



PIETRO LIBRICI

Dottore di ricerca in Diritto privato – Università di Palermo

CLAUSOLE ABI E NULLITÀ DEL CONTRATTO DI FIDEIUSSIONE. ANCORA SULL’INVALIDITÀ DEI CONTRATTI “A VALLE” PER CONTRASTO DELLE “NORME BANCARIE UNIFORMI” CON LA DISCIPLINA ANTITRUST

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. I precedenti. – 3. Le ragioni della nullità del contratto a valle. – 4. La nullità è solo parziale? – 5. Rimedio risarcitorio e rimedio invalidativo: alternativa o cumulo?

1. – Con la sentenza che si annota¹ la prima Sezione della Corte di Cassazione torna ad occuparsi della sorte dei singoli contratti “a valle”, conclusi tra le banche e i singoli propri clienti, che recepiscono nel loro contenuto le “norme bancarie uniformi”.

Nel caso di specie, nel corso del giudizio di appello, e precisamente all’udienza di discussione *ex art. 281-sexies* cod. proc. civ., gli appellanti, nella qualità di fideiussori, avevano eccepito la nullità totale delle fideiussioni predisposte unilateralmente dalla banca e da essi sottoscritte in forma di negozio unilaterale in data 8/7/2013, in quanto riproducevano le Norme Bancarie Uniformi (di seguito, NBU), da qualificarsi come intese illecite *ex art. 2, l. n. 287/1990*, con l’effetto che la nullità dell’intesa si ripercuoteva sugli atti negoziali nei quali era stata pedissequamente recepita.

L’illegittimità delle clausole era stata accertata infatti dalla Banca d’Italia – all’epoca investita delle funzioni di autorità garante della concorrenza nel settore bancario – che aveva concluso la propria istruttoria sui modelli contrattuali in questione rilevando che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale tipo predisposto dall’ABI “contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto” con l’art. 2, comma 2, lett. a), l. 10 ottobre 1990, n. 287”².

¹ Cass. 26 settembre 2019, n. 24044 in *Banca dati Pluris*.

² Banca d’Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 “ABI – Condizioni generali di contratto per la



La Corte d'appello partenopea, sebbene effettivamente nel contratto di fideiussione sottoscritto dagli appellanti fossero presenti clausole riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, aveva respinto l'eccezione di nullità totale delle fideiussioni rilevando che, in assenza di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso, la nullità delle stesse non poteva condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto. I fideiussori proponevano ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di Appello di Napoli sostenendo che dovesse invece dichiararsi la nullità totale delle fideiussioni.

2. – Sono trascorsi quasi due anni da quando la stessa Prima Sezione della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 29810 del 2017, seppur in un evidente *obiter dictum* rispetto all'errore di diritto imputato alla corte territoriale, ha ritenuto nulle per violazione dell'art. 2 della legge antitrust le fideiussioni *omnibus* bancarie predisposte sullo schema ABI³, contenenti clausole di deroga agli artt. 1941, 1939 e 1957 cod. civ., frutto di una "intesa vietata", ravvisando dunque nella fattispecie un caso di nullità derivata del contratto a valle. Sulla scorta dei principi enunciati dalla Suprema Corte nella richiamata or-

Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie". Le clausole censurate, contenute nei moduli di fideiussioni predisposti dalle banche per obbligazioni anche future (c.d. fideiussioni omnibus) seguendo lo schema di contratto predisposto dall'ABI, sono quelle che hanno il seguente contenuto materiale: 1) "il fideiussore è tenuto 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" (deroga alla disciplina fallimentare e al 1941 cod. civ.); 2) "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate" (deroga all'art. 1939 cod. civ.); 3) "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 tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato" (deroga all'art. 1957 cod. civ.).

³ V. Cass. 12 Dicembre 2017 n. 29810, in *Foro it.*, 2018, 1, I, 152 la quale ha affermato il principio di diritto secondo cui: "in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla l. n. 287/1990, art. 2, la stipulazione «a valle» di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse «a monte» (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato [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. 287/1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la l. n. 262/2005, 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".



dinanza una parte della giurisprudenza si è orientata per la declaratoria di nullità totale del contratto⁴.

In alcune pronunce, a sostegno di tale conclusione, si è rilevato che, non potendosi ricostruire la “volontà del fideiussore”, dal momento che le parti dell’intesa “a monte” non coincidono con quelle che negoziano il contratto a “valle”, deve escludersi l’applicabilità della nullità parziale, con conseguente nullità dell’intero contratto⁵.

Sembravano, pertanto, lontani i tempi in cui la giurisprudenza⁶ (ponendosi in contrasto con una parte della dottrina) aveva escluso che la eventuale nullità delle intese interbancarie volte alla predisposizione in via uniforme dei modelli contrattuali (cosiddette “norme bancarie uniformi”) adottati dalle banche associate all’ABI (Associazione bancaria italiana) potesse riversarsi sui singoli contratti bancari stipulati fra le banche e i clienti con l’utilizzo di tali clausole predisposte⁷. Non erano però mancate voci fuori dal coro che, prendendo le distanze dalla tesi propugnata dalla richiamata ordinanza, avevano prospettato dubbi sulla natura assoluta o relativa, totale o parziale della nullità in questione.

Nel frattempo, nella giurisprudenza di merito si erano registrate delle pronunce che, anticipando la sentenza che si annota, avevano affermato che l’inserimento delle clausole contrattuali presenti nello schema di contratto predisposto dall’ABI nel 2003 nel contratto di fideiussione può determinare unicamente la nullità parziale della fideiussione limi-

⁴ App. Bari 21 marzo 2018, n. 526, in <http://www.ilcaso.it/>; Trib. Salerno 23 agosto 2018, n. 3016, in *banca dati DeJure*; Trib. Fermo 24.09.2018, in <http://www.ilcaso.it/>; Trib. Belluno 31 gennaio 2019, n. 53, in *Banca dati Pluris* e con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La conferma del Tribunale di Belluno: nulle la fideiussione bancaria redatta su schema ABI*, in *Quot. Giur.*, 17 aprile 2019.

⁵ Trib. Salerno 23 agosto 2018, n. 3016, in cit.; si vedano altresì Trib. Roma 26 luglio 2018, in <http://www.ilcaso.it/>; App. Firenze 18 luglio 2018, in <http://www.ilcaso.it/>; App. Bari 21 marzo 2018, n. 526, cit.

