

CONCORRENZA: Intese restrittive – Contratti a valle – Fideiussione bancaria conforme alle condizioni uniformi predisposte dall'ABI – Nullità – Rimessioni alle Sezioni Unite.

Cass. civ., Sez. I, 30 aprile 2021, n. 11486

- in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2021, pag. 1253 e ss., con commento di Giuseppe Maria Marsico, *Sulla nullità c.d. Antitrust di contratti fideiussori “a valle”*.

“[...] E’ evidente la necessità di una rimeditazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d'intese restrittive della concorrenza, volta a verificarne l'applicabilità alle fideiussioni bancarie prestate in conformità delle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, ed in particolare a stabilire a) se la coincidenza totale o parziale con le predette condizioni giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, b) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere, c) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione, e d) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto. Trattasi di questione di massima che riveste particolare importanza, in considerazione della frequente ricorrenza della fattispecie, che consente di attribuire al relativo esame uno spiccato rilievo nomofilattico, tale da giustificare la rimessione degli atti al Primo Presidente, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., affinché valuti la sussistenza dei presupposti per l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite [...]”.

Svolgimento del processo

1. B.G. convenne in giudizio l'Intesa Sanpaolo S.p.a., per sentir accertare, ai sensi della L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 33 la nullità dei contratti di fideiussione sottoscritti il 10 maggio 2004 ed il 13 giugno 2006 a garanzia di un rapporto di conto corrente e di un rapporto di mutuo intrattenuti dalla Albatel I.C.T. Solution S.p.a. con la Banca e la conseguente insussistenza di qualsiasi debito nei confronti di quest'ultima, con la condanna della stessa al risarcimento dei danni e la cancellazione del suo nominativo dalla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia.

Premesso che l'Intesa Sanpaolo, dopo aver comunicato all'Albatel la risoluzione dei contratti ed aver chiesto il pagamento degli scoperti, aveva ottenuto nei suoi confronti un decreto ingiuntivo, avverso il quale egli aveva proposto opposizione dinanzi al Tribunale di Torino, l'attore sostenne

che gli artt. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione, che prevedevano la rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e la sopravvivenza della fideiussione alla inefficacia dei pagamenti o all'invalidità dell'obbligazione principale, erano stati predisposti dalla Banca in violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 in quanto conformi ad uno schema contrattuale concordato dall'Associazione Bancaria Italiana con alcune organizzazioni di tutela dei consumatori, come accertato dalla Banca d'Italia con provvedimento del 2 maggio 2005.

Si costituì l'Italfondario S.p.a., in qualità di procuratrice della convenuta, e resistette alla domanda, chiedendone il rigetto.

1.1. Con sentenza dell'11 giugno 2016, la Corte d'appello di Roma ha accolto parzialmente la domanda, dichiarando la nullità degli artt. 2, 6 ed 8 dei contratti di fideiussione, rigettando la domanda di risarcimento del danno patrimoniale, condannando la convenuta al pagamento della somma di Euro 5.000,00, oltre interessi, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, ed ordinando la cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale dei Rischi.

Premesso che la Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2005, aveva accertato che gli artt. 2, 6 ed 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per le fideiussioni rilasciate a garanzia di operazioni bancarie contrastavano con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a), in caso di applicazione uniforme, la Corte ha richiamato i principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema d'invalidità derivata delle clausole dei contratti di assicurazione predisposte in violazione dei principi di concorrenza, affermando che l'accertamento contenuto nel predetto provvedimento costituiva prova privilegiata dell'illiceità delle predette clausole, esattamente riprodotte nei contratti di fideiussione sottoscritti dall'attore. Ha rilevato che la Banca non aveva svolto argomentazioni in contrario, non avendo dedotto nè dimostrato che le fideiussioni fossero state il frutto di una contrattazione individualizzata, ed ha ritenuto sussistenti la legittimazione e l'interesse ad agire, indipendentemente dalla circostanza che il B. fosse socio dell'Albatel, in virtù della qualità di consumatore dello stesso, acquirente finale del prodotto offerto al mercato, e della circostanza che proprio la deroga all'art. 1957 c.c. aveva consentito alla Banca di escutere la garanzia fideiussoria, ad oltre un anno di distanza dalla dichiarazione di fallimento della società.

