



DR

Diritto del
Risparmio

**LA NULLITÀ DELLE FIDEIUSSIONI BANCARIE
(DA QUELLE OMNIBUS A QUELLE SPECIFICHE)
PER VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA
ANTITRUST E LA DISTRIBUZIONE
DELL'ONERE PROBATORIO TRA LE PARTI IN
CAUSA.**

di Gian Luca DE ANGELIS*

Approfondimenti
fascicolo 3/2024

* Avvocato cassazionista specializzato in diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria.

Rivista di Diritto del Risparmio

APPROFONDIMENTI

La nullità delle fideiussioni bancarie (da quelle omnibus a quelle specifiche) per violazione della normativa antitrust e la distribuzione dell'onere probatorio tra le parti in causa*

di Gian Luca DE ANGELIS**

*Contributo approvato dai *referee*.

**Avvocato cassazionista specializzato in diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria.

La nullità delle fideiussioni bancarie (da quelle omnibus a quelle specifiche) per violazione della normativa antitrust e la distribuzione dell'onere probatorio tra le parti in causa.

A cura di Gian Luca DE ANGELIS.

SOMMARIO: 1. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021. – 2. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario in ordine alla valenza quale 'prova privilegiata' del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 nei giudizi aventi ad oggetto fideiussioni *omnibus* sottoscritte antecedentemente o successivamente al periodo dell'indagine (ottobre 2002/maggio 2005) condotta dall'Autorità di Vigilanza al fine dell'adozione del predetto Provvedimento n. 55/2005 e il *revirement* giurisprudenziale in proposito da ultimo realizzato nel 2024 dalla Corte di Appello di Milano. – 3. L'estensibilità alle fideiussioni bancarie specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust.

1. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021.

L'art. 2 della legge n. 287/1990 (la c.d. legge antitrust) dispone quanto segue: “1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché 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 attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni

supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi”;“3. *Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”.*

Con il Provvedimento n. 55/2005, Banca d'Italia – che ha esercitato la funzione di tutela della concorrenza nel settore del credito dal 1990 fino al gennaio del 2006, quando la Legge a tutela del risparmio (Legge 262/2005) ha attribuito le relative competenze all'AGCM – ha statuito che tre clausole contenute nel modulo negoziale per fideiussioni *omnibus* predisposto dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) nel 2003 (ed adottato da pressoché tutti gli istituti bancari negli anni successivi) integravano una forma di intesa restrittiva della concorrenza ai sensi del citato art. 2 della legge n. 287/1990.

Si trattava delle clausole di sopravvivenza della fideiussione per l'ipotesi di annullamento o di dichiarazione di inefficacia del pagamento del debitore principale e per quella di eventuale restituzione del pagamento da parte del creditore per invalidità del rapporto principale, nonché della clausola di deroga al rispetto del termine decadenziale previsto dall'art. 1957 cod. civ., che impone al creditore garantito di coltivare in sede giudiziaria le proprie istanze nei confronti del debitore entro il termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, pena, in difetto, la perdita dei diritti verso il garante. Precisamente, queste le clausole dello schema ABI di fideiussione che il menzionato Provvedimento di Banca d'Italia ha qualificato come idonee a realizzare una intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990:

- l'art. 2 dello schema di fideiussione ABI (noto anche come “*clausola di reviviscenza*”), che prevedeva che il fideiussore era 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*”;

- l'art. 6 dello schema di fideiussione ABI, che prevedeva che “*i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art.1957 cod. civ., che si intende derogato*”;

- l'art. 8 dello schema di fideiussione ABI, che sanciva l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della

banca, disponendo che, *“qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate”*.

Con l’ordinanza n. 29810/17, la Sez. I della Cassazione, nel ritenere irrilevante il fatto che il Provvedimento della Banca d’Italia n. 55/2005 fosse posteriore alla stipula della fideiussione impugnata nel caso ivi sottoposto al giudizio della Suprema Corte, ha incidentalmente stabilito che *“se la violazione “a monte” è stata consumata anteriormente alla negoziazione “a valle”, l’illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso “a valle”, per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall’art. 2, della Legge antitrust)”*.

Dunque, mediante tale *obiter dictum*, la Cassazione, motivando circa l’irrelevanza dell’anteriorità dell’atto esecutivo (la fideiussione) dell’intesa censurata (realizzata mediante l’adesione generalizzata delle banche italiane al suindicato schema ABI del 2003 di fideiussione *omnibus*) rispetto alla decisione dell’Autorità di Vigilanza preposta al rispetto della normativa antitrust (il Provvedimento di Banca d’Italia n. 55/2005), ha sostanzialmente affermato la nullità del negozio posto in essere ‘a valle’ della stessa intesa censurata dall’Autorità di vigilanza per violazione dei precetti di cui all’art. 2 della legge n. 287/1990.