⁶ Cass. 04 marzo 1999, n.1811, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421, con nota di G. TASSONI, *Le norme bancarie uniformi nel diritto della concorrenza*; Cass. 13 aprile 2000, n. 4801 in *Foro it. Rep.*, 2000, voce “Contratto in genere”, n. 367, 867; Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Giust. civ.*, 2004, I, 275 ss., ove si legge “dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dall’Autorità antitrust ai sensi dell’art. 2, l. n. 287/1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all’intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti”; Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 325 ss. Nella giurisprudenza di merito, T.A.R. Lazio, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 906 ss.; Trib. Torino 16 ottobre 1997, in *Banca borsa*, 2001, II, p. 87.

⁷ Sotto questo profilo non può non considerarsi che la Commissione Europea nelle osservazioni 26 settembre 1996 redatte dalla Commissione Europea ai sensi dell’art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia CE nelle cause riunite C-215/96 e C-216/96, 31 ha rilevato che “non vi è nessuna base giuridica né nel trattato né nel regolamento n. 17/62 per affermare che la nullità delle intese anticoncorrenziali «a monte» comporta automaticamente una nullità e per di più una nullità di diritto nazionale dei contratti, o di alcune clausole di questi, stipulati tra le imprese partecipanti all’intesa con i propri clienti in applicazione dell’intesa stessa”.



tatamente alle relative clausole (articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI), sempre che il fideiussore abbia dato la prova che dette intese siano confluite nel contratto in questione e che vi sia stata lesione della sua libertà contrattuale⁸.

Tale soluzione è stata, tuttavia, criticata in dottrina. Muovendo da una prospettiva funzionale si è, infatti, evidenziato che, considerata l'applicazione uniforme dei testi contrattuali e non solo delle tre clausole ritenute invalide, “non è possibile ricostruire la «volontà ipotetica» del fideiussore, perché nessuna volontà egli ha mai potuto, in realtà, manifestare, se non una mera adesione alle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dall'intero ceto bancario”⁹.

Malgrado la posizione della Suprema Corte, peraltro, non si erano sopiti i dubbi sulla stessa praticabilità del rimedio invalidante nel caso di specie, e cioè sull'ammissibilità di una nullità “derivata”.

Il Tribunale di Verona, con ordinanza dell'1.10.2018, richiamando le argomentazioni svolte dalla pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione n. 2207/2005, ha ritenuto che l'unica tutela riconoscibile al fideiussore (quale soggetto estraneo alla intesa anti-concorrenziale, che abbia stipulato il contratto che di quella intesa costituisce lo sbocco) fosse quella risarcitoria.

A sostegno di quest'impostazione il giudice scaligero ha richiamato anche il d.lgs. n. 3/2017 che, secondo quanto precisa l'art. 1, comma 1: “disciplina anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-*bis* del codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese”, senza fare nessun accenno ad una tutela reale del soggetto danneggiato dall'intesa restrittiva della concorrenza¹⁰.

La recente sentenza del 22 maggio 2019 – occupandosi della diversa problematica inerente al valore probatorio da attribuire al provvedimento dell'autorità garante – ha lasciato impregiudicata la questione se l'eventuale violazione della normativa antitrust da parte del contratto “a valle” comporti la nullità totale di quest'ultimo ovvero solo delle singole clausole in ipotesi nulle¹¹.

⁸ Trib. Roma 03 maggio 2019, n. 9354, in *banca dati DeJure*; Trib. Padova 29 gennaio 2019, n. 7767 in <http://www.ilcaso.it>.

⁹ G. CALABRESE, *Fideiussione omnibus “a valle”: illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, III, 522.

¹⁰ Trib. Verona 1 ottobre 2018, in <http://www.ilcaso.it>. In tal senso anche Trib. Milano 27 settembre 2017, n. 9708, in *banca dati DeJure*.

¹¹ In tal senso si v. F. RALL, *Nullità fideiussioni redatte su schema abi. Cassazione Civile, Sentenza n.*



3. – Con la recente decisione in commento, la prima sezione della Suprema Corte conferma la tesi secondo cui la violazione dell'art. 2 legge antitrust, concretizzatasi “a monte” nella predisposizione e nell'adozione uniforme di uno schema contrattuale restrittivo e condizionante della concorrenza, causa la nullità dei contratti stipulati “a valle” in conformità allo schema. Rispetto al precedente del 2017 afferma, però, sulla base di un ragionamento non sempre lineare anche se dall'esito condivisibile, che, avendo l'Autorità amministrativa delimitato l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU (in genere presenti agli articoli 2, 6 e 8 dei moduli fideiussori) rese in attuazione di intese illecite, ciò non 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 cod. civ. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.

In particolare, la Suprema Corte perviene a tali conclusioni sulla base di una motivazione che può essere così sintetizzata:

i) le norme antitrust – come ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza a partire dalle S.U. del 2005 – sono dettate a tutela non solo degli imprenditori, ma anche degli altri soggetti del mercato, che abbiano un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, compresi i consumatori;

ii) ciò comporta che anche il consumatore è legittimato a far valere la nullità dell'intesa anticoncorrenziale e a chiedere il risarcimento del danno subito;

iv) dalla nullità di un'intesa tra imprese per la lesione della libera concorrenza “non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azioni di risarcimento del danno”;

v) l'ordinanza n. 29810/2017 evocata dal ricorrente a favore della tesi della nullità, essendo stata pronunciata tra parti diverse e riguardo a separate e autonome vicende giudiziarie, può solo integrare un “precedente giurisprudenziale a valenza nomofilattica” ma non può assurgere al rango di precedente vincolante anche perché “concerne la efficacia temporale del provvedimento della Banca d'Italia [...] e non già il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione”;

13846 del 22 Maggio 2019, in <https://www.expertedebitoris.it/nullita-fideiussioni-redatte-su-schema-abi-cassazione-civile-sentenza-n-13846-del-22-maggio-2019/>; V. Pisapia, *Fideiussione omnibus e normativa antitrust. Prime considerazioni su Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13846*, in <http://www.dirittobancario.it>. Contra A. Sganzerla, *La Cassazione ribadisce la nullità delle fideiussioni omnibus redatte su schema Abi*, in www.diritto24.ilsole24ore.com.



vi) l'eventuale nullità del contratto a valle deve essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e può trovare applicazione, in tale sede, l'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale.