Ciò posto, la Corte ha affermato che l'identità delle clausole contenute nei contratti rispetto a quelle predisposte dall'ABI ne comportava l'invalidità derivata, per violazione dei principi inderogabili della libera concorrenza e del mercato, ormai divenuti parte integrante dell'ordine pubblico italiano; ha escluso che l'invalidità si estendesse agli interi contratti, non essendo stato dedotto che senza le clausole nulle gli stessi non sarebbero stati stipulati, reputando irrilevante la circostanza che la fideiussione si traducesse in un costo sostenuto dal debitore per accedere al credito e che il debitore

fosse socio dell'Albatel. Ha ritenuto infine non pertinente il richiamo all'indirizzo giurisprudenziale che afferma la legittimità della rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., non essendo le fideiussioni qualificabili come contratti autonomi di garanzia, ma configurandosi come fideiussioni omnibus, e non essendo in contestazione la facoltà dei contraenti di stipulare contratti atipici, ma solo la standardizzazione delle condizioni generali di contratto.

La Corte ha escluso peraltro la sussistenza del danno patrimoniale, rilevando che l'attore non aveva allegato un pregiudizio diverso da quello eventualmente derivante dall'esecutorietà del decreto ingiuntivo, destinato ad essere neutralizzato dalla dichiarazione d'invalidità dei contratti di fideiussione. Ha ritenuto invece sussistente il danno all'immagine, in conseguenza dell'illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi, che comportava la lesione di un diritto della personalità riconducibile all'art. 2 Cost.; ha escluso la possibilità di ravvisare un danno in re ipsa, ritenendo tuttavia che la prova della violazione consentisse di ritenere dimostrato anche il danno non patrimoniale, quale conseguenza normale della stessa, e liquidandolo in via equitativa nella misura di Euro 5.000,00 all'attualità, in considerazione della gravità della lesione e del contesto temporale in cui si era protratta l'illegittima segnalazione.

3. Avverso la predetta sentenza l'Italfondiarario ha proposto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi, illustrati anche con memoria. Il B. ha resistito con controricorso, anch'esso illustrato con memoria.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1936 c.c. e ss. e art. 2697 c.c. e della L. n. 287 del 1990, artt. 2, 13 e 15 censurando la sentenza impugnata per aver ritenuto che le clausole dei contratti di fideiussione costituissero il frutto di un'intesa anticoncorrenziale, senza tener conto del carattere unilaterale delle dichiarazioni di garanzia, ascrivibili esclusivamente alla volontà del fideiussore, e senza considerare che l'Intesa Sanpaolo non era destinataria del provvedimento sanzionatorio adottato dalla Banca d'Italia, il quale aveva ad oggetto uno schema contrattuale concordato dall'ABI con alcune associazioni di tutela dei consumatori, e non avente efficacia vincolante nei confronti delle aziende di credito.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 e degli artt. 1936 c.c. e ss. e art. 1418 c.c., sostenendo che la nullità prevista dall'art. 2 cit. colpisce esclusivamente l'intesa anticoncorrenziale e non si estende ai singoli contratti stipulati a valle, i quali restano validi ed efficaci, essendo riconosciuta al consumatore la sola tutela risarcitoria.

3. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1936 c.c. e ss. e dell'art. 100 c.p.c., nonché l'omesso esame un fatto controverso e decisivo per il giudizio, osservando che, nel riconoscere l'interesse ad agire del fideiussore, la sentenza impugnata non ha tenuto conto della natura autonoma delle garanzie, emergente dal tenore letterale dei contratti, i quali prevedevano il pagamento immediato, a semplice richiesta scritta, indipendentemente da eventuali eccezioni del debitore. Premesso che al contratto autonomo di garanzia non si applica l'art. 1957 c.c., afferma che la dichiarazione di nullità della clausola di rinuncia ai termini previsti da tale disposizione non poteva assumere alcun rilievo, neppure in relazione al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo pendente dinanzi al Tribunale di Torino.

4. Con il quarto motivo, la ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., rilevando che, nel riconoscere la sussistenza dell'interesse ad agire, la sentenza impugnata non ha considerato che nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo l'attore si era limitato a far valere la nullità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c., senza nulla eccepire in ordine alla validità delle altre clausole impuginate. Aggiunge che l'infondatezza della predetta eccezione avrebbe dovuto comportare anche il rigetto della pretesa risarcitoria, in riferimento sia al danno all'immagine che alle difficoltà di accesso al credito derivanti dalla segnalazione alla Centrale dei Rischi.

