certo periodo (ad esempio, sei mesi) successivo ad un provvedimento dell'autorità garante che accerti l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale vietata e contenenti clausole conformi a quelle oggetto

---

*alle clausole 2, 6 e 8 dello schema ABI del 2003 oggetto del provvedimento della Banca d'Italia n.55/2005 (v. doc.8 opponente Cruciani), si rinvencono nelle cinque fideiussioni (di cui una fideiussione specifica) rilasciate da vari istituti di credito (Cariplo, Banca Popolare di Milano, Credito Bergamasco), tutte prive di data (doc.10 opponente Cruciani). A parte il fatto che, sulla base della documentazione prodotta in atti, non è possibile collocare temporalmente tali fideiussioni, si rileva la relativa produzione è quantitativamente e qualitativamente inadeguata a dimostrare l'esistenza di una intesa tra banche in contrasto con le norme sulla concorrenza di estensione e rilevanza ai sensi dell'art.2 della L. n.287/1990».; Sentenza n. 6302/2023 pubbl. il 20/07/2023 «A tale riguardo, infatti, parte attrice si è limitata a chiedere, in sede di memorie istruttorie, ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. alla banca convenuta "dei modelli fideiussori adoperati ante 2005 e modelli fideiussori adoperati post provvedimento banca d'Italia del 2005 n. 55, ovvero a partire dall'anno 2006, sia per consumatori che per non consumatori, in ottemperanza all'orientamento dell'intestato Tribunale di Milano, n. 2309 del 18.03.2021", istanza che, però, è di per sé del tutto irrilevante ai fini della prova della sussistenza di un'intesa restrittiva fra più banche nel marzo 2006. Sono, inoltre, irrilevanti le produzioni documentali effettuate da parte attrice sia in sede di atto di citazione che in sede di memoria istruttoria, ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., atteso che esse riguardano dei modelli di fideiussione omnibus relativi ad anni e, comunque, a mesi diversi da quelli oggetto del contendere (marzo 2006) e non sono di un numero tale da potersi ritenere provata la intesa restrittiva».*

<sup>214</sup> Cfr. G. BILE, *Onere probatorio e fideiussioni omnibus "a valle" di intese anticoncorrenziali: il tribunale di Milano fornisce importanti indicazioni*, cit., 20 s.: «non vi è (ancora) concordanza di impostazione fra i diversi giudici di merito circa il numero delle banche destinatarie dell'ordine di esibizione, ex art. 210 c.p.c., di modo che si possa ritenere integrato il requisito dell'uniforme applicazione delle clausole vietate».

dell'intesa, si presumono attuativi dell'intesa (cioè contratti "a valle" dell'intesa), salvo prova contraria.

Tal soluzione, che porrebbe a carico delle imprese parti dell'intesa il gravoso onere di provare che detta intesa non sussisteva più al momento della stipulazione del contratto ovvero che questo non è comunque attuativo dell'intesa, sarebbe un chiaro segnale della gravità delle condotte lesive della concorrenza e avrebbe altresì un rilevante portata deterrente.

**3. Con riferimento all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, con particolare riferimento ai "confini" dell'intesa accertata.**

Altra questione che attiene all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, che non risulta essere stata affrontata dalla giurisprudenza, ma che merita di essere presa in considerazione, è quella della vincolatività dello stesso quanto all'individuazione dei "confini" dell'accertata intesa anticoncorrenziale vietata.

In particolare, ci si deve chiedere se il suddetto provvedimento sia vincolato solo nella parte in cui accerta la natura anticoncorrenziale delle tre note clausole ("di reviviscenza", "di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ." e "di sopravvivenza") dello schema contrattuale predisposto dall'A.B.I., con la conseguenza che il giudice di merito non potrebbe ritenere lecite tali clausole, ovvero se risulti vincolante anche nella parte in cui ha ritenuto le altre clausole dello schema contrattuale non lesive della concorrenza, con la conseguenza che il giudice di merito non potrebbe considerare tali clausole illecite. In altre parole, se l'accertamento dall'autorità garante esaurisca ogni successiva e ulteriore valutazione del giudice di merito volta ad ampliare la portata dell'intesa "a monte" oppure se essa precluda al giudice di merito soltanto la possibilità di ritenere lecite le condotte giudicate anticoncorrenziali dall'autorità garante.

Occorre osservare che la vincolatività "assoluta" del provvedimento amministrativo avrebbe il duplice vantaggio, da un lato, di riservare ad un organo tecnico le complesse valutazioni circa l'esistenza e la portata di un'intesa anticoncorrenziale, dall'altro, di assicurare l'uniformità delle decisioni giudiziarie sul punto.

Tuttavia, una tale soluzione interpretativa rischierebbe di comportare una grave compressione dei diritti del consumatore che sia parte di un contratto “a valle” di un’intesa anticoncorrenziale, nonché di creare pericolose generalizzazioni in materia di diritto antitrust.

Se è vero, infatti, che l’Autorità Garante, ai sensi dell’art. 14, comma 1 Legge n. 287/1990, nell’esercizio dei suoi poteri istruttori, è tenuta a notificare l’apertura dell’istruttoria alle imprese e agli altri enti interessati e a sentire loro di svolgere deduzioni, questo non vale per i consumatori. Di conseguenza, se quest’ultimi non avessero la possibilità di contestare il contenuto del provvedimento in sede giudiziale, allegando e provando che la violazione della l’intesa lesiva della concorrenza è più ampia di quella accertata dall’Autorità amministrativa, patirebbero un danno ulteriore a quello derivate dall’intesa subita.

La soluzione più soddisfacente, maggiormente rispettosa dei diritti dei consumatori, è quella di ritenere che il fideiussore, che abbia stipulato una fideiussione bancaria *omnibus* “a valle” dell’intesa anticoncorrenziale accertata dalla Banca d’Italia con il provvedimento n. 55/2005, possa provare che detta specifica intesa è più ampia di come accertata dal provvedimento e che abbia avuto ad oggetto anche l’applicazione di condizioni contrattuali ulteriori rispetto alle note clausole “di reviviscenza”, “di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 cod. civ.” e “di sopravvivenza”.

#### **4. Con riferimento all’opportunità di un nuovo intervento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.**

Questione connessa a quella appena esaminata attiene all’eventuale opportunità di un nuovo intervento dell’autorità garante volto ad accertare l’eventuale sussistenza di un accordo anticoncorrenziale tra istituti di credito avente ad oggetto l’applicazione di condizioni contrattuali uniformi con riferimento alle fideiussioni bancarie *omnibus*.

Le ragioni che potrebbero suggerire un tale intervento sono essenzialmente due.

In primo luogo, come si è visto, le clausole “di reviviscenza”, “di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 cod. civ.” e “di sopravvivenza” sono state diffusamente utilizzate

dagli istituti di credito anche dopo il provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, fenomeno che ha dato vita a contrastanti orientamenti giurisprudenziali circa l'onere probatorio gravante sul fideiussore che voglia far valere l'asserita nullità, in quanto contratto "a valle", della fideiussione bancaria *omnibus* da lui prestata.

Tale fenomeno potrebbe rendere opportuna l'apertura di una nuova istruttoria dell'autorità garante con riferimento al mercato delle fideiussioni bancarie *omnibus*, onde verificare se le succitate clausole siano state applicate dagli istituti di credito in modo uniforme successivamente al 2005 in attuazione di un'intesa anticoncorrenziale tra istituti di credito e, in caso affermativo, accertare con provvedimento amministrativo la sussistenza ovvero la persistenza dell'intesa anticoncorrenziale.

In secondo luogo, potrebbe essere opportuno un "ripensamento" circa la portata dell'intesa anticoncorrenziale già accertata nel 2005, sì da considerare la portata di tale intesa più ampia.