La pronuncia non rivela però con chiarezza il percorso logico della soluzione cui sono pervenuti i giudici di legittimità. Infatti l'*iter* argomentativo sorvola sulla questione dell'ammissibilità, a monte, e sotto il profilo sistematico, di una nullità a valle, sul meccanismo in base al quale l'accertata nullità della intesa restrittiva della concorrenza determinerebbe la nullità anche dei singoli contratti a valle e sul rapporto tra nullità e rimedio risarcitorio. Ciò in quanto quest'ultima si limita a citare diffusamente la recente pronuncia della Cassazione n. 29810/2017 che, però, ha esaminato solo incidentalmente la questione e la sentenza a S.U. n. 2207/2005.

Prima di entrare nel merito della sentenza ed in generale affrontare, dunque, il nodo della sorte del contratto dopo l'eliminazione della clausola abusiva, appare, pertanto, opportuno riportare sia pure brevemente i termini del dibattito dottrinale formatosi sul punto.

Mentre la nullità dei negozi con cui le imprese fissano la restrizione della concorrenza è pacificamente ammessa, oltre che espressamente prevista dall'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, le opinioni rispetto alla sorte di quelli mediante i quali viene realizzato il programma sono, come noto, le più disparate. A fronte di quanti propendono per la nullità¹², altri accordano al giudice il potere di correggere il regolamento contrattuale secondo equità¹³ oppure ammettono l'annullabilità dei negozi¹⁴ o, ancora, escludono ogni

¹² *Ex multis* A. GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449. L'autore rileva che le clausole trasfuse nei contratti stipulati a valle "costituiscono una violazione del principio di libertà di concorrenza che, in linea di principio, si configura come una delle caratteristiche della libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. In tal modo risulta violato il cosiddetto ordine pubblico economico e la clausola contrattuale è nulla per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1343 cod. civ.". Anche secondo L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 237, i *downstream contracts* sono "nulli, ex art. 1418, comma 2, c.c. per illiceità della causa perché conclusi in violazione della norma imperativa rappresentata dal comma 2 dell'art. 2 che vieta la fissazione concordata dei prezzi di vendita". In tal senso già Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno resp.*, 2000, I, 57 con nota di L. NIVARRA, "Interesse pubblico" e antitrust: qualche osservazione; in *Giur. it.*, 1999, 1223 ss., con nota di B. LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*; ivi, 2000, 939 ss., con nota di G. AFFERNI, *Le intese restrittive della concorrenza anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?*; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, V, 469 ss., ID., *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 136 ss.

¹³ A favore di questa tesi v., G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, 484; ID., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 109 ss.; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, *Esi*, 2009, 140 ss. A questa impostazione sembra aderire Cass. 18



forma di invalidità riservando al contraente danneggiato dall'accordo la sola possibilità di chiedere il risarcimento del danno ingiusto¹⁵.

La nullità del contratto a valle è stata, inoltre, variamente giustificata dalla dottrina. Vi è infatti chi ritiene che il negozio a valle attuativo dell'intesa si ponga in diretto contrasto con la norma imperativa che vieta le intese anticoncorrenziali¹⁶. Altri ipotiz-

agosto 2011, n. 17351, in *Giur. it.*, 2012, VII, 1548, con nota di T. FEBBRAJO, *Contratti "a valle" dell'intesa antitrust e riconduzione ad equità del corrispettivo*.

¹⁴ Così V. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, Giuffrè, 2001, 196 ss., per il quale il contratto "a valle" realizzerebbe l'abuso di un contraente sull'altro, da regolare secondo la disciplina stabilita dagli artt. 1425 ss. cod. civ.

¹⁵ La conclusione secondo cui il contratto sarebbe valido, ma suscettibile di determinare una responsabilità ex art. 2043 cod. civ. nei confronti degli utenti di mercato, è sostenuta da M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 452; La tesi contraria all'invalidità del contratto "a valle" sembra condivisa da numerosi precedenti giurisprudenziali: Trib. Alba 12 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 212 ss.; Cass. 4 marzo 1999, n. 1811, cit., 421; Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, I, 466, con note di P. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e «aurea aequitas» (ovvero delle convergenze parallele)*, G. GUIZZI, *Struttura*, cit., ove si afferma 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"; App. Torino 27 ottobre 1998, in *Banca borsa*, 2001, II, 87, con nota di G. FALCONE, *Ancora sull'invalidità dei contratti «a valle» per contrasto delle «norme bancarie uniformi» con la disciplina antitrust*; Trib. Torino 16 ottobre 1997, ivi, 2001, II, 87; T.A.R. Lazio 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 906, che in tema di contratti con la pubblica amministrazione preceduti da un'intesa tra i concorrenti sostiene che "la nullità prevista dall'art. 2, l. n. 287/1990 è da questo riferita [...] alle intese restrittive della concorrenza, e come tali vietate. La norma, invero, qualifica come nulle ad ogni effetto "le intese vietate", e quindi gli accordi nei quali si estrinsechino i comportamenti restrittivi della concorrenza identificati dallo stesso art. 2. Sicché già da un punto di vista strettamente letterale risulta che la nullità non coinvolge i contratti che possano essere stati conclusi, a valle dell'intesa, tra (una o più delle) imprese aderenti, da un lato, ed un terzo a questa estraneo dall'altro, contratti i quali non ricadono nell'ambito della previsione letterale della norma sulla nullità, hanno una propria causa a sé stante (in questo caso, la causa tipica dell'appalto) e realizzano il corrispondente schema di interessi"; App. Milano 2 febbraio 2005, in *Contr.*, 2006, II, 141, con nota di E. BATTELLI, *Illeciti antitrust e rimedi civili del consumatore*; App. Napoli 14 marzo 2007, n. 763, in *banca dati DeJure*; App. Napoli 28 giugno 2007, n. 2513, inedita; Trib. Treviso 6 ottobre 2016, n. 2429, in *banca dati DeJure*, in cui si legge che la nullità "non si estende ai contratti che, sulla base di tali intese, le imprese che ne sono parti abbiano concluso con i terzi"; Trib. Treviso 26 luglio 2018, n. 1623 in <http://www.dirittobancario.it>, con nota di P. CECCHINATO, *Sulla validità delle fidejussioni rilasciate in conformità al modulo predisposto dall'ABI*; Trib. Verona 1 ottobre 2018, cit. Contro l'invalidità del contratto "a valle", in sede di commento al primigenio progetto legislativo n. 2076 sulla "tutela della libertà di concorrenza", anche P. SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, 737.

