GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione | Sezione U | **Civile** | **Sentenza** | 30 dicembre 2021 | **n. 41994**

Data udienza 23 novembre 2021

Integrale

Fideiussione - Polizza - Contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate dall'autorità garante parzialmente illecite - Contrasto con il trattato sul funzionamento dell'Ue - Parziale nullità - Parte che riguarda l'intesa vietata - Contratto - Desumibilità di una diversa volontà delle parti - Effetti

---

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RAIMONDI Guido - Primo Presidente f.f.

Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente di Sez.

Dott. VALITUTTI Antonio - rel. Presidente di Sez.

Dott. SCARANO Luigi Alessandro - Consigliere

Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere

Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere

Dott. MAROTTA Caterina - Consigliere

Dott. VINCENTI Enzo - Consigliere

Dott. NAZZICONE Loredana - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

sul ricorso 20438/2016 proposto da:

(OMISSIS) S.P.A., nella qualita' di procuratore di (OMISSIS) s.p.a., elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 3746/2016 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 11/06/2016.

Udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 23/11/2021 dal Presidente Dott. ANTONIO VALITUTTI;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Dott. LUISA DE RENZIS, il quale chiede che le Sezioni Unite accolgano il primo ed il secondo motivo di ricorso previo assorbimento del terzo e contestuale rigetto del quarto.

FATTI DI CAUSA

1. La societa' (OMISSIS) s.p.a. stipulava con la (OMISSIS) s.p.a. (ora (OMISSIS) 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 (OMISSIS), socio della (OMISSIS), 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.

1.1. In data 8 agosto 2011, (OMISSIS) depositava, pertanto, presso il Tribunale di Torino, ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale chiedeva la condanna del (OMISSIS) al pagamento - in relazione alle due fideiussioni - delle somme di Euro 56.795,37 e di Euro 50.385,34. Il Tribunale adito emetteva, quindi, in data 9 agosto 2011, il richiesto provvedimento monitorio, nei confronti del quale l'intimato proponeva rituale opposizione, a norma dell'articolo 645 c.p.c.. Con ordinanza del 30 dicembre 2012, il procedimento veniva, tuttavia, sospeso - su istanza dell'opponente - ai sensi dell'articolo 295 c.p.c., avendo il medesimo instaurato, nelle more del giudizio di opposizione, altro procedimento dinanzi alla Corte d'appello di Roma.

Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

1.2. Con atto di citazione notificato il 23 novembre 2011, (OMISSIS) aveva, invero, evocato dinanzi alla Corte d'appello di Roma in unico grado, ai sensi della L. 10 ottobre 1990, n. 287, articolo 33 (nel testo applicabile ratione temporis), (OMISSIS) s.p.a., chiedendo dichiararsi radicalmente nulli, per violazione della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a), i contratti di fideiussione del (OMISSIS) e del (OMISSIS), e per l'effetto dichiararsi che nulla era dovuto dal (OMISSIS) all'istituto di credito convenuto, del quale chiedeva la condanna al risarcimento di tutti i danni subiti, patrimoniali e morali, nonche' alla cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

In via subordinata, ferma la richiesta di cancellazione dalla Centrale Rischi, il (OMISSIS) chiedeva dichiararsi la nullita', per violazione della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a), delle sole clausole contenute negli articoli 2, 6 e 8 dei predetti contratti di fideiussione, e dichiararsi che nulla era dovuto dal medesimo alla banca, per i debiti di (OMISSIS) s.p.a., a causa dell'intervenuta decadenza dell'istituto di credito, ai sensi dell'articolo 1957 c.c.. Osservava, invero, l'attore che la banca convenuta aveva depositato il ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale aveva proposto le sue istanze nei confronti del fideiussore, solo in data 8 agosto 2011, ossia ben oltre il termine di sei mesi previsto dalla norma succitata dall'ultima raccomandata, emessa in data 24 febbraio 2010, con la quale i rapporti in corso con la debitrice principale erano stati risolti.

1.2.1. Nel giudizio si costituiva (OMISSIS) s.p.a., nella qualita' di procuratore di (OMISSIS) s.p.a., chiedendo il rigetto delle domande proposte dall'attore e l'accertamento della validita' ed efficacia delle fideiussioni sottoscritte dal (OMISSIS), nonche' della piena legittimita' della segnalazione del nominativo del medesimo alla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

1.2.2. Con sentenza n. 3746/2016, depositata l'11 giugno 2016 e notificata il 13 giugno 2016, la Corte d'appello di Roma cosi' provvedeva: a) dichiarava la nullita', per violazione della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a), delle clausole contenute negli articoli nn. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui e' causa; b) respingeva la domanda di risarcimento del danno patrimoniale; c) condannava (OMISSIS) s.p.a., nella qualita' di procuratore di (OMISSIS) s.p.a., al pagamento in favore di (OMISSIS), a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, della somma di Euro 5.000,00, oltre interessi legali dalla pubblicazione della sentenza al soddisfo; d) ordinava la cancellazione della segnalazione del nominativo del (OMISSIS) alla Centrale Rischi della Banca d'Italia; e) condannava (OMISSIS) s.p.a., nella predetta qualita', alle spese del giudizio di appello.

2. Avverso tale pronuncia (OMISSIS) s.p.a., nella qualita' di procuratore di (OMISSIS) s.p.a., ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, illustrati con memoria. L'intimato (OMISSIS) ha resistito con controricorso e con memoria.

3. Con ordinanza Interlocutoria n. 11486/2021, depositata il 30 aprile 2021, la Prima Sezione civile di questa Corte, investita del ricorso, ha rilevato che sulla questione relativa alla tutela riconoscibile al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullita' delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese a monte, per violazione della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma, 2, lettera a), non vi e' accordo in dottrina ed in giurisprudenza, essendosi - in sostanza - delineate tre soluzioni: a) nullita' totale del contratto a valle; b) nullita' parziale di tale contratto,

Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA 6qhxz1h6c9 - Il S

ossia limitatamente alle clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte; c) tutela risarcitoria.

La sezione ha, pertanto, rimesso la controversia - ritenendo che la questione che ne costituisce oggetto sia di particolare valore nomofilattico, e rappresenti, quindi, una questione di massima di peculiare importanza, anche in considerazione della frequente ricorrenza della fattispecie - a queste Sezioni Unite, perche' venga stabilito: 1) se la coincidenza totale o parziale con le condizioni dell'intesa a monte - dichiarata nulla dall'organo di vigilanza di settore - giustifichi la dichiarazione di nullita' delle clausole accettate dal fideiussore, nel contratto a valle, o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno; 2) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullita', sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere; 3) se sia ammissibile una dichiarazione di nullita' parziale della fideiussione; 4) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volonta' 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.

4. Il Procuratore Generale ha concluso per l'accoglimento del primo e secondo motivo, assorbito il terzo e rigettato il quarto.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con i quattro motivi di ricorso - che, per la loro evidente connessione, vanno esaminati congiuntamente - (OMISSIS) s.p.a. denuncia la violazione e falsa applicazione degli articoli 1362, 1418, 1936 c.c. e segg., articoli 2043 e 2697 c.c., articolo 100 c.p.c., L. n. 287 del 1990, articoli 2, 13 e 15, nonche' l'omesso esame di un fatto decisivo per la controversia, in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5.