Va rammentato, infatti, che già nel corso della fase istruttoria del procedimento poi definito dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, l'AGCM aveva ritenuto contrarie alla concorrenza anche altre clausole del modulo predisposto dall'A.B.I, ulteriori rispetto a quelle poi dichiarate anticoncorrenziali dalla Banca d'Italia (le note clausole "di reviviscenza", "di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ." e "di sopravvivenza"): in particolare, la clausola che prevede l'obbligo per il fideiussore di pagare la somma garantita a prima richiesta scritta (art. 7 dello schema)<sup>215</sup>.

Un tale divergenza di opinioni risulta oggi ancora più significativa se solo si considera che, per effetto della Legge n. 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge di risparmio), sono state abrogate le disposizioni che affidavano la tutela della concorrenza per il settore bancario esclusivamente alla Banca d'Italia, ente competente anche per le funzioni di vigilanza e regolamentazione del segmento

---

<sup>215</sup> Cfr. Provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02.05.2005, al punto 49: «tra le clausole che presentano profili di criticità dal punto di vista della concorrenza, l'Autorità indica – oltre a quelle previste dagli artt. 2,6,7,8 e 13 dello schema, sopra descritte – anche quella dell'art. 1, secondo la quale la garanzia copre anche interessi, oneri tributari, spese e ogni altro accessorio, senza menzionare la possibilità di stipulare patto contrario, contemplata dall'art. 1943 cod. civ.».

bancario<sup>216</sup>, ragion per cui, come per tutti gli altri settori concorrenziali, è ora competente l'AGCM.

Da ultimo appare opportuno precisare che il contratto di fideiussione bancario è finalizzato a facilitare il recupero del credito da parte della banca, piuttosto che «l'accesso al credito» richiamato dalla Banca d'Italia nel provvedimento n. 55/2005. Infatti la «tutela del risparmio» prevista dalla costituzione viene a concretizzarsi nel momento in cui l'istituto di credito è nelle condizioni di poter riscuote le somme prestate.

Per tutte queste ragioni esposte, un nuovo intervento dell'Autorità pubblica, questa volta da parte dell'AGCM, sarebbe quanto di più auspicabile e opportuno.

#### **5. Con riferimento all'efficacia probatoria del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005 con riguardo alle fideiussioni bancarie specifiche.**

Un'ulteriore questione controversa legata al provvedimento n. 55 del 02 maggio 2005 della Banca d'Italia è quella relativa alla possibilità o meno di considerare tale provvedimento quale prova privilegiata di un'intesa anticoncorrenziale tra istituti di credito che abbia ad oggetto l'applicazione uniforme delle tre note clausole di “di reviviscenza”, “di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ.” e “di sopravvivenza”, con riferimento alle fideiussioni bancarie specifiche, cioè a quelle fideiussioni bancarie che garantiscono una determinata operazione di finanziamento.

---

<sup>216</sup> La Banca d'Italia era in potenziale conflitto di interessi nello svolgimento delle sue funzioni di ente di vigilanza e di regolazione, così F. LONGOBUCCO, in *Contratti bancari e normativa antitrust*, in *I Contratti Bancari*, a cura di E. CAPOBIANCO, in *Trattato dei Contratti*, diretta da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, UTET, 2016, 322 ss.: «Come è noto, in origine, la l. n. 287/1990 non attribuiva all'Agcm la competenza antitrust nei confronti delle banche, essendo la stessa nelle mani esclusivamente d Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza del settore (art. 20, 2 co.).

*Siffatto riparto di competenze, tralasciando il campo degli abusi di posizione dominante e delle concentrazioni e limitandosi a quello delle intese, ha comportato in passato la salvezza di intese anticoncorrenziali esentate da Banca d'Italia per ragioni di stabilità economica (art. 4)».*



Secondo un orientamento giurisprudenziale, infatti, le fideiussioni specifiche non possono essere considerate quali contratti “a valle” dell’intesa anticoncorrenziale accertata del provvedimento della Banca d’Italia n. 55/2005, giacché questo si è occupato esclusivamente delle fideiussioni bancarie *omnibus*<sup>217</sup>.

In questo senso si è espressa la Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Roma, la quale, in plurimi arresti conformi<sup>218</sup>, ha sottolineato come il provvedimento della Banca d’Italia n. 55/2005 abbia ad oggetto le sole fideiussioni bancarie *omnibus*, che sono ontologicamente diverse dalle fideiussioni codicistiche (e dunque dalle fideiussioni specifiche) in quanto volte a garantire un numero indeterminato di operazioni creditizie: l’autorità di vigilanza, dunque, ha valutato l’essenza ontologica e funzionale della fideiussione *omnibus* ed ha compiuto una valutazione dell’effetto distorsivo della concorrenza delle clausole nn. 2, 6 e 8 del relativo schema predisposto dall’A.B.I. nel 2002 e nel 2003, alla luce della completa valutazione delle pattuizioni ivi previste. Le conclusioni alle quali la Banca d’Italia è pervenuta con riferimento alle fideiussioni *omnibus*, pertanto, non possono essere estese alle fideiussioni specifiche<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Cfr. V. AMENDOLAGINE, *Percorsi di giurisprudenza – Fideiussioni e clausole contrastanti con le norme antitrust*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9, Wolters Kluwer, 1° agosto 2022.

<sup>218</sup> Cfr. Sentenze della XVII sezione civile del Tribunale di Roma: del 07.04.2022, n. 67249 del 28.04.2023, n.7091 del 05.05.2023, n. 7146 del 05.05.2023, n. 7396 del 10.05.2023, n. 8873 del 05.06.2023, n. 9528 del 14.06.2023, n. 9600 del 15.06.2023, n. 9665 del 16.06.2023, n. 10576 del 04.07.2023, n. 11658 del 24.07.2023.

<sup>219</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Roma in sezioni imprese n. 11658 del 24.07.2023: «L’orientamento attualmente prevalente in giurisprudenza non ritiene sussumibili le fideiussioni specifiche nell’ambito di applicazione del provvedimento della Banca d’Italia n. 55/2005, che ha valutato ruolo, funzioni e condizioni contrattuali afferenti alla fideiussione *omnibus*.

*L’Autorità di vigilanza, nel citato provvedimento, ha evidenziato che la fideiussione omnibus presenta una funzione diversa da quella della fideiussione civile, volta a garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza dell’attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica agli operatori economici ed è pertanto con riguardo a tale fattispecie contrattuale che la Banca d’Italia ha ritenuto che le clausole dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall’ABI, di per sé lecite, possano determinare effetti anticoncorrenziali, in pregiudizio della clientela (cfr. Trib. Bologna n. 64 del 13/1/2022; Trib. Napoli n. 5125 del 24/5/2022; Trib. Monza n. 375 del 18/2/2022).*

*Il contrario orientamento minoritario valorizza, invece, in via esclusiva l’elemento oggettivo della corrispondenza delle clausole contrattuali allo schema di fideiussione omnibus predisposto dall’ABI e sottoposto alla Banca d’Italia, che lo ha ritenuto*

Dello stesso avviso sono anche la Sezione Imprese del Tribunale di Napoli (cfr. sentenza del 24.05.2022, n. 5125), secondo la quale le fideiussioni specifiche non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, ed il Tribunale Bologna (cfr. sentenza del 13.01.2022, n. 64).