¹⁶ Tale tesi è sostenuta da M. SCHININÀ, *La nullità delle intese anticoncorrenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, II, 439 s. Per la stessa soluzione sembrano orientarsi anche M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, Giuffrè, 2012, 179 ss., il quale però lascia spazio all'ipotesi della nullità testuale; C. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa*, 2004, I,



zano un'invalidità derivata di secondo grado trasmessa a valle da un precedente contratto a monte.

Nella pronuncia che si annota, ancora una volta, come anticipato, la Suprema Corte si è basata sul presupposto, ampiamente riconosciuto dalla sentenza n.2207/2005, che la legge antitrust abbia come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato. Il legislatore ha, infatti, inteso proibire in via generale la distorsione della concorrenza, che può essere anche frutto di comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”, anche successivi al negozio originario, ma che realizzino un ostacolo al gioco della concorrenza.

Tale principio si rinviene e matura in ambito comunitario con l'adozione dell'Atto Unico Europeo del 1986, per poi trovare espressa menzione sia nel TUE del 1992 (Trattato di Maastricht) che nell'attuale TFUE (art. 3 e artt. 101 e ss.). Non si può poi non considerare che lo stesso ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁷ ed è stato ribadito di recente dalla direttiva 2014/104/UE che riconosce al consumatore la legittimazione a domandare la tutela risarcitoria per il danno derivante da violazioni della disciplina antitrust europea e nazionale.

Indubbia la necessità di tutela del consumatore o utente finale, non ne risultano tuttavia immediatamente acclamate le conseguenze sulla sorte del contratto che dell'illecito antitrust sia stato veicolo.

La Cassazione non esplicita, facendo un generico riferimento all'art. 1418 cod. civ. *tout court*, quale sia la ragione che porta a considerare nulli i contratti a valle, non chiarendo se la nullità di quest'ultimi sia una nullità derivata o viceversa diretta.

La considerazione che segue può aiutare a far luce sul punto.

Gli accordi interbancari, estremamente analitici nelle loro clausole, si traducono, ai fini dei rapporti con la clientela, nei testi delle condizioni generali di contratto le quali

205. Per il contrasto tra contratto “a valle” e norme imperative, anche App. Brescia 29 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2679.

¹⁷ In tal senso CGUE 20 settembre 2001, Causa C-453/99, *Courage Ltd v. Crehan*, in *Racc.*, 2001, I-6297. Per un'analisi più approfondita si vedano, tra gli altri, i seguenti contributi: A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni”*, in *Foro it.*, 2002, IV, 76 ss.; G. ROSSI, *Take Courage! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 90 ss.; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro It.*, 2002, IV, col. 84 ss. Nonché CGUE 13 luglio 2006, cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e a. v.loyd Adriatico Assicurazioni SpA e a.*, in *Racc.*, 2006, I-6619, in *Danno e resp.*, 2007, 1, 19, con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*.



vengono proposte alla firma del singolo ed esprimono la posizione unilaterale e generale del predisponente.

Dunque il singolo cliente sottoscrive con la banca un contratto per adesione il cui contenuto corrisponde, spesso alla lettera, e per il tramite delle condizioni generali, a quello dell'intesa. Per mezzo di queste si assiste, in tale modo, al trasferimento del contenuto delle clausole di un'intesa nel contenuto del corrispondente "contratto a valle". E così le norme bancarie uniformi conseguono la finalità resa palese dalla loro stessa denominazione, quella di realizzare una posizione comune degli istituti nei confronti dei clienti ed a tutto vantaggio dei primi mediante attuazione dell'intesa.

Come riconosce la Corte, infatti, le dichiarazioni unilaterali dei fideiussori costituiscono uno strumento di attuazione delle intese illecite *ex art. 2, l. n. 287/1990*¹⁸.

Nella delineata prospettiva, dunque, il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua¹⁹.

Talché l'autonomia tra i due piani è solo apparente e ne discende che l'illegittimità dello schema ABI non può non riflettersi sul contratto a valle²⁰.

Questa considerazione non risolve in sé il problema tant'è che la pronuncia a Sezioni Unite 2207/2005 non porta ad abbandonare il piano della tutela risarcitoria.

A riprova di ciò basti considerare che, con la recente sentenza del 27-11-2019, il Tribunale di Treviso ha affermato che la Suprema Corte di Cassazione, con la pronuncia che si annota, ha ribadito che l'unico rimedio astrattamente invocabile dal terzo contraente a fronte di una intesa tra imprese restrittiva della concorrenza sia quello risarcitorio²¹.

¹⁸ Osserva la Corte che l'accertamento della illiceità deve essere circoscritto ad alcune specifiche clausole delle Norme Bancarie Uniformi trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese *in attuazione* di intese illecite *ex art. 2, l. n. 287/1990*.

¹⁹ A simili conclusioni la Corte di Cassazione era già giunta con l'arresto a S.U. del 2005. Secondo A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle"*. *Un problema ancora aperto*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, I, 273, "pur non comparando un esplicito riferimento al rimedio della nullità dei negozi conclusi con gli utenti finali, dalle parole dell'organo di legittimità parrebbe evidente che la "prospettiva risarcitoria" non rappresenta la sola da prendere in esame".

²⁰ Questa impostazione viene condivisa da P. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, IV, 760 il quale ritiene che "Al di là delle ricostruzioni «panprivatistiche» che appaiono «faticose ed incerte», quello che bisogna considerare è l'insieme della pratica restrittiva che trova nel contratto a valle il suo momento attuativo".

²¹ Trib. Treviso 27 novembre 2019, in *Banca dati Pluris* secondo cui: "Ad ogni buon conto, che l'unico rimedio astrattamente invocabile dal terzo contraente a fronte di una intesa tra imprese restrittiva della con-



Il Tribunale di Napoli, Giudice Paolo Andrea Vassallo, con ordinanza del 17.10.2019 ha ritenuto che l'unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti *ex art. 2, l. n. 287/1990* non è quella della nullità, ma quella risarcitoria²².

L'accento sembra messo, nella pronuncia che si commenta, sulla partecipazione dei singoli contratti alla pratica anticoncorrenziale, quale sbocco dell'intesa. Del resto ad analoga conclusione gli Ermellini giungono sia con l'ordinanza del 2017 che con la sentenza 22 maggio 2019, n. 13846²³ nella quale si afferma che "ciò che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8 è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita".