Tale, implicita statuizione della Cassazione del 2017 (ribadita dalla stessa Suprema Corte, tra le altre, nella sentenza del 22.5.2019, n. 13846) in ordine alla nullità delle fideiussioni *omnibus* riprodotte di almeno una delle tre sopra indicate clausole contenute nello schema predisposto dall’ABI nel 2003 e considerate da Banca d’Italia violative dei precetti (e dei divieti) di cui all’art. 2 della legge n. 287/1990, è stata definitivamente sancita dalla medesima Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite n. 41994/2021, che ha stabilito che *“I contratti di fideiussione “a valle” di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell’art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l’intesa vietata, perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza”*.

Più nel dettaglio, le Sezioni Unite della Cassazione sono addivenute alla sopra trascritta conclusione sulla base delle seguenti argomentazioni:

(i) la normativa di riferimento in materia di tutela della libera concorrenza è rinvenibile non soltanto nella disciplina legislativa nazionale (ossia nella legge n. 287/1990 e, in

particolare, nell'art. 2 di tale legge sopra riportato), ma anche (e prima ancora) nella normativa euro-unitaria, ossia nell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originariamente, art. 81 del Trattato CE e, ancor prima, art. 85 del Trattato di Roma), che – in applicazione dell'art. 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 virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto”*;

(ii) la normativa (nazionale e unionale) preordinata alla tutela della libertà di concorrenza è utilmente invocabile non soltanto dalle imprese, ma anche da parte degli altri soggetti del mercato, ossia, segnatamente, da parte della clientela, anche privata, degli istituti di credito (*“La svolta decisiva è segnata in materia - in termini di maggiore tutela dei privati - da una sentenza di queste Sezioni Unite [la n. 2207 del 4.2.2005 – ndr], secondo la quale la Legge Antitrust n. 287 del 1990, detta norme - segnatamente l'art. 2 - a tutela della libertà 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 libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Ne discende che, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma - nel testo vigente al tempo della pronuncia alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello”*);

(iii) la tutela riconosciuta dalla normativa antitrust è piena, dovendosi appunto attribuire al soggetto che si assume leso da una intesa restrittiva della libertà di concorrenza – anche laddove non sia parte della stessa intesa, ma soltanto del contratto concluso a valle dell'intesa a monte (“[...] il tenore letterale della L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 3, poi, è 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'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata, come - sia pure incidentalmente - affermano le stesse Sezioni Unite nella pronuncia summenzionata [sempre la sentenza delle Sezioni Unite n. 2207/2005 – ndr]”) – non soltanto la tutela risarcitoria, ma anche quella ‘demolitoria’, ovvero la legittimazione a chiedere ed ottenere la declaratoria di nullità tanto dell'intesa a monte quanto del contratto a valle (“Per converso, è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust”);

(iv) ciò posto – ossia affermata l'utilizzabilità ad opera del soggetto leso dall'intesa restrittiva della libertà di concorrenza di ogni forma di tutela predisposta dall'ordinamento, sia nazionale che euro-unitario –, si deve ritenere che la più completa e soddisfacente forma di tutela, fermo restando in capo al soggetto leso il diritto di chiedere ed ottenere il risarcimento dei danni patiti, è quella della nullità, che, nel caso di specie, in ossequio al principio della conservazione degli atti negoziali, va delineata come nullità parziale, ossia come nullità che conduce ad espungere dal negozio inficiato dall'intesa illecita soltanto le clausole riproduttive dello schema negoziale mediante il quale è stata realizzata la stessa intesa, lasciando in essere per il resto il medesimo negozio, se del caso integrato, nelle parti così caducate, dalla disciplina normativa generale in forza dell'applicazione del combinato disposto degli artt. 1419 e 1339 c.c. (“Una volta esclusa la idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, deve ritenersi che la forma di tutela più 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 nullità parziale, limitata - appunto - a tali clausole. Ne va tralasciato il

rilevo che la nullità parziale è idonea a salvaguardare il menzionato principio generale di "conservazione" del negozio");

(v) il Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005, che ha statuito in ordine alla nullità delle clausole nn. 2-6-8 dello schema ABI di fideiussione *omnibus* del 2003 per violazione della normativa a tutela della libertà di concorrenza costituisce, in sede processuale, una prova privilegiata della nullità parziale di una fideiussione bancaria laddove in essa siano riprodotte le menzionate clausole negoziali del predetto schema ABI (*"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, più volte affermato da questa Corte, secondo cui la produzione del Provvedimento dell'Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione"*);