1.1. Avrebbe anzitutto errato la Corte d'appello, ad avviso della banca ricorrente, nel ritenere "palese e incontestato" che le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale standardizzato adottato dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), e dichiarato parzialmente nullo dalla Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, per violazione della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a), "siano state esattamente riprodotte nei due contratti di fideiussione per cui e' causa". La Corte di merito avrebbe, invero, erroneamente ritenuto come avente valore di "prova privilegiata" la produzione in giudizio, da parte del (OMISSIS), di tale provvedimento, sebbene nessuna sanzione fosse stata adottata da parte dell'Autorita' Garante nei confronti di (OMISSIS). Nessuna prova vi sarebbe, dunque, che le clausole contenute nelle fideiussioni sottoscritte dal (OMISSIS) sarebbero del tutto coincidenti con quelle dello schema contrattuale dell'ABI, prese in esame dalla Banca d'Italia e considerate illegittime per violazione della norma succitata.

Ne' tanto meno - a parere della ricorrente - vi sarebbe agli atti prova alcuna che (OMISSIS), neppure menzionata nel provvedimento n. 55 del 2005, avesse in qualche modo partecipato al predetto accordo anticoncorrenziale.

1.2. Rileva, poi, (OMISSIS) che la nullita' di cui alla L. n. 287 del 1990, articolo 2, "colpisce solo l'intesa restrittiva della liberta' di concorrenza, ma non si trasmette ai contratti stipulati a valle di

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - C
ODUZIONE RISERVATA

tale intesa, che sono e restano validi ed efficaci, non essendo ravvisato riguardo ad essi nessuno dei vizi che determinano la nullita' ex articolo 1418 c.c.". Ne conseguirebbe - ad avviso dell'istante - che la fattispecie non potrebbe "essere ricostruita che in termini di risarcimento per fatto illecito, dovendosi, viceversa, escludere qualsivoglia patologia riconducibile nell'alveo della nullita' contrattuale". Pertanto, le clausole derogative delle norme codicistiche in materia di fideiussione non potrebbero essere ritenute affette da "nullita' derivata", dovendo, per contro, ritenersi tali clausole - in quanto espressione di autonomia privata, essendo contenute nei singoli accordi conclusi tra banca e cliente pienamente valide, mentre resterebbero "inficiate le sole intese di cartello tra le imprese che inseriscono delle clausole in uno schema standard generalizzato, determinando un sintomatico abbandono della disciplina legale in senso ritenuto deteriore per il fideiussore".

1.3. Del pari errato sarebbe, a parere dell'esponente, l'assunto della Corte romana, laddove ha affermato che i due contratti in questione non sarebbero qualificabili come contratti autonomi di garanzia, bensi' come "contratti a garanzia di operazioni bancarie", rientranti entrambi nello schema della "fideiussione omnibus", e laddove ha - di conseguenza - escluso che rilevi, nella specie, la pacifica derogabilita' di alcune norme della disciplina legale della fideiussione, tra le quali l'articolo 1957 c.c.. La Corte avrebbe, invero, erroneamente affermato che "l'illecito concorrenziale non riguarda la possibilita' per i contraenti di una fideiussione di stipulare contratti atipici, bensi' il fatto che la standardizzazione delle condizioni generali di contratto comporti disposizioni contrastanti con la L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a), "nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme"".

Siffatta impostazione contrasterebbe, peraltro, ad avviso di (OMISSIS), con l'articolo 7, dei contratti di fideiussione per cui e' causa, ai sensi del quale il fideiussore sarebbe tenuto all'immediato pagamento di quanto dovuto alla banca, in forza del rapporto di garanzia, "a semplice richiesta scritta" della banca medesima, e "indipendentemente da eventuali eccezioni del debitore". La clausola evidenzierebbe, pertanto, che si tratta di contratti autonomi di garanzia (o garanzie "a prima richiesta"), ai quali non si applica la norma di cui all'articolo 1957 c.c.. Ne deriverebbe che la Corte di merito sarebbe, altresi', incorsa, oltre che nella violazione degli articoli 1362 e segg., in tema di interpretazione dei contratti, anche nella violazione dell'articolo 100 c.p.c., nessun interesse potendo vantare il (OMISSIS) a far valere la nullita' delle predette clausole, attesa la pacifica derogabilita' del disposto dell'articolo 1957 c.c., nei contratti autonomi di garanzia.

1.4. Di piu', rileva l'istante che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo il (OMISSIS) aveva proposto esclusivamente l'eccezione di nullita' della clausola derogativa del disposto dell'articolo 1957 c.c., e nulla aveva contestato in ordine alla dedotta nullita', di cui alla L. n. 287 del 1990, articolo 2, degli articoli 2 e 8 degli impegni di garanzia, ossia le cd "clausole di reviviscenza" dell'impegno di garanzia, in caso di estinzione del rapporto tra il creditore ed il debitore principale e di conseguente obbligo per la banca di restituire le somme riscosse in forza di tale rapporto. Per cui, una volta esclusa la violazione dell'articolo 1957 c.c., nessun risarcimento del danno all'immagine poteva essere riconosciuto al (OMISSIS) dalla Corte d'appello, che sarebbe - di conseguenza - incorsa nella violazione anche dell'articolo 2043 c.c..

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODOTTA

2. Le censure sono infondate ed in parte inammissibili.

2.1. Va anzitutto rilevato che, a norma della L. n. 287 del 1990, articolo 2: "1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonche' le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

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 nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attivita' consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; (...).

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto".

2.2. Ebbene, nell'ottobre del 2002, l'ABI (Associazione Bancaria Italiana) ebbe a predisporre uno schema negoziale tipo per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie, che - prima della diffusione tra gli istituti di credito - fu comunicato alla Banca d'Italia, all'epoca Autorita' Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito, la quale, nel novembre 2003, avvio' un'istruttoria finalizzata a verificare la compatibilita' dello schema contrattuale di "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", predisposto dall'ABI, con la disciplina dettata in materia di intese restrittive della concorrenza. A tal fine, la Banca d'Italia interpello' - in via consultiva - l'Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale - nel parere n. 14251 - ebbe ad evidenziare come la disciplina della "fideiussione omnibus", di cui allo schema predisposto dall'ABI, presentava clausole idonee a restringere la concorrenza, poiche' suscettibili - in linea generale - "di determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minore facilita' di accesso al credito", nonche', nei casi di fideiussioni a pagamento, "di accrescere il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore".

2.2.1. I rilievi critici dell'Autorita' Garante riguardarono, in particolare, le clausole nn. 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale, e precisamente: a) la cd. "clausola di reviviscenza", secondo la quale il fideiussore e' 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" (articolo 2); b) la cd. "clausola di rinuncia ai termini ex articolo 1957 c.c.", in forza della quale "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'articolo 1957 c.c., che si intende derogato" (articolo 6); c) la cd. "clausola di sopravvivenza", a termini della quale "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate".

2.2.2. Sulla scorta di tale parere, e rilevato che dall'istruttoria espletata era emerso che diverse banche avevano ormai adottato lo schema predisposto dall'ABI, e che dai dati raccolti era altresi' risultato che la maggior parte delle clausole esaminate fosse stata ritenuta dalle banche applicabile

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERV

anche ai contratti stipulati da soggetti privati, in qualita' di fideiussori, la Banca d'Italia ha emesso il menzionato provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005.