Pertanto, quella prospettata dalla Corte sembrerebbe una nullità che colpisce il singolo regolamento negoziale di interessi in quanto legato all'intesa a monte, che è direttamente assoggettata alla comminatoria di cui all'art. 2, comma 3, della legge 287/1990, da una "relazione di strumentalità necessaria" sufficiente per renderlo nullo²⁴.

Come sottolineato in dottrina, infatti, "il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbirne la natura illecita"²⁵.

correnza sia quello risarcitorio non lo afferma soltanto la citata e fin troppo commentata sentenza n. 1623/2018 di questo Tribunale, bensì la stessa Suprema Corte di Cassazione, la quale, con la recente sentenza 24044/2019 ha ribadito che «Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della l. n. 287 del 1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti» (Cass. n. 9384 del 11/06/2003; in tema Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011)".

²² In particolare il Trib di Napoli, con ordinanza del 17 ottobre 2019, consultabile online su www.expartecreditoris.it, a sostegno di tale conclusione, così afferma: "la tesi della nullità derivata (che parrebbe accolta da Cass. Civ. 12.12.2017 n. 29810, seppur in un evidente *obiter dictum* rispetto all'errore di diritto imputato alla corte territoriale quello dell'irrelevanza del dato cronologico della stipulazione del contratto rispetto agli effetti, astrattamente invalidanti, del provvedimento dell'autorità amministrativa) non appare convincere questo giudicante stante il principio cardine del sistema, la non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, alla stregua della quale la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustifica soltanto l'adozione di rimedi risarcitori".

²³ Cass. sentenza 22 maggio 2019, n. 13846 in <http://www.dirittobancario.it>. Muovendo da quest'affermazione Trib. Bari 17 agosto 2007, in *banca dati DeJure*, ha argomentato la nullità del contratto "a valle" poiché parte dell'intesa.

²⁴ Così R. PARDOLESI, *Cartello*, cit., 472.

²⁵ Così R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, 472. Anche secondo G. GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust.*



È evidente che secondo questa impostazione non si può ricercare un collegamento negoziale in senso tecnico e volontaristico, che in effetti non c'è, perché è la norma stessa che attribuisce rilievo a qualsiasi manifestazione dell'intesa vietata e che, sanzionando quest'ultima con la nullità "ad ogni effetto", riverbera l'invalidità sulle stesse manifestazioni (sugli "effetti") dell'accordo a monte.

Tant'è vero che, i fautori della tesi della nullità derivata, che pure si avvicina a quanto espresso dalla giurisprudenza²⁶, per superare l'obiezione fondata sull'assenza di un collegamento negoziale civilistico "bilaterale", rilevano che "sono già stati evidenziati dalla dottrina casi in cui tale collegamento contrattuale si presenta in forma unilaterale" e perciò è ben possibile ipotizzare che l'illiceità dei contratti a valle discende in via oggettiva dalla distorsione del mercato indipendentemente dalla consapevolezza delle parti²⁷.

Le critiche cui è stata assoggettata quest'interpretazione in dottrina e giurisprudenza²⁸ rendono però quanto mai evidente che la Cassazione, quale organo nomofilattico, ha ancora una volta perso l'occasione per fare chiarezza su una questione che solleva notevoli incertezze in punto di diritto.

Non a caso una parte della dottrina suggerisce un percorso logico che emerge in alcune pronunce della stessa Corte, ma mai sviluppato pienamente e che avrebbe consentito anche di lasciarsi alle spalle la discussione sull'eventuale nullità del contratto a valle²⁹. Si allude

civ., 2000, II, 12, l'intesa "non dà vantaggi immediati ad alcuna delle parti, ma attraverso la successiva attuazione, finisce indirettamente con l'avvantaggiare tutte le parti. In questo caso, la funzione del contratto non si esaurisce con l'esecuzione delle obbligazioni delle parti, la quale costituisce, invece, la premessa d'una attività ulteriore, la cui realizzazione rappresenta la finalità del contratto e l'interesse delle parti".

²⁶ In tal senso R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Corr. giur.*, 2018, VIII-IX, 1072.

²⁷ R. FEDERICO, *op. ult. cit.*, 1073.

²⁸ In tal senso v. per tutti E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008. In giurisprudenza v. Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, cit., 275 ss. nonché con riferimento al caso delle fideiussioni sullo schema A.B.I. Trib. Treviso 26 luglio 2018, n. 1623, cit., il quale ha rigettato l'eccezione di nullità della fideiussione, sancendo, con puntuale analisi, l'assenza di un nesso di indissolubile dipendenza tra il contratto "a monte" – ed in particolare le clausole censurate – e i sottostanti contratti "a valle". Orientamento, peraltro, ribadito da Trib. Napoli 1 marzo 2019, n. 2338, consultabile online su www.expartecreditoris.it il quale ha espressamente sostenuto che i contratti conclusi in aderenza agli schemi ABI non possono qualificarsi *ex se* illeciti, essendo necessario dimostrare un nesso di dipendenza delle fideiussioni con la deliberazione dell'ABI ovvero un collegamento negoziale nel suo significato tecnico.

²⁹ Si veda in tal senso Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, cit. 57, nella quale si era evidenziato che l'art. 2 della l. n. 287/1990, nel predicare "la nullità delle "intese", non ha [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".



a quella ricostruzione che, qualificando la fissazione della clausola non quale negozio separato dall'intesa vietata, ma quale comportamento anticoncorrenziale, e dunque ancora intesa vietata essa stessa, riconduce la legittimazione del consumatore all'impugnativa per nullità ai sensi dell'art. 2³⁰. La Cassazione sembra confortare la bontà di tale approdo, senza tuttavia manifestare e soprattutto argomentare una piena adesione.

4. – Ipotizzato che la conclusione di un'intesa illecita non può non avere refluenze in termini di nullità sul contratto “a valle”, “si tratta di passare dall'individuazione del rimedio (nullità) al suo statuto per capire quali siano le soluzioni in grado di condizionare gli interessi in gioco e, in termini più generali, conformare in maniera diversa l'ordine giudico del mercato”³¹.

Una sostanziale difformità di vedute si registra, infatti, non solo a proposito delle cause della nullità dei contratti a valle (*ex art.* 1418, commi 1 o 2, cod. civ.), ma anche della natura (totale o parziale) di tale nullità.