(vi) da quanto sopra premesso, derivano altresì le seguenti, ulteriori conseguenze (*"Dalla ritenuta nullità 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'attività consistente nel fissare direttamente talune "condizioni contrattuali" - discende una serie di conseguenze sul piano sostanziale e processuale"*): a) *"Da siffatta opzione interpretativa deriva, anzitutto, che le fideiussioni per cui è causa restano pienamente valide ed efficaci, sebbene depurate dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiché anticoncorrenziali, in conformità a quanto stabilito dall'art. 1419 c.c., nonché dalle affermazioni della giurisprudenza Europea succitate"*; b) *"Ne discende, poi, la rilevanza d'ufficio di tale nullità da parte del giudice, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di questa Corte, a presidio del principio processuale della domanda (artt. 99 e 112 c.p.c.)"*; c) *"Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (Cass. 15/11/2010, n. 23057) e la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c., ricorrendone i relativi presupposti (Cass. 08/11/2005, n. 21647), nonché dell'azione di risarcimento dei danni"*.

Dunque, come anticipato, in forza della sentenza a Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021, si deve concludere che una fideiussione *omnibus*, che si uniformi allo schema predisposto dall'ABI nel 2003 con riferimento ad almeno una delle tre sopra riportate clausole (artt. 2, 6 e 8), va considerata e dichiarata parzialmente nulla e, quindi, improduttiva di effetti con riferimento alle clausole della medesima fideiussione conformi a quelle dello

schema ABI del 2003 censurate dalla Banca d'Italia con il suindicato Provvedimento del 2005.

2. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario in ordine alla valenza quale 'prova privilegiata' del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 nei giudizi aventi ad oggetto fideiussioni *omnibus* sottoscritte antecedentemente o successivamente al periodo dell'indagine (ottobre 2002/maggio 2005) condotta dall'Autorità di Vigilanza al fine dell'adozione del predetto Provvedimento n. 55/2005 e il *revirement* giurisprudenziale in proposito da ultimo realizzato nel 2024 dalla Corte di Appello di Milano.

In ragione delle sentenze della Cassazione sopra citate, la Giurisprudenza di merito ha statuito in maniera pressoché unanime che, in relazione alle fideiussioni bancarie *omnibus* riprodotte delle clausole dello schema ABI del 2003 considerate da Banca d'Italia con il Provvedimento n. 55/2005 limitative della libertà di concorrenza e, come tali e per l'effetto, dichiarate dalle Sezioni Unite della medesima Corte di Cassazione con la pronuncia n. 41994/2001 nulle ai sensi degli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, il menzionato Provvedimento costituisce "*prova privilegiata*" del fatto che nel caso oggetto di una specifica controversia sia stata posta in essere dall'istituto di credito una condotta anticoncorrenziale e, quindi, prova privilegiata della nullità parziale (con riferimento alle sole clausole censurate dall'Autorità di Vigilanza) della fideiussione bancaria oggetto di quello stesso, specifico giudizio: ciò, però, a condizione che tale fideiussione sia stata sottoscritta nel periodo che ha formato oggetto dell'indagine posta in essere da Banca d'Italia al fine dell'adozione del suindicato Provvedimento n. 55/2005, ovvero a condizione che tale fideiussione sia stata sottoscritta tra l'ottobre 2002 e il maggio 2005.

Al contrario, laddove la fideiussione bancaria *omnibus* oggetto di una determinata controversia sia stata rilasciata al di fuori del menzionato periodo di indagine (ovvero prima o, come più spesso si verifica nella prassi, dopo tale periodo), secondo la Giurisprudenza di merito maggioritaria il Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 perde la sua valenza di prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale e quindi della nullità parziale della medesima fideiussione in relazione alle clausole sanzionate dalla stessa Autorità di Vigilanza (ossia le clausole di cui agli artt. 2,6 e 8 dello schema ABI del 2003); in tali casi, infatti, affinché

possa essere accolta la domanda del fideiussore preordinata ad ottenere la declaratoria in sede giudiziaria di siffatta nullità parziale (sempre per violazione della normativa antitrust per effetto della ripetizione nella garanzia negoziale delle clausole sanzionate da Banca d'Italia), è invece necessario che l'attore soddisfi uno specifico onere probatorio su di esso incombente, ossia che dimostri non solo la coincidenza testuale tra le clausole contenute nella fideiussione oggetto di causa e quelle dello schema ABI del 2003 censurate dall'Autorità di Vigilanza, ma anche che, anche con riferimento specifico al periodo di sottoscrizione di tale fideiussione (non ricadente in quello compreso tra l'ottobre 2002 e il maggio 2005), sia stata posta in essere dagli istituti di credito italiani una nuova intesa anticoncorrenziale analoga a quella accertata e sanzionata da Banca d'Italia limitatamente al suindicato periodo ottobre 2002/maggio 2005.