Ugualmente la Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano con la sentenza n. 6002/2023, pubblicata il 14/07/2023 ha statuito che *«l'attore non può dunque giovare dell'accertamento della Banca d'Italia, che ha riguardato esclusivamente lo schema contrattuale elaborato dall'ABI per le fideiussioni omnibus, senza investire il settore delle fideiussioni rilasciate a garanzia di obbligazioni derivanti da specifiche operazioni bancarie. In effetti, le determinazioni della Banca d'Italia riguardavano specificamente il settore bancario e le ripercussioni significative sul mercato del credito conseguenti alla violazione della normativa antitrust (art. 2 L. n. 287 del 1990), mentre le garanzie in contestazione in questa sede non hanno ad oggetto operazioni bancarie né obbligazioni future - e cioè ipotetiche ed indeterminate operazioni del soggetto*

---

*parzialmente invalido limitatamente agli artt. 2, 6 e 8, in quanto applicati in modo uniforme, per violazione dell'art. 2 L. n. 287/1990, ritenendo applicabile la sanzione della nullità parziale, limitatamente alle clausole riproduttive degli artt. 2, 6 e 8 dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI, anche alle fideiussioni specifiche (cfr. Trib. Prato 16/1/2021; Trib. Matera 6/7/2020).*

*Conformemente all'indirizzo ermeneutico prevalente in giurisprudenza, il Collegio ritiene che le fideiussioni specifiche non siano sussumibili tra i contratti "a valle" dell'intesa illecita sanzionata dalla Banca d'Italia.*

*Invero, dal citato provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 emerge che l'istruttoria dell'organo di vigilanza ha avuto ad oggetto due schemi di "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", c.d. fideiussione omnibus, senza in alcun modo occuparsi della c.d. fideiussione specifica, ossia quella prestata a garanzia di una specifica operazione creditizia, quale ricorre nella fattispecie. [...]*

*L'Autorità di vigilanza ha, invero, valutato l'essenza ontologica e funzionale della fideiussione omnibus ed ha compiuto una soddisfacente valutazione dell'effetto distorsivo della concorrenza delle clausole nn. 2, 6 e 8 del relativo schema predisposto dall'ABI nel 2002 e nel 2003, alla luce della completa valutazione delle pattuizioni ivi previste.*

*Ne consegue che il contratto a valle di cui la Suprema Corte, con la citata sentenza pronunciata a Sezioni Unite, ha predicato la nullità parziale, limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8 del citato schema negoziale in quanto interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, sia la sola fideiussione omnibus, rimanendo fuori dal perimetro di tale invalidità la fideiussione specifica, come quella prestata dagli odierni attori in data ..., con la conseguenza che il principio di diritto sancito dalle SS.UU. è radicalmente inapplicabile alla fattispecie in esame».*

*garantito che possano determinare un'oscillazione della misura della garanzia - bensì accedono a specifici negozi giuridici ed hanno ad oggetto un credito esattamente individuato»<sup>220</sup>.*

Altra parte della giurisprudenza di merito, tuttavia, ritiene che l'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale operata dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005 possa aver rilievo anche ai fini della declaratoria di nullità ex art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990 delle fideiussioni specifiche.

In particolare, il Tribunale di Alessandria (cfr. ordinanza del 16.03.2022) ha ritenuto che ciò che conta ai fini della possibile declaratoria di nullità parziale ex art. 2, comma 2, lett. a) Legge n. 287/1990 è l'aderenza contenutistica del contratto allo schema negoziale predisposto dall'A.B.I. e dichiarato frutto di un'intesa anticoncorrenziale dal suddetto provvedimento della Banca d'Italia, risultando invece indifferente la qualificazione del contratto come fideiussione *omnibus* ovvero come fideiussione specifica<sup>221</sup>.

Analogamente, il Tribunale di Rimini con la sentenza n. 218 del 08.03.2022 ha stabilito che il provvedimento della Banca d'Italia avrebbe ad oggetto tutte garanzie personali accessorie per il settore bancario, dunque, non solo le fideiussioni

---

<sup>220</sup> Cfr. nello stesso senso: Trib. Milano, 28 gennaio 2022, n. 718 e Corte di Appello di Milano, 22 luglio 2020, n. 953 ivi richiamata; Trib. Milano sentenza n. 2297/2022 pubblicata il 16/03/2022; Trib. Milano sentenza n. 7015/2022 pubblicata il 06/09/2022; Trib. Milano sentenza n. 176/2023 pubblicata il 12/01/2023; Trib. Milano sentenza n. 846/2023 pubblicata il 02/02/2023; Trib. Milano sentenza n. 969/2023 pubblicata il 07/02/2023; Trib. Milano sentenza n. 3512/2023 pubblicata il 02/05/2023; Trib. Milano sentenza n. 4673/2023 pubblicata il 05/06/2023; Trib. Milano sentenza n. 6002/2023 pubblicata il 14/07/2023.

<sup>221</sup> Cfr. Ordinanza del Tribunale di Alessandria del 16.03.2022: «*letta infatti la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 41994/21 dalla stessa pare potersi evincere che ciò che comporta la nullità parziale della fideiussione a valle non è l'ascrivibilità del contratto all'una o all'altra categoria negoziale di garanzia, né la deroga o meno alle clausole tipiche di siffatti negozi, ma solo ed esclusivamente l'aderenza del contratto a valle allo schema contrattuale ABI ritenuto frutto di accordo illecito anticoncorrenziale da parte della Banca d'Italia; [...] per quanto riguarda le fideiussioni rilasciate nel 2004 a garanzia del mutuo, la corrispondenza al modulo, pur non essendo formalmente [...] tuttavia è sostanziale, riportando le suddette fideiussioni tutti gli articoli di cui allo schema contrattuale in oggetto, con la sola eccezione dell'art. 2 e alcune differenze per quanto riguarda le condizioni di recesso della garanzia di cui all'art. 3»*

*omnibus* ma anche le fideiussioni specifiche<sup>222</sup>. Così pure altri Tribunali si sono pronunciati in tale senso<sup>223</sup>.

Con riferimento al tema in esame, occorre innanzitutto osservare che la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30.12.2021, n. 41994 sembrerebbe essersi occupata di due fideiussioni specifiche<sup>224</sup>, come si evince dall'esposizione dei "fatti di causa", ove le Sezioni Unite affermano che le fideiussioni *de quibus* erano state rilasciate a garanzia di un contratto di conto corrente e di un contratto di mutuo<sup>225</sup>. Inoltre, nella sentenza le Sezioni Unite non fanno mai espresso

---

<sup>222</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Rimini, in S.U. n. 218 del 08.03.2022: «*non vale obiettare che lo schema A. dichiarato illecito è quello relativo alla fideiussione omnibus con la conseguenza che la dichiarazione di illiceità non potrebbe essere estesa al caso di specie nel quale sono state azionate fideiussioni specifiche: in proposito si rileva che la fideiussione omnibus non si distingue da quella specifica per la natura del contratto, che ha sempre la causa concreta di attribuire al creditore una garanzia accessoria, bensì esclusivamente per l'oggetto che nel primo caso è riferito ad tutte le obbligazioni anche future contratte dal debitore principale (per questo è necessaria la previsione di un limite della garanzia) mentre nel secondo caso è riferito alle obbligazioni derivanti da uno specifico rapporto di credito. Alla luce della coincidenza della causa concreta sottesa alla fideiussione omnibus ed alla fideiussione specifica non si ravvisano, ad avviso di questo giudicante, ragioni per sottrarre la valutazione della fideiussione specifica alla conformità della stessa rispetto al modello della fideiussione omnibus anche alla luce del rilievo che le clausole attuative di un'intesa contraria alla libera concorrenza non hanno riguardo all'oggetto, bensì ad elementi estranei (reviviscenza, rinuncia termini 1957 c.c., sopravvivenza) all'oggetto dell'obbligazione».*

<sup>223</sup> Cfr. Le sentenze del Tribunale di Matera del 06.07.2020, n. 329; del Tribunale di Chieti del 16.03.2021, n. 173; della Corte d'Appello Bari del 15.10.2020 n. 1735 (precedenti alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30.12.2021, n. 41994).