2.2.2.1. Nel provvedimento l'Autorita' Garante ha anzitutto osservato che "le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 1, laddove recita: "Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonche' le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari"".

2.2.2.2. L'Autorita' ha, quindi, rilevato che le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti.

"Relativamente a quest'ultimo profilo, la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI".

2.2.2.3. Il provvedimento ha posto, infine, l'accento sul fatto che - mentre altre clausole contenute nello schema esaminato non comportano un ingiustificato aggravio della posizione del fideiussore, in quanto funzionali a garantire l'accesso al credito bancario - "per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'articolo 1957 c.c. e per le c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalita' altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidita' o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa".

2.2.2.4. Il provvedimento ha disposto, in conclusione: "a) gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a); b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza".

2.3. A seguito di tali fatti, si e' - pertanto - posta nel presente giudizio la questione, rimessa al vaglio di queste Sezioni Unite, degli effetti che, sulle fideiussioni stipulate a valle tra (OMISSIS) e (OMISSIS), abbia prodotto l'illecito antitrust rilevato, a monte, dal provvedimento della Banca d'Italia, ovvero se, nel caso di fideiussioni rilasciate dal cliente della banca, nelle quali siano state inserite le predette clausole, la cui natura anticoncorrenziale e' stata accertata dall'Autorita' competente, al garante spetti una tutela "reale", ossia a carattere "demolitorio", oppure una tutela esclusivamente risarcitoria.

2.4. Ebbene, occorre muovere, in proposito, dal rilievo che, se in forza dell'articolo 41 Cost., comma 1, "l'iniziativa economica privata e' libera", tuttavia la stessa norma si preoccupa di precisare, al comma 2, che l'iniziativa economica "non puo' svolgersi in contrasto con l'utilita' sociale", mentre

- Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

al comma 3 soggiunge che "la legge determina i controlli opportuni perche' l'attivita' economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". In forza della previsione costituzionale, pertanto, la "concorrenza" tra imprese si connota come una situazione di mercato che postula una grande liberta' di accesso all'attivita' economica da parte degli imprenditori, ma altresi' una altrettanto ampia possibilita' di libera scelta per gli acquirenti e, in generale, la possibilita' per ciascuno di cogliere le migliori opportunita' disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunita', senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli predeterminati da coalizioni d'imprese.

Di qui l'introduzione, in pressoche' tutti i Paesi occidentali, della disciplina antitrust, che regola i rapporti tra imprenditori e consente un corretto svolgimento dei rapporti concorrenziali.

2.4.1. Al bilanciamento tra le giustapposte esigenze di garanzia della libera esplicazione della iniziativa economica privata e della tutela dei consumatori - quali soggetti del mercato al pari degli imprenditori - ha provveduto, quindi, in Italia, la Legge Antitrust n. 287 del 1990, il cui articolo 2 considera - come si e' visto - vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare - in qualsiasi forma e in maniera sostanziale - il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

2.4.2. Nello stesso senso, l'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originario articolo 81 del Trattato CE e, ancor prima, articolo 85 del Trattato di Roma) - in applicazione dell'articolo 3, secondo cui "L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori": (...) b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; (...)" - dispone: "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: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; (...).

2. "Gli accordi o decisioni, vietati in virtu' del presente articolo, sono nulli di pieno diritto".

2.5. Tale essendo il quadro normativo - interno ed Europeo - di riferimento, va, tuttavia, osservato che il formante giurisprudenziale in materia e' quanto mai variegato ed articolato, e non offre soluzioni univoche.

2.5.1. Una prima decisione sul tema ha, nondimeno, effettuato talune importanti precisazioni, sulle quali dovra' ritornarsi in prosieguo. Si e', per vero, affermato che la L. n. 287 del 1990, articolo 2 (cosiddetta legge "antitrust"), allorche' dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volonta' tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluto". Il legislatore - infatti con la suddetta disposizione normativa ha inteso, in

6qhxz1h6c9

λ. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

realta' ed in senso piu' ampio, proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attivita' economiche.

Tale distorsione ben puo' essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali". Si rendono - cosi' - rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purche' con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonche' anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici (n.d.r. come nel caso oggetto del presente giudizio) meramente "unilaterali". (Cass., 01/02/1999, n. 827).

2.5.2. Una successiva decisione in materia ha affrontato lo specifico tema delle tutele azionabili dal privato, cliente della banca, che abbia stipulato un contratto di fideiussione che riproduca, in tutto o in parte il contenuto di un'intesa conclusa in violazione della succitata normativa antitrust, escludendo in radice la legittimazione del consumatore a proporre una qualsiasi forma di azione.

Nella decisione in parola la Corte ha, infatti, affermato che, in tema di normativa per la tutela della concorrenza e del mercato apprestata dalla L. n. 287 del 1990, ed alla luce di quella che e' la caratterizzazione tecnica degli istituti in essa delineati, lo strumento risarcitorio - connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della liberta' della concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli articoli 2 e 3, contemplato dall'articolo 33 ed in quella sede rimesso, per la sua cognizione (nel testo applicabile ratione temporis), alla competenza esclusiva della Corte di Appello in un unico grado di giudizio di merito - non e' aperto - in quanto tale - alla legittimazione attiva dei singoli c.d. "consumatori finali" (Cass., 09/12/2002, n. 17475).

2.5.3. Un'altra pronuncia, invece, quasi coeva alla precedente, pur estendendo la legittimazione a far valere la nullita' dell'intesa anche ai privati, non imprenditori, che abbiano stipulato contratti a valle, ha, tuttavia, ristretto la tutela alla proponibilita' della sola azione risarcitoria, escludendo in radice la tutela reale. Al riguardo, si e' statuito, infatti, che dalla declaratoria di nullita' di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorita' Antitrust ai sensi della L. n. 287 del 1990, articolo 2, non discende automaticamente la nullita' di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validita' e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti (Cass., 11/06/2003, n. 9384).

2.5.4. La svolta decisiva e' segnata in materia - in termini di maggiore tutela dei privati - da una sentenza di queste Sezioni Unite, secondo la quale la Legge Antitrust n. 287 del 1990, detta norme - segnatamente l'articolo 2 - a tutela della liberta' di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia un 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. Al riguardo va tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della liberta' di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A.
RIPRODUZIONE RISERVATA

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.

Ne discende che, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex articolo 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, ancorche' non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullita' dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, articolo 33, azione la cui cognizione e' rimessa da quest'ultima norma - nel testo vigente al tempo della pronuncia alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello.

2.5.4.1. Va rilevato, al riguardo, che la Corte - pur non affrontandola in maniera specifica - ha, tuttavia, operato un importante riferimento, in motivazione, alla problematica concernente il contratto stipulato a valle dell'intesa vietata. Ed invero, la decisione in esame ha affermato che "il consumatore, che e' 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 cio' quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si puo' attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacche' il suo collegamento funzionale con la volonta' anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile". In altri termini stante il "collegamento funzionale" con la volonta' anti-competitiva a monte - ai contratti a valle non puo' attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima, la nullita' non puo' che inficiare anche l'atto consequenziale.