5. I primi due motivi di ricorso sollevano, sotto profili diversi, una questione, quella della sorte dei contratti stipulati in conformità di intese anti-concorrenziali, che ha già costituito più volte oggetto di esame da parte di questa Corte, anche a Sezioni Unite, con esiti interpretativi tutt'altro che univoci e comunque ormai non più adeguati rispetto alla frequenza con cui il fenomeno tende a riproporsi ed alla multiforme tipologia dallo stesso assunta negli anni più recenti.

Com'è noto, le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza, riguardante l'individuazione del giudice competente in ordine all'azione di restituzione del maggior importo versato a titolo di premio per una polizza di assicurazione r.c.a. stipulata in conformità delle condizioni stabilite dal cartello delle compagnie assicuratrici, affermarono la spettanza della controversia alla corte d'appello, ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 33 riconoscendo anche al consumatore la legittimazione a proporre le azioni previste dal comma 2 di tale disposizione, nonostante la sua estraneità all'intesa anticoncorrenziale, ed ammettendo il concorso tra la tutela risarcitoria e l'azione di nullità, ritenuta proponibile non solo nei confronti dell'intesa, ma anche nei confronti dei contratti c.d. a valle (cfr. Cass., Sez. Un., 4/02/2005, n. 2207). A sostegno di tali conclusioni, fu posta in risalto la diversità di ambito e di funzione tra la tutela codicistica dalla concorrenza sleale e quella apprestata dalla legge antitrust, affermandosi che

la stessa "non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere". Fu rilevato che il contratto a valle "costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti", in quanto "in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua", dal momento che "il prodotto offerto al mercato, del quale si allega (...) l'omologazione agli altri consimili prodotti offerti nello stesso mercato, è tale da eludere la possibilità di scelta da parte del consumatore"; si aggiunse che "la previsione del risarcimento del danno sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla "cospirazione anticompetitiva" e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi all'intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire", concludendosi, con riguardo alla competenza, che "a qualificare la domanda (...) nel caso che ne occupa è la richiesta di accertamento di un'intesa e quindi di dichiararla nulla, presupposto della domanda di eliminarne gli effetti anche attraverso l'eliminazione del sovrapprezzo".

Il riconoscimento in favore del consumatore della legittimazione all'esercizio sia dell'azione risarcitoria che di quella di nullità, puntualmente ribadito da pronunce successive delle Sezioni semplici, anch'esse peraltro riguardanti la questione di competenza (cfr. Cass., Sez. I, 27/10/2005, n. 20919; Cass., Sez. III, 19/05/2006, n. 11759), comportava il superamento dell'impostazione emergente da una precedente sentenza, secondo cui, avuto riguardo alle caratteristiche strutturali ed alle finalità ispiratrici della L. n. 287 del 1990, avente come prospettiva privilegiata quella dell'impresa operante sul mercato e volta ad assicurare le condizioni per il pieno e libero dispiegarsi della concorrenza, la tutela prevista dall'art. 33, comma 2, doveva ritenersi preclusa al consumatore finale, il cui ruolo era destinato ad esaurirsi nella sollecitazione dell'esercizio dei poteri riconosciuti agli organi individuati dalla medesima legge (segnatamente, all'Autorità Garante), ferma restando l'ammissibilità dell'azione risarcitoria, da esercitarsi secondo le regole generali e dinanzi al giudice competente in via ordinaria, in relazione ad eventuali ricadute dannose di quelle intese, a condizione che il rapporto tra l'impresa ed il consumatore si connotasse in termini di anti-giuridicità, per l'avvenuta violazione di uno specifico diritto soggettivo (cfr. Cass., Sez. 9/12/2002, n. 17475). Risultava altresì superato il principio, enunciato da un'altra precedente sentenza, secondo cui, avendo la legge attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato l'accertamento dei comportamenti finalizzati ad alterare la libertà di concorrenza, con provvedimenti sottoposti al controllo giurisdizionale esclusivo del giudice amministrativo, la tutela civilistica autonoma e concorrente prevista dalla L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, doveva essere riferita

esclusivamente alle intese anticoncorrenziali, e non anche i contratti a valle, i quali mantenevano la loro validità, anche a fronte della dichiarazione di nullità dell'intesa, e potevano quindi dar luogo soltanto ad azione di risarcimento del danno da parte degli utenti (cfr. Cass., Sez. III, 11/06/2003, n. 9384).