<sup>224</sup> Cfr. G. STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, cit.: «*Le Sezioni Unite non si occupano direttamente della questione, però il caso oggetto della sentenza è pacificamente un caso di fideiussione specifica. La circostanza che nel giudizio relativo a detta fideiussione non sia stata revocata in dubbio l'applicabilità della nullità parziale a una fattispecie di fideiussione specifica, indirettamente potrebbe avvalorare il principio per cui la nullità parziale vale anche per questa figura di garanzia».*

<sup>225</sup> Cfr. Sentenza della Corte di Cassazione in Sezioni Unite n. 41994 del 30.12.2021, al punto 1: «*La società Albatel I.C.T. Solution s.p.a. stipulava con la Sanpaolo Imi s.p.a. (ora Intesa Sanpaolo s.p.a.), in data (OMISSIS), un contratto di conto corrente e successivamente, in data (OMISSIS), un contratto di finanziamento, sotto forma di mutuo, per l'importo complessivo di Euro 75.000,00. A garanzia di tali rapporti, la banca richiedeva il rilascio di due distinte fideiussioni, fino a concorrenza della somma di Euro 166.000,00, che venivano sottoscritte da B.G., socio della Albatel, rispettivamente in data (OMISSIS). Con successive raccomandate del 9 febbraio 2009, del 27 maggio 2009, dell'8 giugno 2009, e infine del 24 febbraio 2010, l'istituto di credito comunicava, peraltro, alla debitrice principale la risoluzione dei contratti, chiedendo la restituzione del relativo scoperto».*

riferimento alle fideiussioni *omnibus*, parlando piuttosto di fideiussioni. Resta il fatto che il provvedimento della Banca d'Italia, così come l'attività istruttoria che ha portato alla pronuncia dello stesso, ha riguardato le sole fideiussioni bancarie *omnibus*, come rammentato dalle stesse Sezioni Unite<sup>226</sup>.

A ben vedere, le due categorie di fideiussione, specifica e *omnibus*, pur avendo un oggetto differente – un determinato rapporto debitorio ovvero tutti i debiti presenti e futuri di un soggetto sino ad un importo massimo – hanno la medesima causa, quella cioè di attribuire al creditore una garanzia accessoria.

Ai fini della disciplina concorrenziale ciò che interessa è se il contratto (ovvero, in termini economici, il servizio) di fideiussione *omnibus* è da considerarsi sostituibile, ovvero di un prodotto percepito dal consumatore come intercambiabile e idoneo a soddisfare gli stessi bisogni, con il contratto di fideiussione specifica. A tale proposito assume significato la l'esigenza pratica che ha portato ad elaborare la figura della fideiussione *omnibus* nell'ambito dei rapporti bancari, quella cioè di garantire con un unico contratto più obbligazioni, anche future, senza dover ricorrere ad una pluralità di garanzie.

Non essendo ravvisabili né da parte del fideiussore né da parte dell'istituto di credito un diverso interesse a stipulare una o più obbligazioni, sembra plausibile sostenere che anche le fideiussioni bancarie *omnibus* e quelle specifiche siano prodotti sostituibili e che, pertanto, le considerazioni svolte dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005 relativamente alle fideiussioni *omnibus* possono essere estese alle fideiussioni specifiche.

Si può allora sostenere che l'inserimento in una fideiussione specifica delle tre note clausole “di reviviscenza”, “di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ.” e “di sopravvivenza” – che la Banca d'Italia ha riconosciuto avere natura anticoncorrenziale – sia il frutto di un'intesa anticoncorrenziale, la cui esistenza tuttavia deve essere accertata dal giudice o dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

---

<sup>226</sup> Cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. Sentenza del 30.12.2021, n. 41994, par. 2.2 e seguenti.

A fronte della pluralità di soluzioni interpretative presenti nella giurisprudenza di merito sarebbe tuttavia opportuno un intervento chiarificatore della Suprema Corte che riguardi esplicitamente la validità delle fideiussioni specifiche.

**6. Con riferimento alla tutela risarcitoria esperibile dal fideiussore dopo la sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994.**

Una diversa questione che si pone in seguito alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 dicembre 2021, n. 41994 è quella dello spazio effettivamente rimasto per la tutela risarcitoria, cioè per il risarcimento del danno per violazione della normativa della concorrenza ex d.lgs. n. 3/2017, tenuto conto che la Suprema Corte ha individuato nella tutela reale il mezzo più adeguato a perseguire l'obiettivo del *private enforcement*.

Occorre osservare che il danno per violazione della concorrenza viene generalmente qualificato come danno da perdita di chance, intendendosi come tale quello sorto da una situazione per cui il soggetto danneggiato non ha potuto avvantaggiarsi di una situazione a lui favorevole, sia essa concreta o astratta: tale danno è considerato un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, riconducibile al modello del danno ex art. 2043 cod. civ.<sup>227</sup>.

Altra tipologia di danno frutto di un illecito della concorrenza potrebbe essere quello da violazione della responsabilità precontrattuale ex art. 1338 cod. civ., secondo il quale *«la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto»*. Nel caso delle fideiussioni bancarie omnibus tale danno si potrebbe configurare tutte le volte in cui il fideiussore, senza conoscere il carattere

---

<sup>227</sup> Cfr. A. BALDASSARI, *Le categorie del danno*, in *La responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella Giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, UTET, Torino, 1998, 32: *«Si possono citare, a titolo esemplificativo, i casi, portati dalla dottrina (Pacchioni 1940, 109), del fantino, ingaggiato per montare un cavallo, che arriva, per sua colpa, in ritardo per partecipare alla gara, del pittore che spedisce, a mezzo di corriere o di terzi, un quadro ad un'esposizione che, per colpa del corriere o di terzi, va distrutto o non viene consegnato in tempo utile sicché non può conseguire il premio o, infine, dell'avvocato che lascia trascorrere il termine utile per presentare un ricorso del suo cliente, privandolo, in tal modo, della possibilità di ottenere la cassazione di una sentenza sfavorevole»*.

anticoncorrenziale delle clausole – il che appare particolarmente verosimilmente per le fideiussioni assunte dal 2002 al 2005 – abbia stipulato la fideiussione.

Va, tuttavia, segnalato che il danno e la spigolosa questione della sua quantificazione non sarebbe sussistente per il caso in cui il contratto “a valle” fosse integralmente nullo: l’invalidità dell’intero negozio, infatti, eliminerebbe ogni vincolo tra fideiussore e banca, riportando il fideiussore alla situazione di poter scegliere tra i diversi prodotti, questa volta in concorrenza.

### **7. Con riferimento alle questioni interpretative inerenti all’art. 1957 cod. civ. nella fideiussione omnibus: deroghe, rinunce e significato del termine “istanza”.**

Da ultimo, occorre affrontare alcune questioni interpretative ed applicative che si sono poste con riferimento all’art. 1957 cod. civ., che, per effetto della dichiarazione di nullità della c.d. “clausola di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 cod. civ.”, torna ad essere applicabile alla fideiussione bancaria *omnibus* che sia stata dichiarata parzialmente nulla.

Giova innanzitutto rammentare che l’art. 1957 cod. civ. stabilisce che «*Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell’obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate*».

La *ratio* dell’articolo, secondo dottrina consolidata, è quella di impedire che la posizione del fideiussore rimanga “sospesa” per un periodo di tempo indefinito, imponendo a tal fine al creditore garantito di far valere il proprio credito entro un limite temporale definito e contenuto<sup>228</sup>.

L’articolo è pacificamente derogabile, non trattandosi di una norma imperativa, dal momento che non è a presidio di alcun interesse di ordine pubblico<sup>229</sup>.

Secondo giurisprudenza prevalente, l’art. 1957 cod. civ. è espressione di quella caratteristica tipica della fideiussione, ossia l’accessorietà della garanzia, pertanto,

---

<sup>228</sup> Cfr. G. MORA, *La nullità di clausole di una fideiussione omnibus redatta in violazione della legge antitrust secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 1, 2022, 27, nt. 7; G. BOZZI, *L’estinzione della fideiussione*, in *La fideiussione*, a cura di G. Bozzi, in *Diritto dei contratti*, diretto da G. Alpa e M. Confortini, Utet giuridica, Milano, 2013, 559.