2.5.4.2. Nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, dopo l'irrogazione da parte dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato a numerose compagnie di assicurazione di una sanzione per la partecipazione a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore finale aveva convenuto in giudizio, dinanzi al giudice di pace, la propria compagnia di assicurazioni, chiedendo il rimborso di una parte - il 20% - del premio corrisposto per una polizza di RC-auto, assumendo che l'ammontare del premio era stato abusivamente influenzato dalla partecipazione dell'impresa assicuratrice all'intesa vietata (Cass. Sez. U., 04/02/2005, n. 2207).

2.6. Una problematica particolare - non affrontata dalle Sezioni Unite, atteso che la fattispecie che le investiva era relativa ad un contratto stipulato da un'assicurazione che aveva partecipato all'intesa vietata - concerne, peraltro, il caso - oggetto, invece, del presente giudizio - in cui, sebbene l'impresa (assicurativa o bancaria), che ha stipulato un contratto a valle con il consumatore, non abbia partecipato all'intesa a monte, dichiarata nulla dall'autorita' di vigilanza, tuttavia detto contratto recepisce, in tutto o in parte, il contenuto dell'intesa vietata. Al problema la piu' recente giurisprudenza di legittimita' - successiva all'arresto nomofilattico delle Sezioni Unite - non ha dato risposte uniformi ed univoche, come bene evidenziato dall'ordinanza di rimessione, sebbene l'indirizzo prevalente e' senz'altro orientato - ormai - ad ammettere la "tutela reale", a fianco di quella risarcitoria.

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE
SERVATA

2.7. Particolare importanza riveste nel presente giudizio giacche' attiene alla medesima vicenda che ne costituisce oggetto, benche' concernente il rapporto di fideiussione intercorso tra il (OMISSIS) ed una banca diversa da (OMISSIS) - una decisione con la quale la Corte ha richiamato, e fatto proprio, il menzionato precedente di cui a Cass. n. 827/1999, laddove ha affermato che la distorsione della concorrenza ben puo' essere posta in essere anche mediante comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali".

2.7.1. In tal modo - osserva in motivazione la Corte - diventa, difatti, rilevante "qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purche' con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonche' anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali". Da cio' consegue che, allorche' l'articolo in questione stabilisce la nullita' delle "intese", non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la piu' complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza". E' evidente, pertanto, che - in tal modo - la pronuncia in esame si pone nell'ottica della nullita' complessiva e totale, sia della intesa a monte (peraltro dichiarata dall'Autorita' Garante), sia della successiva fideiussione a valle.

2.7.2. La sentenza afferma, infine, che l'accertamento di condotte anticoncorrenziali ai sensi della L. n. 287 del 1990, articolo 2, si applica a tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceita' da parte dell'autorita' indipendente preposta alla regolazione di quel mercato (Cass., 12/12/2017, n. 29810).

2.8. Nella medesima prospettiva, della nullita' totale della fideiussione a valle, si pone anche una successiva pronuncia che, affrontando la questione relativa alla competenza della sezione specializzata per le imprese, ha affermato che tale competenza "attrae anche la controversia riguardante la nullita' della fideiussione riproduttiva dello schema contrattuale predisposto dall'ABI, contenente disposizioni contrastanti con la L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a), in quanto l'azione diretta a dichiarare l'invalidita' del contratto a valle implica l'accertamento della nullita' dell'intesa vietata" (Cass., 10/03/2021, n. 6523).

2.9. Secondo un'impostazione parzialmente diversa, invece, le fideiussioni riproduttive di clausole frutto di intesa anticoncorrenziale, sanzionata dalla Banca d'Italia, sarebbero nulle, ma non integralmente, bensi' limitatamente a siffatte clausole. Si tratta della tesi, menzionata anche dall'ordinanza di rimessione, della nullita' parziale del contratto di fideiussione a valle dell'intesa vietata, richiesta nel primo grado presente giudizio - in via subordinata, alla domanda di nullita' totale - dall'odierno resistente.

2.9.1. Sempre con riferimento ad una fattispecie nella quale nel contratto di fideiussione stipulato tra la banca ed il cliente erano presenti le clausole nn. 2, 6 e 8 sopra riportate, riproducenti il contenuto delle clausole ABI dichiarate illegittime dall'Autorita' Garante, la Corte ha osservato che, "avendo l'Autorita' amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceita' ad alcune specifiche clausole trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (...), cio' non

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RIS

esclude, ne e' incompatibile, con il fatto che in concreto la nullita' del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli articoli 1418 c.c. e segg., e che possa trovare applicazione l'articolo 1419 c.c., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullita' parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite" (Cass., 26/09/2019, n. 24044).

2.9.2. In senso conforme, del pari con riferimento alla fattispecie dell'inserimento nel contratto di fideiussione a valle di clausole dichiarate nulle dall'autorita' di vigilanza, in quanto frutto di intese anticoncorrenziali, la Corte ha rilevato che "i ricorrenti danno implicitamente per scontato che la (pretesa) nullita' di quelle specifiche clausole comporterebbe la nullita' integrale del contratto di fideiussione, ma non e' affatto cosi', in quanto, ai sensi dell'articolo 1419 c.c., la nullita' integrale del contratto in conseguenza della nullita' di singole clausole si determina solo se risulta che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto in mancanza di quelle clausole; il che non e' ne' specificamente dedotto ne' dimostrato e, anzi, e' da escludere, sul piano logico, trattandosi di clausole a favore della banca" (Cass., 13/02/2020, n. 3556).

2.10. Tale essendo il variegato quadro giurisprudenziale di riferimento, va osservato che la questione della sorte del contratto a valle non trova una soluzione uniforme neanche in dottrina.

2.10.1. Una prima tesi, invero, e' nel senso che la nullita' delle intese anticoncorrenziali, ai sensi della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a) e comma 3, comporta che le fideiussioni, riproducenti le clausole nn. 2, 6 e 8 del suddetto schema predisposto dall'ABI, sono da considerarsi integralmente nulle per "nullita' derivata" e conseguente al rapporto strumentale esistente tra la garanzia a valle e l'intesa a monte. In tal senso si rileva che il collegamento funzionale in parola si tradurrebbe in un vero e proprio "collegamento negoziale" tra l'intesa a monte e la fideiussione a valle, che comporterebbe l'esigenza di una considerazione unitaria della fattispecie e l'applicazione del principio simul stabunt simul cadent. I due accordi sarebbero, in altri termini, parte di una pratica "complessivamente illecita", sicche' la nullita' prevista per l'intesa si trasmetterebbe tout court anche ai contratti che a questa danno attuazione.

2.10.1.1. Altri autori - sempre nell'ambito dello stesso indirizzo hanno ritenuto, invece, che la nullita' della fideiussione a valle deriverebbe dalla illiceita' della causa della stessa fideiussione, ai sensi dell'articolo 1418 c.c., comma 2, giacche' tale negozio realizzerebbe una funzione illecita, siccome contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali.

2.10.1.2. Secondo una terza impostazione, invece, il contratto a valle - nella misura in cui assorbe nella sua interezza, o anche all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione a monte, sarebbe integralmente nullo in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa e' finalizzata, con conseguente nullita' del negozio fideiussorio, ai sensi dell'articolo 1418 c.c., comma 2 e articolo 1346 c.c.. L'oggetto illecito che da' corso all'intesa, in altri termini, tale rimarrebbe "lungo l'intera catena negoziale", determinando la nullita' radicale della contrattazione a valle.