³⁰ E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, 1128 che richiamando la sentenza Cass. 1° febbraio 1999, n. 827 afferma che “la nozione di intesa eccede la pura dimensione negoziale, e si identifica con un dato comportamentale, «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» (in *Foro it.*, 1999, I, 831, con osservazioni di LAMBO)”. Nello stesso senso M. NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arret*, in *Corr. giur.*, 2005, III, 347. Recentemente, proprio in relazione alla vicenda della nullità del contratto a valle riprodotto dello schema ABI, tenta una simile ricostruzione S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto “a valle” nel diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, III, 2019, 584/II il quale prendendo le mosse dalla circostanza che la Cassazione dichiara di condividere l'affermazione secondo cui l'art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, “allorché [...] 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” ipotizza “che nel caso specifico possano configurarsi due intese. La prima consiste nell'adozione del modello contrattuale da parte dell'ABI ed assume la forma della deliberazione di un'associazione di imprese, nulla anche in mancanza della condotta pianificata. La seconda, quella della pratica concordata, realizzata dall'allineamento delle banche nel proporre la medesima offerta commerciale”. Il Tar Lazio, con la sentenza n. 8368 del 3 settembre 2004 in *Giur. merito*, 2005, II, 415, in occasione della nota vicenda relativa all'approvazione e diffusione da parte di alcune associazioni di categoria di determinati prezziari per l'attività di amministrazione di condominio e alla raccomandazione del Consiglio nazionale dei geometri ai Collegi provinciali diretta a far adottare una nuova tariffa professionale, richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n. 827/1999 ha affermato che l'art. 2 della Legge antitrust italiana, nello stabilire la nullità delle intese, “non intende dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione, anche successiva, che realizzi un ostacolo all'operare della libera concorrenza”.

³¹ S. D'ORSI, *op. ult. cit.*, 584/II.



Il provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia, invero, dispone al capo a) della parte dispositiva 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”, mentre al capo b) afferma che “le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza”.

La Cassazione, prendendo le mosse dall'accertamento della Banca d'Italia, conferma l'approccio della Corte d'appello di Napoli, affermando che: “avendo l'Autorità amministrativa delimitato l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle Norme Bancarie Uniformi (in genere presenti agli articoli 2, 6 e 8 dei moduli fideiussori) rese in attuazione di intese illecite, ciò non 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 cod. civ. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite”³².

L'ABF di Milano³³, dopo aver passato in rassegna critica i contrapposti orientamenti, ha ritenuto che nonostante la particolare natura della nullità in questione non vi sia ragione per non applicare la disciplina della nullità parziale, con la conseguente necessità di applicare la norma (art. 1419 cod. civ.) che dispone la nullità dell'intero contratto quando risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità. Tuttavia, alla luce delle peculiarità della fattispecie, ha osservato che l'indagine sulla effettiva volontà dei contraenti deve essere condotta tenendo conto di due condizioni:

- il contesto in cui è stato stipulato il contratto;
- la convenienza del contratto garantito principale, in quanto, più forte è la garanzia, migliori saranno le condizioni contrattuali del debitore principale.

E, perciò, ha rilevato, concludendo, in sostanza, per la nullità totale, che un contratto identico a quello stipulato, ma privo della parte colpita dalla nullità, da una parte non sarebbe stato probabilmente offerto e dall'altra non è detto che sarebbe stato accettato.

³²Cass. 26 settembre 2019, n. 24044, cit. In tal senso anche, App Brescia 29 gennaio 2019, n. 161, in *banca dati DeJure*; Trib. Mantova, 16 gennaio 2019. Est. Bernardi, in <http://www.ilcaso.it/>.

³³Cfr. ABF, Collegio di Milano 04 luglio 2019, n. 16558 (est. Denozza).



La soluzione prospettata dalla S.C. sembra, però, preferibile per due ordini di ragioni.

In primo luogo in quanto maggiormente aderente all'interpretazione data dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione alla nullità ad ogni effetto derivante dalla violazione dell'art. 101 TFUE.

La prima nella Sentenza *Société Technique Minière/Machinenbau Ulm*³⁴ ha, infatti, affermato che solo le clausole di un accordo che violano il divieto di intese anticoncorrenziali sono colpite dalla “nullità ad ogni effetto”.

Dal canto suo la Commissione ha rilevato che tale opzione è maggiormente coerente con la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Société Technique Minière* e *Kerpen & Kerpen*³⁵. Ciò in quanto, il principio, ivi stabilito con riferimento ad una pluralità di clausole contenute nello stesso accordo, secondo cui la nullità *ex art.* 85, comma 2, del Trattato colpisce solo le parti dell'accordo che siano incompatibili, ma non si estende alle altre, rispetto alle quali le conseguenze della nullità esulano dal diritto comunitario, vale a maggiore ragione nei confronti delle pattuizioni, addirittura esterne all'accordo tra imprese, intercorse con i consumatori³⁶.

In secondo luogo, poiché, sul piano interno, poi, non si può fare a meno di notare che l'art. 1419 cod. civ., primo comma, prevede che la nullità parziale o di singole clausole comporta nullità del contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità.

La Corte non chiarisce se tale valutazione debba essere effettuata secondo l'interpretazione c.d. volontaristica dell'art. 1419 cod. civ. oppure se debba accedersi ad un'impostazione “oggettivistica”, alla stregua della quale il giudice dovrebbe non già ricercare la comune volontà delle parti, ma guardare (oggettivamente, appunto) allo scopo pratico da esse conseguito, operando un giudizio di compatibilità tra l'efficacia del regolamento residuo e il rispetto del piano di interessi originariamente convenuto.

Bisogna, però, considerare che nel caso delle fideiussioni, confrontando gli interessi in gioco, come affermato dal Tribunale di Rovigo³⁷, sembra del tutto evidente che il garante avrebbe certamente concluso il contratto anche senza quelle clausole che invero lo

³⁴ CGCE 30 giugno 1966, Causa 56/65, *Société Technique Minière v. Machinenbau Ulm*, in *Racc.*, 1966, 262.

³⁵ CGCE 14 dicembre 1983, Causa 319/82, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA v. Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, 1983, 4173.

³⁶ Osservazioni 26 settembre 1996 redatte dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia CE, p. 31.