<sup>229</sup> Cfr. G. BOZZI, *L’estinzione della fideiussione*, cit., 540, nt. 102.

non è applicabile al contratto autonomo di garanzia, a meno che esso non sia espressamente richiamato dai contraenti<sup>230</sup>.

Proprio per tale ragione, una parte della giurisprudenza ha sostenuto che la presenza nelle fideiussioni *omnibus* della “clausola che deroga l’art. 1957 cod. civ.” sarebbe di per sé sola inidonea a qualificare il contratto come “contratto autonomo di garanzia”, poiché tale deroga priverebbe la fideiussione *omnibus de qua* dell’accessorietà tipica della fideiussione.

Tale interpretazione è stata fortemente criticata da altra parte della giurisprudenza, più recente, la quale ha evidenziato che l’accessorietà della garanzia verrebbe meno solamente per una sua esplicita previsione all’interno del contratto, mediante la rinuncia del garante alla facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto principale<sup>231</sup>, non quindi con la deroga ad una previsione, quale quella dell’art. 1957 cod. civ., che è corollario di tale accessorialità.

La rinuncia del fideiussore ad avvalersi della decadenza prevista dall’art. 1957 cod. civ. può risultare da una previsione negoziale ma anche da un c.d. comportamento concludente, come evidenziato da giurisprudenza e dottrina<sup>232</sup>. Tra i casi tipici si possono annoverare: la richiesta del garante di proroga del termine di adempimento dell’obbligazione principale, il pagamento da parte del fideiussore senza opporre la decadenza e, più in generale, qualsiasi condotta del fideiussore che non eccepisca la decadenza nel giudizio di merito<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Cfr. Sentenza della Corte di Cassazione n. 4200 del 22.02.2010: «*al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma di cui all’art. 1957 cod. civ. sull’onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, atteso che su detta norma si fonda l’accessorietà dell’obbligazione fideiussoria, instaurando essa un collegamento tra la scadenza dell’obbligazione di garanzia e quella dell’obbligazione principale*»

<sup>231</sup> Cfr. Sentenza della Corte d’Appello di Napoli Sezione III civile del 13.07.2022 al punto 6.4.7: «*la clausole di deroga dell’art. 1957 c.c. non comporta automaticamente la trasformazione in una garanzia di tipo autonomo: la deroga dell’art. 1957 c.c. contenuta nell’atto di fideiussione non avrebbe rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come contratto autonomo di garanzia o come fideiussione, in quanto detta disposizione risponde a un’esigenza di protezione del fideiussore che prescinde dall’esistenza di accessorialità tra l’obbligazione di garanzia e quella del debitore principale (Cass. n. 28943/2017)*».

<sup>232</sup> Cfr. G. BOZZI, *L’estinzione della fideiussione*, cit., 542.

<sup>233</sup> Cfr. Cass. civ. n. 4200 del 22.02.2010; Id. n. 13078 del 21.05.2008; Id. n. 8839 del 13.04.2007; Id. n. 394 del 11.01.2006; Id. n. 10574 del 04.07.2003; Id. n. 16758 del 27.11.2002.



Riguardo alla decorrenza del termine di decadenza, vanno distinte le fideiussioni che garantiscono obbligazioni c.d. con scadenze periodiche, nel qual caso il *dies a quo* da cui scatta il termine di decadenza entro cui andrebbe proposta la “istanza” è quello di scadenza delle singole prestazioni e non quello di esaurimento dell’intero rapporto<sup>234</sup>, e quelle che garantiscono una obbligazione c.d. unica (nella quale la previsione di rate costituisce una semplice modalità di pagamento senza comportare il frazionamento del debito in obbligazioni tra loro autonome), nel qual caso il termine dell’art. 1957 cod. civ., secondo la giurisprudenza, decorrere dalla scadenza dell’ultima rata<sup>235</sup>.

Un tanto chiarito dal punto di vista generale, va segnalato che una questione applicativa che ha assunto grande rilevanza in seguito all’affermarsi della soluzione interpretativa della nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* è quella del significato del termine “istanza” impiegato dall’art. 1957 cod. civ..

Secondo una giurisprudenza di merito e di legittimità granitica<sup>236</sup>, infatti, il termine “istanza” andava interpretato, in base alla *ratio* dell’art. 1957 cod. civ. stesso (ovvero che il creditore deve attivarsi contro il debitore principale per recuperare il proprio credito in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa), come qualsiasi mezzo di tutela giurisdizionale, sia di cognizione che di esecuzione<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> Tra le fattispecie riconducibili alla categoria delle obbligazioni ad esecuzione periodica o ripetuta la giurisprudenza e la dottrina annoverano la cambializzazione del debito (Cass. civ. n. 4811 del 03.09.1982), la rateazione del debito (Cass. civ. n. 570 del 17.02.1968), la retribuzione a scadenze mensili nel rapporto di lavoro (Cass. civ. n. 1655 del 26.02.1985)

<sup>235</sup> Tra le fattispecie riconducibili alla categoria delle obbligazioni che non sono autonome giurisprudenza e dottrina annoverano le obbligazioni nascenti dalla vendita a consegne ripartite; l’apertura di credito in conto corrente assistita da fideiussione nella quale il termine semestrale decorre dalla chiusura del conto; le rate di restituzione del mutuo (Cass. civ. n. 844 del 20.08.1990; Id. n. 1841 del 30.01.2006).

<sup>236</sup> Cfr. Cass. civ. n. 25197 del 24.08.2023; Id. n. 7502 del 02.04.2004; Id. n. 6823 del 18.05.2001; Id. n. 283 del 14.01.1997; Id. n. 8723 del 22.10.1994; Id. n. 9364 del 04.09.1991; Id. n. 6498 del 19.12.1985; Id. n. 4241 del 12.12.1974; App. Catania del 27.05.2008; Id. Torino del 11.10.1986; Id. Firenze del 18.06.1984.

<sup>237</sup> Tra gli atti che non sono riconducibili al termine istanza si possono annoverare: il semplice atto stragiudiziale come la costituzione in mora e l’invio di comunicazioni (Cass. civ. n. 4377 del 25.06.1983); la nota pro forma inviata dal creditore al debitore (Cass. civ. n. 25197 del 24.08.2023; Id. n. 283 del 14.01.1997); il precetto che non sia seguito da atti di esecuzione (Cass. civ. n. 25197 del 24.08.2023; Id. n. 7502 del 20.04.2004; Id. n. 6823 del 18.05.2001; Id. n. 283 del 14.01.1997; Id. n. 6604 del 14.07.1994; Id. n. 6498 del

Tuttavia, nel particolare caso della fideiussione *omnibus*, la presenza della “clausola a prima richiesta” – anche quando priva della previsione “e senza eccezioni” – ha portato parte della giurisprudenza ad interpretare il termine “istanza” di cui all’art. 1957 cod. civ, come qualsiasi atto, anche stragiudiziale, con il quale il creditore richieda il pagamento del credito.

*Ex multis*, il Tribunale di Padova con l’ordinanza del 28.03.2022 c.d. “cigno nero” ha stabilito, con riferimento ad una causa avente ad oggetto una fideiussione *omnibus*, che il termine previsto dall’art. 1957 cod. civ. risulterebbe «*interrotto, tra le altre, dall’invio di missiva stragiudiziale di pagamento (...), di per sé idonea ai fini previsti dall’art. 1957c.c., attesa la natura di garanzia a prima richiesta delle fideiussioni rilasciate e conseguente applicabilità del principio di diritto di cui a Cas. 22346/2017*». In quest’ultima pronuncia la Suprema Corte si era occupata di una garanzia autonoma, rilevando il possibile contrasto tra una clausola contrattuale di rinvio al termine di decadenza previsto dall’art. 1957 cod. civ. e di un’altra secondo la quale il pagamento debba avvenire a prima richiesta, ritenendo che in una simile circostanza sia sufficiente, per evitare la decadenza, «*la proposizione di una richiesta stragiudiziale*»<sup>238</sup>.