16c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

2.10.1.3. Altri autori ancora - sempre nell'ambito della tesi della nullita' assoluta - ritengono che la nullita' in questione sarebbe non testuale, ma virtuale, derivando dalla violazione diretta delle norme imperative anticoncorrenziali. Si afferma, al riguardo, che le previsioni degli articoli 1941, 1939 e 1957 c.c., sarebbero singolarmente derogabili, nondimeno la loro deroga cumulativa - in quanto si tradurrebbe in un effetto distorsivo della competizione di mercato - verrebbe a collidere con la norma imperativa di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a), dando luogo all'integrale nullita' del contratto.

2.10.2. Altra dottrina ritiene, per contro, che nel caso in esame si versi in un'ipotesi di nullita' parziale, ossia delle singole clausole contenute nei contratti bancari a valle dell'intesa vietata, in quanto trasposizione delle clausole dichiarate nulle dall'Autorita' Garante. Una "nullita' derivata" che conseguirebbe, dunque, a siffatta trasposizione, nella contrattazione standardizzata, di quelle clausole (nn. 2, 6 e 8) illecite contenute nel modello ABI.

2.10.2.1. Si osserva, al riguardo, che le deroghe all'archetipo codicistico sarebbero state lecite, se le condizioni contrattuali censurate non fossero state reiteratamente proposte dalle banche, destinandole ad una pluralita' di singoli operatori. In tal modo, la vista connotazione del mercato come mercato libero, non solo per chi svolge l'attivita' imprenditoriale, ma anche per i consumatori, verrebbe ad essere alterata significativamente. E' intuitivo, infatti, che proprio la costante reiterazione della deroga al modello codicistico, con l'inserimento di clausole pregiudizievoli per il fideiussore, determina un abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili, erodendo la libera scelta del clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato.

2.10.2.2. Si aggiunge, poi, che - nel sistema del codice civile la "conservazione" del negozio giuridico costituisce la regola, sicche' la deroga a tale principio non puo' che essere relegata a quelle ipotesi sporadiche, nelle quali - secondo un giudizio di "volonta' ipotetica" - risulti che le parti con avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle.

2.10.3. Un terzo filone interpretativo, infine, ritiene che l'unico rimedio esperibile dal garante - coinvolto, suo malgrado, nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale - sia esclusivamente quello risarcitorio. Si osserva, al riguardo, che cio' che emergerebbe, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, sarebbe la mancanza di una vera liberta' di determinazione e scelta da parte del contraente-cliente della banca, il quale - a fronte della predisposizione di un modello contrattuale che non gli consente possibilita' alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI - non avrebbe altra scelta, essendo la fideiussione perfettamente valida, che quella di proporre l'azione per il risarcimento dei danni.

Il modello di tutela sarebbe, pertanto, quello del dolo incidente ex articolo 1440 c.c., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato, nel quale la relazione contrattuale di garanzia matura, e che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare.

6qhxz1r

S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

2.11. Tutto cio' premesso - pur nella consapevolezza dell'estrema problematicita' della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore - deve ritenersi che, tra le tre diverse soluzioni individuate da dottrina e giurisprudenza, quella che perviene a risultati piu' in linea con le finalita' e gli obiettivi della normativa antitrust sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un'ipotesi di "nullita' parziale".

2.12. Al riguardo, va anzitutto osservato che non puo' reputarsi 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 articolo 1322 c.c., sicche' "l'avere 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 validita'". Ne' sembra in linea con la ratio della normativa antitrust, oltre che con la lettera della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a), 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 (nullita' dell'intesa) forme di nullita' derivata atte a travolgere (in parte o per intero) i contratti a valle".

2.12.1. E' del tutto evidente, infatti, che - se le parti ben possono determinare il "contenuto del contratto", ai sensi dell'articolo 1322 c.c., comma 1 - esse sono, tuttavia, pur sempre tenute a farlo "nei limiti imposti dalla legge", da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale (Cass. Sez. U., 24/09/2018, n. 22437). Ebbene - come dianzi detto - l'articolo 41 Cost., prevede espressamente che l'iniziativa economica privata non debba svolgersi "in contrasto con l'utilita' sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla liberta' alla dignita' umana", e che essa debba essere comunque sottoposta a "programmi e controlli opportuni" che la indirizzino e la coordino a "fini sociali".

In tal senso si pone, del resto, la stessa norma antitrust succitata, la cui ratio e' diretta a realizzare un bilanciamento tra liberta' di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori. Lo evidenzia, con estrema chiarezza, la sentenza di queste Sezioni Unite n. 2207/2005, nella parte in cui precisa che la legge antitrust "detta norme a tutela della liberta' di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato", in particolare i consumatori, tenuto conto che il "contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti". In tale prospettiva - come si e' detto - la pronuncia legittima il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria.

2.12.2. Se tale e' la ratio della predetta normativa, il tenore letterale della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 3, poi, e' a sua volta inequivoco nello stabilire che "le intese vietate sono nulle ad ogni effetto". E' del tutto evidente, infatti, che siffatta previsione - ed in particolare la locuzione "ad ogni effetto", riproduttiva, nella specifica materia, del principio generale secondo cui quod nullum est nullum producit effectum - legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidita' anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata, come - sia pure incidentalmente affermano le stesse Sezioni Unite nella pronuncia summenzionata.

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore
RE RIPRODUZIONE RISERVATA

A fronte di tale inequivoca previsione di legge, pertanto, il riferimento del Procuratore Generale a "tutele reali atipiche" non puo', pertanto, ritenersi convincente. Non a caso, la totalita' delle sentenze piu' recenti di questa Corte si e' espressa - prendendo come riferimento proprio siffatto dato testuale - nel senso della nullita' del contratto di fideiussione a valle, differenziandosi tali pronunce soltanto sulle conseguenze di detta nullita', ovverosia se essa debba essere totale o parziale.

2.12.3. Ma - in verita' - nel senso della invalidita' di tale contratto si e' posta, oltre alla giurisprudenza piu' recente, anche parte di quella meno recente, trovandosi affermato che la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di nullita' e di risarcimento del danno prevista dalla L. n. 287 del 1990, articolo 33, spetta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo e, quindi, anche al consumatore finale che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione tra gli imprenditori del settore, ancorche' egli non sia partecipe del rapporto di concorrenza con gli autori della collusione. E cio' tanto ove sia spiegata un'azione risarcitoria, quanto se sia promossa un'azione restitutoria ex articolo 2033 c.c., poiche' il soggetto che chiede la restituzione di cio' che ritiene di aver pagato per effetto di un'intesa nulla allega pur sempre quest'ultima, nonche' l'impossibilita' giuridica che essa produca effetti successivi (Cass., 13/07/2005, n. 14716; Cass., 21/01/2010, n. 993). Se ne deve inferire che, anche per le decisioni citate, la nullita' dell'intesa a monte si riverbera sul contratto stipulato a valle, che ne costituisce un consequenziale effetto, tanto da legittimare anche un'azione di ripetizione di indebito fondata sulla nullita' del contratto medesimo.

2.12.4. Sotto tutti i profili suesposti, pertanto, l'assunto secondo cui la sola tutela risarcitoria sarebbe ammissibile nella fattispecie oggetto di esame, con esclusione della "tutela reale", non puo' essere condiviso.