³⁷ Trib. Rovigo 09 settembre 2018, consultabile su <http://www.ilcaso.it/>.



penalizzano rispetto a sopravvenienze sfavorevoli o a fatti imputabili alla negligenza del creditore garantito. D'altro lato, essendo le clausole in parola assolutamente funzionali ad assecondare l'interesse della banca e non dei fideiussori, anche questa, verosimilmente, avrebbe concluso il contratto ugualmente senza le clausole vietate, limitandosi al vantaggio garantito dalle norme codicistiche in materia di fideiussione, pur di ottenere comunque una garanzia aggiuntiva a tutela del proprio credito.

E così stando le cose, appare effettivamente difficile ipotizzare che entrambe le parti non avrebbero stipulato la fideiussione senza la parte colpita da nullità. Se, infatti, la banca avrebbe magari ricercato una garanzia diversa (per esempio ipotecaria), appare davvero arduo sostenere che il cliente non avrebbe stipulato, poiché senza le clausole censurate la fideiussione sarebbe stata per lui più vantaggiosa³⁸.

D'altra parte, anche adottando un criterio di tipo oggettivo, basato, al contrario, sulla verifica della possibilità di conservare il contratto compatibilmente con il rispetto della pattuizione originaria e secondo parametri rigorosamente oggettivi, non è possibile pervenire ad una declaratoria di nullità totale.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di affermare “in caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti; pertanto, il principio di conservazione deve escludersi solo quando la clausola e il patto nullo si riferiscono ad un elemento essenziale del negozio oppure si trovino con le altre pattuizioni in tale rapporto d'interdipendenza che queste non possano sussistere in modo autonomo”³⁹.

In base a tale criterio, solo se l'assetto di interessi che scaturisce dalla declaratoria di nullità parziale stravolge l'equilibrio originario del contratto come “plasmato” in origine dalla libertà negoziale, la nullità delle singole clausole può condurre a una declaratoria di nullità totale.

³⁸ In tal senso R. FEDERICO, *Operazione*, cit., 1073. *Contra* G. CALABRESE, *Fideiussione*, cit., 522 che, pur convenendo sul fatto che da una dogmatica-positivista la fideiussione debba essere conservata, rileva tuttavia che, da una prospettiva “funzionale” del diritto antitrust, tale soluzione è inaccettabile in quanto “non è possibile ricostruire la “volontà ipotetica” del fideiussore, perché nessuna volontà egli ha mai potuto, in realtà, manifestare, se non una mera adesione alle condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dall'intero ceto bancario” nonché M. BUFFONI, *Fideiussioni conformi al modello ABI: una possibile nuova lettura*, in www.altalex.com/.

³⁹ Cass. 19 aprile 1982, n. 2411, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce “Contratto in genere [1740]”, n. 224. Conforme, sul principio di cui alla prima parte della massima, Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, I, 2438.



Nel caso di specie, l'eliminazione delle clausole in oggetto non sembra essere tale da alterare l'equilibrio originario, facendo sopravvivere un contratto diverso da quello che le parti avevano concluso. Del resto a una simile valutazione sembra alludere la Corte quando osserva che “la decisione della Corte di appello, che ha ritenuto di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che *non incidevano sulla struttura e sulla causa del contratto*, non ha pregiudicato la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale”⁴⁰.

5. – Se appare condivisibile l'argomentazione proposta dalla Corte a sostegno della nullità parziale, lascia perplessi l'*obiter dictum* con cui la stessa apre le motivazioni in diritto della sentenza.

In proposito la Corte, richiamando alcuni precedenti⁴¹, osserva che: “quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della l. n. 287/1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo *solo* ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti”.

Tuttavia, proseguendo, rileva 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 (fol. 3 della sent. imp.), ciò non 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 cod. civ. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite”.

Il riconoscimento della nullità del contratto a valle operato in sentenza, così, pare scontrarsi con l'affermazione ivi contenuta secondo cui la tutela risarcitoria sarebbe la sola riconoscibile al contraente a valle⁴².

⁴⁰ Cass. 26 settembre 2019, n. 24044, cit.

⁴¹ Cass. 11 giugno 2003, n. 9384, cit., 275 ss.; in tema Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, 1901; Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, I, 2674.

⁴² In tal senso anche E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo*



Si pone, pertanto, il problema di capire come può essere ricostruito il rapporto tra i due principali rimedi privatistici esperibili a garanzia sia degli interessi del mercato che degli utenti immediatamente pregiudicati dalla condotta anticoncorrenziale, ossia la sanzione della invalidità negoziale e quella della responsabilità civile.

La necessita di una tutela “reale” oltre che “risarcitoria” in seguito alla nullità di una clausola frutto di intesa anticoncorrenziale si pone in modo evidente nel contenzioso in materia di fideiussioni bancarie, perché in questo caso è indubitabile che vi è un preminente interesse del fideiussore contraente ad ottenere una declaratoria di nullità per sottrarsi all’obbligazione “viziata” dalla violazione anticoncorrenziale, prima ancora che il danno spieghi le sue conseguenze più gravi.

Sotto questo profilo, però, non si può negare che la sentenza a Sezioni Unite di più due lustri fa rappresenti “un’occasione perduta per fare chiarezza sul nodo dei rimedi, contrattuali e/o extracontrattuali e così anche di stampo inibitorio, che il consumatore e più in generale gli acquirenti in un mercato alterato da collusioni anticompetitive possono invocare”⁴³.

La perdurante attualità di tale riflessione risulta comprovata dalla circostanza che la citata pronuncia a sezioni unite viene richiamata a fondamento sia degli arresti giurisprudenziali favorevoli al rimedio caducatorio (v. *supra*), che della giurisprudenza di merito pervenuta ad esiti opposti. Quest’ultima, infatti, ha richiamato proprio le argomentazioni svolte dalle S.U. per affermare che l’unica tutela concessa al fideiussore (quale soggetto rimasto estraneo alla intesa anti-concorrenziale, che abbia stipulato il contratto che di quella intesa costituisce lo sbocco) è quella risarcitoria⁴⁴.

E su tale questione, come rilevato, non fa luce nemmeno la sentenza che si annota, la quale anzi alimenta dubbi e perplessità, visto il richiamo al rimedio aquiliano quale unico strumento di tutela esperibile dal contraente a valle.

Tale conclusione, tuttavia, non risulta condivisibile. Alla luce del complessivo tenore della pronuncia in commento, infatti, pare plausibile escludere che la Corte abbia voluto scartare la praticabilità del rimedio caducatorio. Se così fosse non si spiegherebbe, infatti, il motivo per cui si sforza di escludere la fondatezza della doglianza relativa all’impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, al fine di sciogliere l’alternativa tra nullità totale o parziale. Esclusa in radice ogni possibilità di optare

dell’ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2020, 399 s.