---

19.12.1985); la mera proposizione di richiesta di fallimento (Cass. civ. n. 8723 del 22.10.1994); la partecipazione del creditore all’adunanza convocata a seguito di proposta del debitore di concordato preventivo (Cass. civ. n. 6498 del 19.12.1985; Trib. Napoli del 12.12.1988); la presentazione di una denuncia o di una querela in sede penale o di un ricorso per accertamento tecnico preventivo (Cass. civ. n. 3085 del 03.04.1996); la domanda riconvenzionale proposta dopo il decorso del termine dal creditore chiamato in causa dal fideiussore per far dichiarare l’inefficacia della fideiussione (Cass. civ. n. 6498 del 19.12.1985; Trib. Napoli del 12.11.1988); la vendita coattiva stragiudiziale delle cose costituite in pegno a ulteriori garanzie di un credito assistito da fideiussione (App. Bologna del 01.2.1960); la proposizione di istanze tendenti a una pronuncia di mero accertamento (Cass. civ. n. 3901 del 16.06.1981; Id. n. 9346 del 04.09.1991; Id. n. 6604 del 14.07.1994); Tra gli atti riconducibili al termine istanza si possono annoverare: la domanda di ammissione del credito al passivo del fallimento del debitore; l’istanza per far valere il credito in sede concordataria; il ricorso introduttivo del procedimento per sequestro conservativo di beni del debitore principale anteriormente al giudizio di merito (Cass. civ. n. 9364 del 04.09.1991; Id. n. 4241 del 12.12.1974; App. Torino del 11.10.1986); le azioni esecutive nei confronti del debitore proposte in forza di un titolo esecutivo non giudiziale (Cass. n. 3315 del 27.10.1972); la costituzione di parte civile del creditore nel processo penale (Cass. civ. n. 9346 del 04.09.199; Id. n. 2898 del 22.07.1976; Id. n. 4241 del 12.12.1974); il decreto ingiuntivo di pagamento purché notificato prima della scadenza del termine (Trib. Como del 06.11.1959).

<sup>238</sup> Sentenza della Corte di Cassazione sez. civ. III n. 22346 del 26.09.2017, in *Giustizia*

Altri tribunali, invece, hanno continuato a ritenere che il termine “istanza” anche nelle fideiussioni bancarie *omnibus*, faccia riferimento «ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato sperato» (Corte di Cassazione sentenza del 29.01.2016, n. 1724).

Così, ad esempio, il Tribunale di Lodi con la sentenza del 18.01.2023, n. 25 ha ritenuto che possa integrare l’istanza ex art. 1957 cod. civ. unicamente il ricorso ad un mezzo di tutela processuale, ossia giudiziale<sup>239</sup>. Similmente, la sentenza del Tribunale di Pesaro n. 198/2022 definisce l’istanza ex art. 1957 cod. civ. come uno dei mezzi di tutela giurisdizionale tra quelli ammessi per l’esercizio di un diritto di

---

*Civile Massimario*, 2017, così ugualmente richiamata nell’ordinanza del Tribunale di Padova del 28.03.2022: «In tema di contratto autonomo di garanzia, ove le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire "a prima richiesta", l'eventuale rinvio pattizio alla previsione della clausola di decadenza di cui all'art. 1957, comma 1, c.c., deve intendersi riferito - giusta l'applicazione del criterio ermeneutico previsto dall'art. 1363 c.c. - esclusivamente al termine semestrale indicato dalla predetta disposizione; pertanto, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare "a prima richiesta" l'adempimento subordinato all'esercizio di un'azione in giudizio».

<sup>239</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Lodi n. 25 del 18.01.2023: «Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che l'istanza ex art. 1957 c.c. deve essere necessariamente "giudiziale", e cioè deve trattarsi di un ricorso ad un mezzo di tutela processuale, volto ad ottenere, in via di cognizione o esecutivamente, secondo le forme e nei modi di legge, l'accertamento ed il soddisfacimento delle pretese del creditore (Cass. sent. n. 2898/1976), indipendentemente dal loro esito e dalla loro concreta idoneità a sortire il risultato sperato (ex multis Cass. civ. nn. 1724/2016 e 6823/2001).

In particolare, non costituiscono istanza ex art. 1957 c.c., la notifica di un atto stragiudiziale (Cass. sent. n. 283/1997), il precetto notificato dal creditore ma non seguito dall'esecuzione (Cass. sent. n. 1724/2016), il deposito di un'istanza di fallimento (Cass. sent. n. 8723/1994), la domanda riconvenzionale depositata dal creditore successivamente al termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, chiamato in garanzia dal fideiussore per far dichiarare l'inoperatività della garanzia (Cass. sent. n. 6498/1985). Di contro, è stata ritenuta valida istanza la presentazione da parte del creditore di una domanda di insinuazione al passivo fallimentare del debitore principale (Cass. sent. n. 8723/1994), il deposito di un ricorso per l'ottenimento di un sequestro conservativo sui beni del debitore principale (Cass. sent. n. 9364/1991), l'istanza costituita dal deposito di un tempestivo ricorso per decreto ingiuntivo (Cass. sent. n. 4241/1974), l'istanza depositata dal creditore di ammissione al passivo fallimentare del debitore principale (Cass. sent. n. 8723/1994)».

credito<sup>240</sup>. Anche il Tribunale di Lecce, con la sentenza del 20.01.2022, n. 156 si è espresso nel senso della qualificazione della “istanza” ex art. 1957 cod. civ. come qualsiasi tutela giudiziale, ritendendo che il ricorso monitorio proposto dopo i sei mesi elemento determinante per la declaratoria di decadenza.

Appare rilevante segnalare che lo stesso orientamento è stato di recente assunto dalla Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Roma in plurimi arresti<sup>241</sup>: tra i più recenti la sentenza 24.07.2023, n. 11668<sup>242</sup>.

Alla luce delle pronunce di cui *supra* e dei limiti esposti nel primo capitolo circa la qualificazione della fideiussione *omnibus* come contratto di garanzia autonoma, appare possibile sostenere che una pronuncia come quella del Tribunale di Padova, con cui viene esteso il principio di diritto espresso dalla sentenza della Corte di

---

<sup>240</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Pesaro n. 198 del 16.03.2022: «*Sul significato del termine “istanze” contenuto dell’art. 1957 c.c. l’orientamento della giurisprudenza è ormai consolidato: la norma che impone al creditore di proporre e di coltivare la sua istanza contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l’adempimento dell’obbligazione garantita del fideiussore – a pena di decadenza dal suo diritto verso quest’ultimo – tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa. Il termine “istanza si riferisce ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente da loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato sperato; l’invio di una raccomandata di diffida o anche di un precetto non seguito da esecuzione non costituisce “istanza” ai fini dell’art. 1957 (v. Cass. n. 6823/2001, n. 1724/2016)».*

<sup>241</sup> Cfr. Tribunale di Roma Sez. Imprese sentenza n. 2659/2022, pubblicata il 18.02.2022; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 3855/2023, pubblicata il 09.03.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 7146/2023, pubblicata il 05.05.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 7242/2023, pubblicata il 08.05.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 8885/2023, pubblicata il 05.06.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 8898/2023, pubblicata il 05.06.2023; Tribunale di Roma Sez. Imprese n. 10581/2023, pubblicata il 04.07.2023.