2.13. Va rilevato, invero, che la tesi secondo cui al consumatore sarebbe consentita la sola azione risarcitoria non convince, sia perche' contraria a pressoche' tutti i precedenti di questa Corte successivi alle Sezioni Unite n. 2207/2005, sia - e soprattutto - per ragioni inerenti alle specifiche finalita' della normativa antitrust. Tuttavia, tale affermazione si riferisce - e' bene ribadirlo - alla tesi piu' radicale, che esclude del tutto la tutela reale, ammettendo in via esclusiva quella risarcitoria, non potendo revocarsi in dubbio che come, nella specie, ha correttamente ritenuto la Corte d'appello tale forma di tutela e' certamente ammissibile - come ha affermato la giurisprudenza unanime sul punto - ma non in via esclusiva, sebbene in uno all'azione di nullita'.

2.13.1. Deve - per vero - osservarsi, al riguardo, che l'interesse protetto dalla normativa antitrust e' principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneita' 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

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24O

= RISERVATA

negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno.

2.13.2. Per converso, e' evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullita' del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensi' in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust.

2.14. Ne' a diversa conclusione induce l'esame del diritto Eurounitario. Va osservato, infatti, che la decisione della Commissione CE n. 93/50 del 23 novembre 1992, al par. 33, ha previsto - con riferimento ad un'impresa comune ritenuta restrittiva della concorrenza - che "lo scioglimento del contratto di impresa comune garantira' l'autonomia commerciale delle parti. Tuttavia, i contratti con i clienti stipulati da (OMISSIS) nel quadro degli accordi di impresa comune continuano ad essere validi senza alcuna modificazione". La stessa decisione subito precisa, pero', che "cio' non significa che i contratti con i clienti rientrano anch'essi nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, unicamente a causa dei loro collegamenti con gli accordi orizzontali restrittivi. Tuttavia, gli effetti restrittivi che questi contratti perpetuano potranno essere eliminati solo quando i clienti avranno acquisito il diritto di revisione. Di conseguenza, essi dovranno avere la facolta' di restare legati ai contratti conclusi con (OMISSIS), di recedere da tali contratti o di rinegoziarne i termini". Dal che si evince, del tutto chiaramente, che la nullita' dell'intesa a monte (nella specie nella forma di un'impresa comune) non produce automaticamente la nullita' dei contratti a valle, per violazione dell'articolo 81 del Trattato, in quanto collegati all'accordo restrittivo della concorrenza. Ma cio' non implica che da tali contratti il consumatore non possa comunque sciogliersi, secondo le modalita' previste dagli ordinamenti nazionali.

2.14.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia e' - a sua volta - inequivoca nel senso che la portata e le conseguenze della nullita' delle intese, per violazione dell'articolo 101 (ex articolo 81 Trattato CE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, non dipendono direttamente dal diritto unionale, ma devono essere individuate dai giudici nazionali in base al diritto di ciascuno Stato membro. Si e', invero, statuito che - fermo restando il diritto al risarcimento del danno - la sorte dei contratti a valle di intese antitrust - che non vengono automaticamente travolti, in forza del diritto Europeo, dalla nullita' dell'intesa a monte - e' riservata ai diritti nazionali (Corte Giustizia, 14/12/1983, C- 319/82, Societe' de Vente de Cimentes; Trib., 21/01/1999, T- 190/96, Christophe Palma).

Se ne deve inferire che - fermo restando l'essenzialita', sul piano del diritto comunitario, del diritto del consumatore di far valere la nullita' dell'intesa a monte e di chiedere il risarcimento dei danni subiti, come minimo comune denominatore in materia di tutela - la maggiore tutela del medesimo consumatore, in guisa da garantire la piena attuazione del diritto comunitario, e' affidata ai giudice dello Stato di appartenenza.

2.14.2. In maniera ancora piu' puntuale, altre decisioni - dopo avere stabilito il diritto al risarcimento del danno derivante alla propria sfera giuridica da un'intesa anticoncorrenziale - ha stabilito che "l'articolo 85 del Trattato di Roma costituisce, ai sensi dell'articolo 3, lettera g), del

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE

Trattato CE (...), una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunita' e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno (...) Del resto, l'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente, all'articolo 85, n. 2, che gli accordi e le decisioni vietati in virtu' di tale articolo sono nulli di pieno diritto". Contestualmente si afferma che "tale nullita', che puo' essere fatta valere da chiunque, s'impone al giudice quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 85, n. 1, e l'accordo di cui trattasi non puo' giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'articolo 85, n. 3, del Trattato (...). Posto che la nullita' di cui all'articolo 85, n. 2, e' assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione e' privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non puo' essere opposto ai terzi".

Ed inoltre, si afferma, "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalita' procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purche' dette modalita' non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (cd principio di equivalenza) ne' rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (cd. principio di effettivita')" (cfr. Corte Giustizia, 10/07/1997, C-261/95, Palmisani; Corte Giustizia, 20/09/2001, C453/99, Courage Ltd v. Crehan; Corte Giustizia, 13/07/2006, da C-295/04 a C- 298/04, Manfredi; Corte Giustizia, 14/06/2011, C360/09, Pfeiderer v. Bundemskartellant; Corte Giustizia 06/06/2013, C-536/11Donau Chemie, con riferimento al diritto di accesso agli atti ai fini della tutela piena del consumatore leso dalla violazione dell'articolo 101 del Trattato UE).

2.14.3. Le succitate decisioni confermano, in tal modo, che fermo restando il principio cardine del diritto al risarcimento del danno subito per effetto della condotta anticoncorrenziale - la sede naturale per la regolamentazione della sorte dei contratti a valle e' quella dell'ordinamento interno degli Stati membri, non essendovi nessuna lettura obbligata dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento della UE, che consenta di far rientrare automaticamente - nella nozione di intesa vietata la contrattazione a valle. E tuttavia, le medesime decisioni hanno cura di precisare punto fondamentale, ai fini della problematica oggetto di giudizio che la nullita' di tale intesa e' assoluta e che, pertanto, la stessa non puo' essere opposta ai terzi, tra essi ricomprese, quindi, le parti estranee all'intesa - della contrattazione a valle della stessa.

2.14.4. Infine, la Direttiva Enforcement n. 104/2014/UE stabilisce che "a norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinche' tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni degli articoli 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale" (articolo 4). Ed inoltre, la stessa Direttiva prevede che "gli Stati membri provvedono affinche', in conformita' delle norme stabilite nel presente capo, il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito,

xz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione" (articolo 12).

Se ne deve inferire che, sul piano del diritto unionale, il diritto al risarcimento del danno derivante dalla contrattazione a valle dell'intesa vietata a monte, costituisce il comune denominatore - per l'intero spazio Europeo - e la forma di tutela di base da assicurare ai consumatori, ferma restando la competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la piu' completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario.

2.15. Una volta esclusa la idoneita' della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalita' perseguite dalla normativa antitrust, deve ritenersi che la forma di tutela piu' adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullita' parziale, limitata - appunto - a tali clausole. Ne' va tralasciato il rilevo che la nullita' parziale e' idonea a salvaguardare il menzionato principio generale di "conservazione" del negozio.

2.15.1. Va osservato - al riguardo - che la regola dell'articolo 1419 c.c., comma 1 - ignota al codice del 1865, come pure al code civil, provenendo dall'esperienza tedesca - insieme agli analoghi principi rinvenibili negli articoli 1420 e 1424 c.c., enuncia il concetto di nullita' parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la "conservazione", in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorche' difformi dallo schema legale. Da cio' si fa derivare il carattere eccezionale dell'estensione della nullita' che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto, con la conseguenza che e' a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullita' parziale all'intero contratto.