5.1. Nel solco tracciato dalle Sezioni Unite si sono poi incanalate ulteriori pronunce (alcune delle quali richiamate nella specie dalla sentenza impugnata) che, decidendo in ordine ad azioni anch'esse promosse da consumatori finali per la restituzione del maggior premio di assicurazione pagato per polizze r.c.a., hanno confermato la riconducibilità dell'azione risarcitoria alla L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 2, precisando che essa mira alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla Costituzione e dalla legislazione nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale (interesse che può essere direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte dalle imprese), nonchè alla riparazione del danno ingiusto, consistente nello aver pagato un premio di polizza superiore a quello che l'assicurato stesso avrebbe pagato in condizioni di libero mercato (cfr. Cass., Sez. III, 2/02/ 2007, n. 2705; 10/03/2008, n. 6297). E' stata altresì confermata la concorrenza dell'azione risarcitoria con quella di nullità, chiarendosi, in conformità di uno spunto già presente nella pronuncia delle Sezioni Unite, che la legittimazione del consumatore sussiste anche nel caso in cui sia stata proposta un'azione restitutoria ai sensi dell'art. 2033 c.c., poichè il soggetto che chiede la restituzione di ciò che ritiene aver pagato per effetto di un'intesa nulla allega pur sempre quest'ultima, nonchè l'impossibilità giuridica che essa produca effetti (cfr. Cass., Sez. Un., 14/06/2007, n. 13896; Cass., Sez. I, 6/07/2005, n. 14238; 13/07/2005, n. 14716; Cass., Sez. III, 21/01/ 2010, n. 993).

5.2. Il concentrarsi del dibattito giurisprudenziale sulla questione di competenza, unitamente all'attenuazione della distinzione tra l'azione risarcitoria e quella restitutoria, ricollegabile all'osservazione secondo cui "una parte che chiede dichiararsi la nullità di un'intesa allega un fatto illecito nella cui struttura vi è l'elemento psicologico del dolo o della colpa" (cfr. Cass., Sez. Un., 4/02/2005, n. 2207, cit.), ha prodotto come inevitabile conseguenza una minore attenzione verso l'azione di nullità, il cui fondamento, come rilevato dalla dottrina, è rimasto alquanto incerto, oscillando apparentemente tra la contrarietà dell'atto a norme imperative, e segnatamente alla L. n. 287 del 1990, art. 2 e l'illiceità della causa. Nel contempo, l'attività svolta dalle Autorità preposte alla tutela della concorrenza e del mercato ha condotto all'emersione di altri tipi di intesa, riguardanti settori diversi dell'economia, ed in particolare quello bancario, nell'ambito del quale la Banca d'Italia, con provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55 (allegato a sostegno della domanda proposta nel presente giudizio), ha dichiarato contrarie all'art. 2, comma 2, lett. a) predetta legge, se

applicate in modo uniforme, le clausole dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie che prevedevano la rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 c.c. e la sopravvivenza della garanzia all'inefficacia dei pagamenti o all'invalidità dell'obbligazione principale. E' così accaduto che, a fronte di azioni come quella in esame, proposte da soggetti che avevano prestato garanzia mediante contratti o dichiarazioni redatti in conformità dello schema predisposto dall'ABI, si è provveduto all'automatica applicazione dei principi enunciati in riferimento alla nullità dei contratti di assicurazione, senza approfondirne adeguatamente le ricadute, in relazione alle differenze riscontrabili tra le due fattispecie.

In proposito, si è richiamata per un verso l'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui "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, ancorchè non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287, art. 33", e per altro verso l'osservazione di una più risalente pronuncia (cfr. Cass., Sez. I, 1/02/1999, n. 827), riguardante l'ambito applicativo della disciplina antitrust, secondo cui detta legge, "allorchè 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 volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluto"", ma "in realtà ed in senso più ampio proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali""; si sono quindi considerate rilevanti "qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purchè con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonchè anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali"", concludendosi che, "allorchè l'articolo in questione 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" (cfr. Cass., Sez. I, 12/12/2017, n. 29810). L'aver impostato l'intera problematica riguardante l'invalidità dei contratti a valle in termini di diretta contrarietà dell'atto alla disciplina antitrust ha condotto inoltre alla svalutazione del collegamento tra la dichiarazione di nullità dello