<sup>242</sup> Cfr. Sentenza del Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di Impresa, n. 11668 del 24.07.2023: «*la Banca opposta risulta decaduta dal diritto di agire nei confronti dei fideiussori rispetto a tali obbligazioni, non avendo, nel termine di sei mesi previsto dall’art. 1957 c.c. proposto azioni giudiziarie contro il debitore principale o gli stessi fideiussori. [...] Al riguardo, inoltre, non coglie nel segno la deduzione della Banca opposta circa l’idoneità ad interrompere il suddetto termine di decadenza da parte dell’atto stragiudiziale di diffida ad adempiere del ..., con il quale essa ha intimato ai fideiussori il pagamento delle somme maturate a proprio credito. Infatti, il principio sancito dalle pronunce della Suprema Corte n. 14078/2008 e Cass. n. 22346/2017, secondo cui l’atto stragiudiziale sarebbe idoneo ad interrompere il termine decadenziale di cui all’art. 1957 c.c. non risulta applicabile alla fideiussione omnibus, come quella azionata nel caso di specie, ma soltanto ai contatti autonomi di garanzia in cui è stato reciso il rapporto di accessorietà tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia».*

Cassazione n. 22346/2017 a tutte le fideiussioni *omnibus* con “clausola a prima richiesta” risulterebbe condivisibile solamente in quei casi in cui il contratto nel suo complesso fosse riconducibile alla figura contrattuale della garanzia autonoma.

Va infine considerato un aspetto processuale. L’eccezione di decadenza ex art. 1957 cod. civ. è un’eccezione in senso stretto, pertanto, essa deve essere tempestivamente sollevata, pena l’inammissibilità della stessa.

Non sono quindi infrequenti i casi in cui, nell’ambito di giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo nei quali era stata eccepita soltanto la nullità assoluta della fideiussione, in seguito alla sentenza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994 è stato possibile eccepire, in via subordinata, la nullità parziale (essendo questa un’eccezione rilevabile d’ufficio) ma il riconoscimento di detta nullità parziale è risultato “nei fatti” inutile, giacché erano ormai spirati i termini per eccepire tempestivamente la decadenza ex art. 1957 cod. civ.. Si consideri ad esempio, la sentenza del Tribunale di Roma XVII sez. civ. sezione specializzata in materia di impresa del 07.04.2022<sup>243</sup> che ha ritenuto inammissibile, perché tardiva, l’eccezione di decadenza.

In conclusione, per effetto del riconoscimento della sola nullità parziale della fideiussione *omnibus*, la tutela “concreta” per il consumatore/fideiussore, che sia parte di un contratto “a valle”, si verifica solo a condizione che detto fideiussore eccepisca tempestivamente la decadenza dal termine semestrale di cui all’art. 1957

---

<sup>243</sup> Cfr. Così nella motivazione: «*va rilevato che parte opponente in comparsa conclusionale, e dunque oltre ogni termine di preclusione, a seguito dell’intervenuta pronuncia delle SS.UU. n. 1994/2021, ha modificato a propria domanda, chiedendo la declaratoria di nullità parziale delle clausole della fideiussione ritenute illecite per contrasto con la normativa antitrust ed ha eccepito, ai sensi dell’art. 1957 c.c., la intervenuta liberazione dei fideiussori oppositori per non avere la Banca creditrice agito contro la società debitrice principale nel termine dei sei mesi della scadenza della obbligazione [...] Va invece rilevata d’ufficio la inammissibilità per tardività l’eccezione in senso stretto, sollevata soltanto in comparsa conclusionale, con la quale la parte opponente ha chiesto di dichiarare inefficace la fideiussione e decaduta Banca opposta dalla pretesa creditoria non avendo la stessa provocato di aver agito nei confronti della debitrice principale nel termine di decadenza di cui all’art. 1957 c.c.*  
*In effetti, parte opponente, pur deducendo fin dall’atto di citazione la nullità di citazione la nullità integrale della fideiussione anche con riferimento alla clausola che prevede la deroga all’art. 1957 c.c., soltanto con la comparsa conclusionale e, dunque, oltre i termini di preclusione, ha eccepito tale decadenza sostenendo che, nel caso concreto, la Banca creditrice avrebbe lasciato inutilmente decorrere il suddetto termine. L’eccezione è dunque inammissibile».*

cod. civ., potendosi dunque avere casi in cui la nullità delle tre clausole non ha avuto alcun effetto concreto sul rapporto di fideiussione.

## Conclusioni

La presente ricerca ha preso le mosse dall'esame delle questioni giuridiche che si sono poste con riferimento alla validità dei contratti di fideiussione bancaria *omnibus* stipulati "a valle" di un'intesa illecita vietata dalla normativa in materia di concorrenza, questioni che, in seguito al provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 02 maggio 2005, hanno impegnato la giurisprudenza di merito e di legittimità oltreché la dottrina, le cui posizioni sono state diffusamente esaminate.

Grazie al lavoro svolto è stato possibile ricostruire l'evoluzione compiuta, negli anni, dalla giurisprudenza di legittimità nell'individuare – interpretando un dettato normativo rimasto pressoché immutato – i rimedi a disposizione del consumatore "a valle" che intende vedere tutelato il proprio diritto a beneficiare dei vantaggi del libero mercato concorrenziale ovvero a poter scegliere tra prodotti in concorrenza. Con l'ultimo di questi interventi a Sezioni Unite – la succitata sentenza n. 41994 del 30 dicembre 2021 – la Cassazione ha affermato che la forma di tutela più adeguata per i consumatori "a valle" non può essere il risarcimento del danno, che rappresenta la tutela minima riconosciuta dal diritto europeo, bensì la nullità parziale del contratto "a valle" – intesa come nullità "speciale" derivata che il giudice è tenuto a dichiarare qualora ne sussistano i presupposti, cioè un'intesa anticoncorrenziale vietata che abbia ad oggetto l'applicazione uniforme di clausole contrattuali che risultino effettivamente lesive della concorrenza.

Con riferimento al particolare caso delle fideiussioni bancarie *omnibus* conformi al modulo A.B.I. del 2002-2003, la Suprema Corte ha stabilito, da un lato, a quali condizioni il principio della conservazione del negozio giuridico giovi alla tutela del diritto della concorrenza e, dall'altro, quale sia la forma di tutela più idonea per il consumatore "a valle", individuandola nella nullità parziale del contratto, dal momento che la Banca d'Italia, ente garante competente all'epoca, nel provvedimento del maggio 2005 aveva ravvisato il carattere lesivo della concorrenza soltanto di tre clausole dello schema contrattuale ABI anzidetto, cioè quelle "di reviviscenza", "di sopravvivenza" e "di deroga dell'art. 1957 cod. civ.", in quanto risultavano eccessivamente gravose per il fideiussore e superflue rispetto all'esigenza di garantire l'accesso al credito.

La soluzione della nullità parziale, adottata dalla Suprema Corte tenendo conto della duplice finalità della normativa antitrust – tanto quella di deterrenza, quanto di riparazione del mercato distorto dall’intesa – per un verso, contempera tra loro i vari interessi tutelati dall’ordinamento, e, per altro verso, mette in risalto l’esistenza dei limiti alla standardizzazione delle condizioni contratti ad opera delle imprese.

Di conseguenza, la standardizzazione di un contratto o di una sua parte può essere conforme all’art. 2 Legge n. 287/1990, essendo da questo «vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante». La standardizzazione delle condizioni contrattuali, tuttavia, dovrebbe ritenersi valida se e solo quando i suoi effetti positivi siano misurati in modo tangibile.

Appare possibile affermare, dunque, che una disciplina uniforme delle fideiussioni *omnibus* bancarie, e in generale dei contratti predisposti dalle banche, può essere lecita quando, tenuto conto del rilievo costituzionale della tutela del risparmio, l’istruttoria svolta dall’Autorità Garante ne abbia ravvisato gli effetti positivi che ne deriverebbero per il consumatore e conseguentemente per il mercato: in tal caso, la soluzione della nullità parziale del contratto “a valle” di un’intesa sostenuta dalla Corte di Cassazione bilancerebbe il principio della conservazione del negozio giuridico e il principio del libero mercato concorrenziale.