2.15.2. La giurisprudenza ha osservato - in proposito - che la nullita' della singola clausola contrattuale - o di alcune soltanto delle clausole del negozio - comporta la nullita' dell'intero contratto ovvero all'opposto, per il principio "utile per inutile non vitiatur", la conservazione dello stesso in dipendenza della scindibilita' del contenuto negoziale, il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volonta' delle parti in relazione all'eventualita' del mancato inserimento di tale clausola, e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto dalle stesse perseguito (Cass., 10/11/2014, n. 23950). La nullita' di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidita' non ha un'esistenza autonoma, ne' persegue un risultato distinto, ma e' in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullita' (Cass., 05/02/2016, n. 2314).

Agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'articolo 1419 c.c., vige, infatti, la regola secondo cui la nullita' parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale, se permane l'utilita' del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto

6qh
Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

accertato dal giudice. Per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullita' parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata (Cass. 21/05/2007, n. 11673).

2.15.3. E tuttavia, tale ultima evenienza e' di ben difficile riscontro nel caso in esame. Ed invero, avuto riguardo alla posizione

del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto di rendere la disciplina piu' gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicche' la

loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione. D'altro canto, pero', il fideiussore (nel caso di specie socio della societa' debitrice principale) - salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario - avrebbe in ogni caso prestato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. Osserva - al riguardo - il provvedimento n. 55/2005 che il fideiussore e' normalmente cointeressato, in qualita' di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia.

Al contempo, e' del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti.

2.15.4. La nullita' dell'intesa a monte determina, dunque, la "nullita' derivata" del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole.

2.16. Occorre muovere - in tale prospettiva - dal rilievo che la disciplina dettata dalla L. n. 287 del 1990, articolo 2, lettera a), ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla liberta' della concorrenza sancito - come si e' detto - dall'articolo 41 Cost., nonche', in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e - attualmente - dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (articoli 3 e 101). Ai sensi di tale normativa antitrust, qualsiasi fattispecie distorsiva della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, anche - come nel caso di specie mediante una combinazione di atti di natura diversa, costituisce comportamento rilevante ai fini del riscontro della violazione della normativa in parola. In altri termini, il legislatore sia comunitario che nazionale - quest'ultimo adeguatosi al primo, in forza del disposto dell'articolo 117 Cost., comma 1 - ha inteso impedire un "risultato economico", ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere.

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 invalidita' che colpisce i primi. Il legislatore nazionale

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24
24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

ed Europeo - infatti - intendendo sanzionare con la nullita' un "risultato economico", ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza, ha dato rilievo - anche a comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali".

In tale prospettiva, si rende percio' rilevante qualsiasi forma di condotta di mercato, anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale, ed anche laddove il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali". Da cio' consegue - come ha rilevato da tempo la giurisprudenza di questa Corte - che, allorche' la L. n. 287 del 1990, articolo 2, stabilisce la nullita" delle "intese", "non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la piu' complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza" (Cass., n. 827/1999).

Il che equivale a dire che anche la combinazione di piu' atti, sia pure di natura diversa, puo' dare luogo, in tutto o in parte, ad una violazione della normativa antitrust, qualora tra gli atti stessi sussista un "collegamento funzionale" - non certo un "collegamento negoziale", come opina parte della dottrina, attesa la vista possibilita' che l'"intesa" a monte possa essere posta in essere, come nella specie, anche mediante atti che non rivestono siffatta natura - tale da concretare un meccanismo di violazione della normativa nazionale ed Eurounitaria antitrust. In altri termini, detta violazione e' 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.

2.16.2. La funzionalita' in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) e' interamente o parzialmente riproduttivo dell'"intesa" a monte, dichiarata nulla dall'autorita' amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per se' stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - 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 e' certo la deroga isolata - nei singoli contratti tra una banca ed un cliente - all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come e' ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimita', 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'articolo 1322 c.c. - riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorita' di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullita' dell'atto a monte e' - per vero - veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto.

2.16.3. E cio' e' tanto piu' evidente quando - come nella specie le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in piu' contratti, cosi' determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialita' della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo
IONE RISERVATA

connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato.

2.16.4. Sotto tale profilo, e' del tutto palese che la previsione di cui alla L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 3, laddove stabilisce che "le intese vietate sono nulle ad ogni effetto", costituisce una chiara applicazione del diritto Eurounitario, il quale come statuito dalla citata giurisprudenza Europea - afferma che la nullita' (sancita, dapprima dall'articolo 85, n. 2 del Trattato di Roma, dipoi dall'articolo 81 del Trattato CE, infine dall'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) e' assoluta, e che l'accordo che ricada sotto questa disposizione e' privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e "non puo' essere opposto ai terzi". Si tratta, invero,

proprio di quella nullita' "ad ogni effetto" che sancisce la norma nazionale succitata, e che si riverbera sui contratti stipulati a valle dell'intesa vietata anche con soggetti terzi, estranei all'atto a monte, ma ai quali tale atto non e' comunque opponibile.

2.17. Si e', pertanto, evidentemente in presenza di una "nullita' speciale", posta - attraverso le previsioni di cui agli articoli 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della L. n. 287 del 1990, articolo 2, lettera a) - a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'"ordine pubblico economico"; dunque "nullita' ulteriore a quelle che il sistema gia' conosceva" (Cass., n. 827/1999).

In tal senso depone la considerazione che siffatta forma di nullita' ha una portata piu' ampia della nullita' codicistica (articolo 1418 c.c.) e delle altre nullita' conosciute dall'ordinamento - come la "nullita' di protezione" nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullita' nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) - in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un "nesso funzionale", non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime - come detto - e' da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'"ordine pubblico economico", a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed Europee antitrust.

2.17.1. Lo stretto collegamento tra normativa anticoncorrenziale ed ordine pubblico economico, anche nelle ipotesi in cui - come nell'ordinamento italiano - l'istituto in parola non trovi una specifica previsione di diritto positivo, e' - del resto - ben noto al diritto comunitario. Al riguardo, si e' - per vero - statuito che, nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione giurisdizionale (nella specie per nullita' di un lodo arbitrale), che sia fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene - a prescindere dalla normativa nazionale che non contempli l'istituto dell'ordine pubblico economico - che tale lodo sia contrario all'articolo 85 del Trattato (divenuto articolo 81 CE). Si afferma infatti, al riguardo, che, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunita' e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e, dall'altro, che il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo (poi trasfuso nell'attuale articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi su di

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZ

una qualsiasi impugnazione - anche se proposta in relazione alla validita' di un lodo arbitrale - e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte (Corte Giustizia, 01/06/1999, C- 126/97, Eco Swiss China Time Ltd).

2.17.2. D'altro canto, anche la giurisprudenza nazionale ha applicato - sia pure con riferimento a materie diverse da quella in esame - l'istituto dell'"ordine pubblico economico", astraendo da disposizioni imperative dettate a tutela della correttezza e della trasparenza del mercato, con particolare riferimento a fattispecie negoziali poste in essere da un'impresa in stato di conclamato dissesto, aggravato da operazioni dilatorie dirette esclusivamente a ritardare la dichiarazione di fallimento, con grave pregiudizio per altre imprese operanti nel mercato nello stesso settore o in settori contigui (cfr. Cass., 05/08/2020, n. 16706).