stesso e l'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale da parte dell'Autorità Garante, ritenuto idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda proposta dal consumatore anche nel caso in cui sia intervenuto dopo la stipulazione del contratto (a condizione, beninteso, che quest'ultima risulti successiva all'intesa), e relegato comunque al rango di prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, che il giudice di merito è tenuto a valutare nel suo contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, al fine di accertare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, senza che possa attribuirsi rilievo decisivo alla prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo, con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario (cfr. Cass., Sez. I, 22/05/2019, n. 13846; sostanzialmente nel medesimo senso, in tema di assicurazione r.c.a., v. Cass., Sez. I, 28/05/2014, n. 11904; Cass., Sez. VI, 23/04/2014, n. 9116; Cass., Sez. III, 9/05/2012, n. 7039). L'indebolimento del rapporto tra i contratti a valle e l'intesa a monte ha condotto peraltro ad esiti contraddittori, avendo giustificato per un verso la riesumazione del principio, abbandonato a partire dalla richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, secondo cui "dalla declaratoria di nullità di un'intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dall'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", e per altro verso l'affermazione secondo cui, "avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (...), ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c. (...) laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite (cfr. Cass., Sez. I, 26/ 09/2019, n. 24044). Tutto ciò sulla base del mero accertamento della coincidenza tra le clausole dichiarate anticoncorrenziali dal provvedimento della Banca d'Italia e quelle contenute nel contratto a valle e dell'oggettiva constatazione dell'inidoneità della loro espunzione ad alterare l'assetto d'interessi emergente dallo stesso, prescindendosi da qualsiasi valutazione in ordine alla potenziale volontà delle parti di concludere ugualmente il contratto, senza quella parte del suo contenuto colpita dalla nullità.

5.3. Tali incertezze dell'elaborazione giurisprudenziale sono state puntualmente rilevate dalla dottrina, la quale, pur mostrando di condividere l'estensione al consumatore finale della

legittimazione ad avvalersi della tutela assicurata dalla disciplina antitrust, anche alla stregua delle indicazioni emergenti dagli artt. 3 e 101 e ss. TFUE, si è a sua volta divisa sull'individuazione dei relativi strumenti, essendosi insistito da parte di alcuni sull'inammissibilità dell'azione di nullità, anche in virtù del richiamo al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, art. 1, comma 1, il quale, nel dare attuazione alla direttiva 2014/104/UE, volta a disciplinare l'azione di risarcimento del danno per violazione delle disposizioni in materia di diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'UE, non ha fatto alcun cenno alla tutela reale del consumatore finale pregiudicato da un'intesa restrittiva. Tra coloro che hanno ritenuto invece ammissibile l'azione di nullità, sulla base della considerazione che la nullità delle intese restrittive della concorrenza si ridurrebbe a una sanzione meramente formale se si consentisse alle imprese di darvi ugualmente attuazione attraverso la stipulazione di validi contratti a valle, non vi è poi accordo in ordine all'individuazione del tipo di nullità, essendo state prospettate, oltre alle già menzionate nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, una nullità per illiceità dell'oggetto (limitata al vantaggio che l'impresa ha tratto dalla stipulazione del contratto a valle), una nullità derivata (riconducibile a quella dell'intesa a monte, in virtù del collegamento funzionale esistente con il contratto a valle) o una nullità di protezione (prevista a tutela del soggetto danneggiato dall'intesa, e quindi deducibile esclusivamente da quest'ultimo). Discussa è altresì la configurabilità di una nullità parziale, come quella ravvisata nel caso in esame dalla sentenza impugnata, e ciò in ragione della diversità delle parti del contratto a valle, rispetto a quelle dell'intesa a monte, e della conseguente difficoltà di stabilire se le prime avrebbero ugualmente prestato il proprio consenso, in mancanza delle clausole riproduttive del contenuto dell'intesa: indagine, questa, che nel caso della fideiussione bancaria potrebbe risultare peraltro superflua, ove si consideri che, nonostante l'espunzione delle predette clausole, la banca può avere interesse a conservare la garanzia, non essendo certo che il debitore sia in grado di offrirne altre in sostituzione.

L'insieme di tali interrogativi rende evidente la necessità di una rimediazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d'intese restrittive della concorrenza, volta a verificarne l'applicabilità alle fideiussioni bancarie prestate in conformità delle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, ed in particolare a stabilire a) se la coincidenza totale o parziale con le predette condizioni giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, b) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere, c) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione, e d) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto,

oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto. Trattasi di questione di massima che riveste particolare importanza, in considerazione della frequente ricorrenza della fattispecie, che consente di attribuire al relativo esame uno spiccato rilievo nomofilattico, tale da giustificare la rimessione degli atti al Primo Presidente, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., affinché valuti la sussistenza dei presupposti per l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite.

P.Q.M.

rimette gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite civili.

Conclusion

Così deciso in Roma, il 19 novembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 30 aprile 2021