⁴³ M. NEGRI, *Il lento*, cit., 348 ss.

⁴⁴ In tal senso anche Trib. Milano 27 settembre 2017, n. 9708, cit.



per il rimedio caducatorio, infatti, non avrebbe pregio alcuno l'argomentazione volta a salvare il contratto da una nullità totale sulla base della considerazione che "le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione"⁴⁵.

Appare, pertanto, ragionevole ritenere che con la pronuncia in commento, ponendosi sulla scia dell'ordinanza 29810/2017⁴⁶, la Corte abbia voluto compiere un ulteriore passo in avanti riconoscendo anche per i contratti "a valle" l'operatività del rimedio della nullità sia pure circoscritta alle singole clausole rinvenienti dalle intese illecite.

È ovvio poi che il contraente a valle potrà domandare il risarcimento del danno (riconosciuto nelle ipotesi tradizionali solo *sub specie* di interesse contrattuale negativo), dovendosi ravvisare in capo all'impresa quella particolare forma di responsabilità precontrattuale *ex art.* 1338 cod. civ. cui soggiace la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (nella specie, la violazione dell'art. 2, l. n. 287/90), omette di darne notizia all'altra parte⁴⁷, così da suscitare in quest'ultima l'affidamento incolpevole nella validità del contratto.

Anche la giurisprudenza, infatti, ha riconosciuto che l'art. 1338 cod. civ. possa applicarsi finanche all'ipotesi di nullità parziale del contratto⁴⁸.

⁴⁵ In tal senso E. CAMILLERI, *Validità*, cit., 400, fa opportunamente notare che "Vale, del resto, la pena di sottolineare che, in tanto si dà nullità parziale del contratto, in quanto del vizio invalidante sia già dato parlare, l'una risolvendosi nella possibile circoscrizione di perimetro dell'effetto caducatorio, altrimenti radicale, scaturente dall'altro". Anche M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2020, 379 fa notare che «la sentenza dichiara una massima di decisione (quella per cui i contratti "a valle" sono validi, anche se illeciti *ex uno latere*, e possono essere dichiarati nulli solo se affetti, di per se', da vizi rilevanti *ex art.* 1418 ss. cod. civ.), ma in realtà conferma la massima di decisione, molto diversa, che era stata applicata dalla Corte d'Appello (quella per cui i contratti "a valle" sono affetti da nullità derivata, in quanto atti di esecuzione di un'intesa vietata, ma la nullità può essere anche parziale *ex art.* 1419 cod. civ.)».

⁴⁶ Cass. 12 Dicembre 2017, n. 29810, cit., 152.

⁴⁷ In tal senso, A. VIGLIANISI FERRARO, *Diritto*, cit., 318 ss il quale addirittura ritiene che la *liability for competition law infringements* parrebbe poter assumere i connotati della responsabilità extracontrattuale qualora rilevino "danni rappresentati da altre perdite" subite dal cliente, che magari "la tutela contrattuale non copre"; Si v. anche E. CAMILLERI, *Validità*, cit., 404 s. il quale ritiene che in presenza di un contratto a valle, la cui conclusione e i cui termini abbiano scontato forme di abuso di potere negoziale da parte di un contraente (cartellista) nei riguardi dell'altro ("vittima") e non tali però da attingere la soglia del vizio invalidante, la tutela accordabile al danneggiato è quella risarcitoria di marca contrattuale nelle forme della repressione del dolo incidente (*ex art.* 1440 cod. civ.).

⁴⁸ V., Cass. 8 luglio 2010, n. 16149, in *Fam. e dir.*, 2011, 2, 137, con nota di G. OBERTO, *Le responsabilità conseguenti all'atto dispositivo Compiuto da un solo coniuge su beni immobili o mobili registrati in regime di comunione legale*.



In tali ipotesi si è evidenziato che concorso di nullità e risarcimento si spiega poiché mentre nel contratto classico, essendo ambedue le parti autrici e vittime della nullità, una questione di responsabilità non si poteva porre, diversa è la situazione nelle nullità speciali. Queste ultime sono nullità unilaterali, causate da una parte e subite dall'altra⁴⁹ e correlativamente volte a proteggere la parte che per la sua debolezza abbia subito l'iniziativa dell'altra. Pertanto, la coniugazione della responsabilità con l'invalidità può dirsi tipica⁵⁰.

In questo caso addirittura, per dirla con le parole di autorevole dottrina, la responsabilità «non nasce dalla mancata comunicazione di un vizio che invalida il contratto bensì direttamente dall'aver dato causa alla nullità»⁵¹.

Allora visto che «dare causa alla invalidità è condotta più grave della semplice mancata comunicazione di una causa di invalidità, ... la responsabilità è un esito *a fortiori* se si intende ancorarlo all'art. 1338; esito che diventa ancora più agevole ove si faccia capo all'art. 1337, nel cui obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative è certamente suscettibile di essere ricompresa anche la condotta invalidante di una delle parti»⁵².

Se così è, risulta agevole ritenere che il risarcimento del danno precontrattuale debba essere parametrato «al minor vantaggio o al maggior aggravio economico» che il contraente leso è chiamato a sopportare per effetto del contegno sleale di una delle parti⁵³.

Si è tuttavia ben lungi da un punto di arrivo non solo poiché i due recenti arresti della Cassazione divergono fra loro già in punto di estensione dell'effetto demolitorio, ma soprattutto in quanto la sentenza che si pubblica appare contraddittoria.

⁴⁹ Si consideri che in tal senso, ancorché ad altro scopo, V. STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema abi*, in *questa rivista*, II, 2020, nota 114 fa notare che le clausole in esame potrebbero essere considerate vessatorie *ex art. 33 ss. cod. cons.*

⁵⁰ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 150 ss.

⁵¹ C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, I, 2010, 29.

⁵² In tal senso ancora C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 29.

⁵³ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 in *Foro it.* anno 2006, I, col. 1107 con nota di E SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*. Si è però sottolineato (Cfr. V. STELLA, *Fideiussioni*, cit., 296) che «nella fattispecie delle fideiussioni ABI, la tutela risarcitoria risulta, almeno *prima facie*, davvero di ardua applicazione».