2.18. E tuttavia, nei casi - come quello oggetto del presente giudizio - in cui dello schema dichiarato nullo dalla Banca d'Italia, vengano riprodotte solo le tre clausole succitate, il menzionato "principio di conservazione" degli atti negoziali, costituente nell'ordinamento la "regola", impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello schema illecito a monte, poiche' adottato in violazione della normativa - nazionale ed Eurounitaria - antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volonta' delle parti', nel senso dell'essenzialita' - per l'assetto di interessi divisato - della parte del contratto colpita da nullita'.

2.18.1. Va, per contro, esclusa - per diversi ordini di ragioni - la nullita' totale del contratto a valle, con specifico riferimento alla fattispecie oggetto del presente giudizio. Ed invero, anche a prescindere dalle critiche mosse a siffatta impostazione - sotto i diversi profili della inconfigurabilita' di un collegamento negoziale tra intesa e fideiussione, della non ravvisabilita' di un vizio della causa o dell'oggetto, ecc.) -, e' proprio la finalita' perseguita dalla normativa antitrust di cui alla L. n. 287 del 1990 e dall'articolo 101 del Trattato succitato ad escludere l'adeguatezza del rimedio in questione.

E' di tutta evidenza, infatti, che - stante la finalizzazione di tale normativa ad elidere attivita' e comportamenti restrittivi della libera concorrenza - i contratti a valle sono integralmente nulli - come rilevato da autorevole dottrina - esclusivamente quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle. Quest'ultimo e', invece, nullo solo in parte qua, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere - in concreto - una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui e' causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece - come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 pienamente valide.

2.18.2. 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'ABI, 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 - il tal guisa - il gioco della libera concorrenza. Ed

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

e' 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'ABI", e, di conseguenza, ha dichiarato la nullita' 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 invalidita', come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI.

2.18.3. La conclusione cui e' pervenuto, nel caso di specie, l'organo di vigilanza, e' - del resto - pienamente conforme a quanto la Corte di Giustizia ha da tempo affermato in materia. Fin da tempi non recenti, infatti, la Corte ha stabilito che la sanzione della nullita' 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 (Corte Giustizia, 30/06/1966, C- 56/65, LTM; Corte Giustizia, 01/09/2008, C-279/06, CEPSA).

Di conseguenza, alla nullita' parziale dell'accordo o della deliberazione a monte corrisponde - per le ragioni suesposte - la nullita' parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le previsioni colpite da tale forma di invalidita', e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullita' risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto "senza quella parte del suo contenuto che e' colpita da nullita'", secondo quanto prevede - in piena conformita' con le affermazioni della giurisprudenza Europea, riferite alla normativa comunitaria - il diritto nazionale (articolo 1419 c.c., comma 1). E sempre che di tale essenzialita' la parte interessata all'estensione della nullita' fornisca adeguata dimostrazione. Evenienza, questa, di ben difficile riscontro nel caso di specie, per le ragioni in precedenza esposte.

2.19. Orbene, nella fattispecie in esame, la Corte d'appello ha accertato - con valutazione di merito incensurabile in questa sede che le clausole contenute nelle fideiussioni in questione erano del tutto coincidenti con le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI, facendo applicazione del principio, piu' volte affermato da questa Corte, secondo cui la produzione del provvedimento dell'Autorita' Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione.

2.19.1. Si e', invero, affermato - al riguardo - che in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla L. n. 287 del 1990, articolo 2 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, adottato prima delle modifiche apportate dalla L. n. 262 del 2005, articolo 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorita' Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano eventualmente - in esso pronunciate. Il giudice del merito e', quindi, 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

e 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento, con cui e' stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario (Cass., 22/05/2019, n. 13846).

2.19.2. La Corte territoriale ha, quindi, correttamente dichiarato la "nullita', per violazione della L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 1, lettera a), degli articoli 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui e' causa", lasciando in vita tutte le altre clausole negoziali.

2.20. Dalla ritenuta nullita' parziale del contratto di fideiussione a valle dell'intesa vietata - nella specie diretta a falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, mediante un'attivita' consistente nel fissare direttamente talune "condizioni contrattuali" - discende una serie di conseguenze sul piano sostanziale e processuale.

2.20.1. Da siffatta opzione interpretativa deriva, anzitutto, che le fideiussioni per cui e' causa restano pienamente valide ed efficaci, sebbene depurate dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiche' anticoncorrenziali, in conformita' a quanto stabilito dall'articolo 1419 c.c., nonche' dalle affermazioni della giurisprudenza Europea succitate.

2.20.2. Ne discende, poi, la rilevabilita' d'ufficio di tale nullita' da parte del giudice, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di questa Corte, a presidio del principio processuale della domanda (articoli 99 e 112 c.p.c.). Si e' - per vero - stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullita' integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullita' solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo (Cass. Sez. U., 12/12/2014, nn. 26242 e 26243; Cass., 18/06/2018, n. 16501).

La fattispecie oggetto del presente giudizio e', peraltro, del tutto conforme a tali principi, avendo il (OMISSIS) proposto domanda subordinata di nullita' parziale delle fideiussioni per cui e' causa.

2.20.3. Alla qualificazione di nullita' parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilita' dell'azione di nullita' (Cass. 15/11/2010, n. 23057) e la proponibilita' della domanda di ripetizione dell'indebito ex articolo 2033 c.c., ricorrendone i relativi presupposti (Cass. 08/11/2005, n. 21647), nonche' dell'azione di risarcimento dei danni.

2.21. Da tutto quanto suesposto discende, dunque, con riferimento al caso concreto, la nullita' parziale delle fideiussioni stipulate dal (OMISSIS) con (OMISSIS), ossia limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8, come correttamente ritenuto dalla Corte d'appello, con conseguente rigetto del primo e secondo motivo di ricorso, restando assorbite le questioni - contenute nei motivi terzo e quarto - concernenti la natura delle fideiussioni a valle e la derogabilita' della norma di cui all'articolo 1957 c.c.. E' del tutto evidente, infatti, che la nullita' speciale delle clausole in questione discende dalla loro natura - in quanto attuative dell'intesa a monte vietata - di disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione.

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

3. Per tutte le ragioni esposte, il ricorso deve essere, pertanto, rigettato. Va affermato il seguente principio di diritto: "i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorita' Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, articolo 2, comma 2, lettera a) e articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'articolo 2, comma 3 della Legge succitata e dell'articolo 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 volonta' delle parti".

4. La novita' e controvertibilita' delle questioni giuridiche trattate inducono ad un'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

5. Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater, nel testo introdotto dalla L. n. 228 del 2012, articolo 1, comma 17, occorre dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per i ricorsi, a norma dello stesso articolo 13, comma 1-bis (cfr. Cass. SS.UU. n. 4315 del 2020).

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, rigetta il ricorso Dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del presente giudizio. Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater, da' atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma dello stesso articolo 13, comma 1 bis.

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gru
DUZIONE RISERVATA

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE VIETATA

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVA

| Sole 24Ore S.p.A. - Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

6qhxz1h6c9 - Il
- Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

6qhxz1h6c9 - Il Sole 24Ore S.p.A. -