Nel corso della presente ricerca si è passati, poi, a esaminare la giurisprudenza successiva alla fondamentale sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 dicembre 2021, n. 41994 succitata, con il duplice fine di valutare il recepimento o meno di detta sentenza e di considerare le questioni giuridiche che sono rimaste “aperte” anche in seguito a tale pronuncia. Trattasi, in particolare, delle seguenti questioni: l’efficacia probatoria del provvedimento della Banca d’Italia n. 55 del 2005, in particolare con riferimento alle fideiussioni bancarie *omnibus* assunte dopo il maggio 2005, ai “confini” dell’intesa accertata, alle fideiussioni bancarie specifiche; la tutela risarcitoria esperibile dal fideiussore dopo la sentenza delle Sezioni Unite; le questioni interpretative inerenti all’art. 1957 cod. civ. nelle fideiussioni *omnibus*.



È stato fatto particolare riferimento alle sentenze dei Tribunali Specializzati in Sezioni Imprese competenti per le cause in materia antitrust (quelli di Roma, Milano e Napoli), rilevando la difformità di orientamento in tema di fideiussioni *omnibus* conformi ai moduli anticoncorrenziali successive al provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 nonché in tema di fideiussioni a garanzia di singole operazioni specifiche. A tale riguardo, oltre a rilevare l'opportunità di un nuovo intervento dell'Autorità pubblica, si è pervenuti alle conclusioni che, qualora la fideiussione bancaria *omnibus* sia stata rilasciata oltre i limiti temporali dell'accertamento del 2005, l'esistenza dell'intesa a "monte" debba essere provata e che, quando la fideiussione non contenga la clausola *omnibus* e sia antecedente al provvedimento, possa estendersi la portata dell'accertamento della Banca d'Italia. Alla luce dei suddetti contrasti, inoltre, si è presa in considerazione la rilevanza probatoria del provvedimento amministrativo ai fini antitrust, sottolineandone le difficoltà applicative e proponendo delle possibili soluzioni *de iure condendo*. Infine, ci si è interrogati su quale sia lo spazio residuale per la richiesta di risarcimento del danno da parte del consumatore "a valle".



## **Bibliografia**

C. G. ANTILLIO, *La sorte dei contatti c.d. a valle dopo le Sezioni Unite*, in *Giustizia Civile*, 25 febbraio 2022

V. AMENDOLAGINE, *Percorsi di giurisprudenza – Fideiussioni e clausole contrastanti con le norme antitrust*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9, Wolters Kluwer, 1° agosto 2022

M. BARELA, *Il (visibile) filo rosso tra intesa anticoncorrenziale e contratti a valle*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 1, aprile 2022

S. BASTIANON, in *La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust «a monte» e contratti «a valle»*, in *Responsabilità Civile e Previdenziale*, fasc.3, 01.03.2020

A. BERLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti «a valle»*, in *Giur. It.*, 2000

G. BILE, *Onere probatorio e fideiussioni omnibus “a valle” di intese anticoncorrenziali: il tribunale di Milano fornisce importanti indicazioni*, in *Rivista di Diritto del Risparmio*, giugno fasc. 2/2022

G. BOZZI, a cura di, *La fideiussione*, UTET, Milano, 2013

R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa violata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contr.*, 2005

E. CAMILLERI, *La tutela del contraente “a valle” di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2007

- E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008
- E. CAPOBIANCO, a cura di, *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, Utet, Milano, 2016
- L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Giuffrè, Milano, 2012
- C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004
- P. CENDON, a cura di, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XIX-*Garanzie*, UTET, Torino, 2004
- P. CENDON, a cura di, *La responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella Giurisprudenza*, UTET, Torino, 1998
- E. CICALI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, fasc. 3, 2019
- L. DELLI PRISCOLI, *Consumatori e danno derivante da condotte anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2005
- F. DI GIROLAMO, *La tutela del credito fra attività bancaria e diritto della concorrenza: le fidejussioni omnibus rilasciate a valle di un'intesa vietata*, in *Banca Impresa Società*, fasc. 1, aprile 2023
- F. FIORUCCI, a cura di, *La disciplina dei rapporti bancari*, CEDAM, Padova, 2016
- E. GABRIELLI, a cura di, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, Tomo I, UTET, 1999, Torino

A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, ESI, Napoli, 2005

A. GENTILI, *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni omnibus)*, in *Giustizia Civile*, fasc.4, 1° aprile 2019

F. GRECO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 5, 01.05.2020

F. GRECO e A. ZURLO, *Nullità parziale delle fideiussioni: la sentenza in chiaroscuro delle Sezioni Unite*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 3, 2022

A.V. GUICCIONE, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999

G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999

P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006

B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Contr. e impr.*, 2005

G.P. LA SALA, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 2022

M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004

M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, fasc. 1/2022

B. LIBONATI, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005

F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, ESI, Napoli, 2009

C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2004

M. MAGLIULO, *Contratti di fideiussione omnibus attuativi di intesa anticoncorrenziale: nuovi dubbi e vecchie incertezze*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 1, il Mulino, Bologna, aprile 2022

F. MASTROPAOLO, a cura di, *I contratti di garanzia, I*, in *Trattato dei contratti*, UTET, Milano, 2006

M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Ed.it, Catania, 2006

M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Giuffrè, Milano, 2001

A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2003

F. MOLINARO, *Le fideiussioni bancarie omnibus tra invalidità derivata e risarcimento del danno: riflessioni critiche sulla sentenza delle Sezioni Unite*, in *Pactum: rivista di diritto dei contratti*, Pacini Giuridica, 24.02.2022

- F. MOLINARO, *Brevi osservazioni sull'attesa pronuncia delle Sezioni Unite in materia di fideiussioni omnibus (nota a Cass., Sez. Un., sent. 30 dicembre 2021 n. 41994)*, in *Judicium*, 18 gennaio 2022
- L. MORISI, *Fideiussioni omnibus a valle: vecchie questioni e nuovi rimedi?*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, fasc. 1, gennaio 2022
- G. MORA, *La nullità di clausole di una fideiussione omnibus redatta in violazione della legge antitrust secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Rivista di Diritto Industriale*
- M. MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard ABI: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.1, 2020
- M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda rc auto)*, in *Corr. giur.*, 2003
- G. OLIVIERI e A. ZOPPINI, a cura di, in *Contratto e antitrust*, Editore Laterza, Roma-Bari, 2008
- M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Giuffrè, Milano, 2012
- G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993
- S. PAGLIATINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Il Foro Italiano*, colonna 0523, fasc. 02, parte 01, anno 2022

I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2005

A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Il Foro Italiano*, colonna 0514, fasc. 02, parte 01, anno 2022

E. PANZARINI, *Ancora sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus redatte in conformità allo schema ABI 2003: questioni rimaste irrisolte*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 1, 01.02.2023

A. RICCIARDI, *Clausole fideiussorie conformi ai modelli ABI e diritto della concorrenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 1, 2023

M. ROSSI, *Osservatorio in difesa della fideiussione omnibus ABI*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 1, 01.02.2021

N. SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in questa *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1995

M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004

R. SCUDIERI; *Tutela della concorrenza e contratti di garanzia. Riflessioni della nullità parziale delle intese tra imprese ai sensi dell'art. 2 comma 2 della legge n. 287 del 1990 sui contratti di fideiussione a garanzia di operazioni bancarie*, in *Fonte del Notariato*, fasc. 4, 2020

G. STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, in *Pactum: rivista dei contratti*, n. 3/2022



G. TARANTINO, *Fideiussioni redatte secondo lo schema ABI: contratto salvo, nulle solo le clausole 'anticoncorrenziali'*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 246, 2021

A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996

L.G. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Giuffrè, Milano, 1986

A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle". Un problema aperto*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 98 (1 2019)