Si vedano, in questo senso, tra le tante:

- Tribunale di Napoli, 17.10.2023: “[i]l fideiussore non può, inoltre, limitarsi ad affermare la pretesa nullità della fideiussione o di sue clausole per violazione dell’art.2 L. n. 287/1990 facendo leva sul Provvedimento n. 55/2005 della Banca d’Italia, che si riferisce al periodo all’intesa accertata per il periodo 2002 e 2005, ma è gravato dell’onere della prova circa l’esistenza di una nuova intesa anticoncorrenziale, evocando una pronuncia di public enforcement, costituente indefettibile presupposto della richiesta di nullità di una fideiussione stipulata successivamente al 2005”;
- Tribunale di Spoleto, 27.5.2023, n. 405: il Provvedimento n. 55/2005 di Banca d’Italia “non costituisce prova idonea dell’esistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza con riguardo alla fideiussione in parola, stipulata in un periodo rispetto al quale nessuna indagine risulta essere stata svolta dall’autorità di vigilanza, la cui istruttoria ha com’è noto coperto un arco temporale compreso tra il 2002 ed il maggio 2005”, in quanto detto Provvedimento può essere considerato prova privilegiata, ma “soltanto con riferimento alle fideiussioni prestate nel periodo di tempo oggetto di esame della Banca medesima, parte attrice è, pertanto, onerata dell’allegazione e della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d’illecito concorrenziale dedotto in giudizio, di cui all’art.2 della L. n. 287 del 1990”;
- Tribunale di Milano 20.3.2023: “[l]a fideiussione è stata stipulata in data 11.08.2010 ad oltre cinque anni dal Provvedimento della Banca d’Italia che accerta la sussistenza dell’intesa anticoncorrenziale. Tale Provvedimento non può costituire prova dell’intesa anticoncorrenziale, perché l’istruttoria compiuta dalla Banca d’Italia riguarda il periodo temporale compreso tra il 2002 ed il

2005. È onere del contraente allegare e dimostrare l'esistenza di un'intesa anteriore o coeva alla stipulazione della garanzia avente ad oggetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale bancario”;

- Tribunale di Roma, 28.4.2023, n. 6749: *“Trattasi, dunque, di fideiussioni risalenti a data anteriore non soltanto al Provvedimento n. 55/2005 emesso dalla Banca d'Italia il 2.5.2005, posto a fondamento della decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte nella citata sentenza come prova privilegiata e rispetto al quale la domanda di nullità proposta davanti al giudice ordinario si pone come azione follow-on, ma anche all'ambito temporale dell'istruttoria compiuta dalla Banca d'Italia in veste di autorità antitrust, al cui esito è stata accertata l'utilizzazione generalizzata e diffusa da parte delle banche dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI nel 2002 ed in parte modificato nel 2003, avendo la Banca d'Italia intrapreso l'istruttoria di cui agli artt. 2 e 14 della legge n. 287/1990 l'8.11.2002. Ciò posto, in mancanza di un accertamento in sede amministrativa dell'intesa illecita, gravava sulla parte attrice, come in tutte le cause stand-alone in materia di antitrust, fornire idonea allegazione e prova dell'intesa illecita ex art. 2 L. n. 287/1990 e gli attori non vi hanno adempiuto, non avendo fornito elementi utili ai fini della prova della sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale tra le banche”;*
- Tribunale di Milano, 18.1.2024: *“La fideiussione omnibus che sia stata stipulata successivamente al periodo di accertamento dell'Antitrust (Provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005) rientra nei giudizi cc.dd. stand alone, nei quali l'opponente, chiamato a dar prova dei fatti costitutivi della domanda, non può giovare – come nelle cc.dd. follow on actions – dell'accertamento dell'intesa illecita contenuta in un Provvedimento dell'autorità amministrativa competente a vigilare sulla conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato. Ciò perché un simile accertamento o manca del tutto o c'è, ma riguarda un periodo diverso da quello in cui si colloca la specifica vicenda negoziale che avrebbe leso la sfera giuridica dell'attore. Ne consegue che parte opponente è onerata dell'allegazione e dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali rientra quello della perdurante esistenza di un'intesa illecita all'epoca della sottoscrizione del contratto impugnato”.*

Dunque, come anticipato, secondo la Giurisprudenza di merito maggioritaria formatasi successivamente alla sentenza n. 41994/2021 delle Sezioni Unite della Cassazione, laddove la fideiussione *omnibus* oggetto della concreta controversia sia stata sottoscritta in un momento temporale diverso dal periodo dell'indagine condotta da Banca d'Italia al fine dell'emissione del Provvedimento n. 55/2005 (ottobre 2002/maggio 2005), detto

Provvedimento non costituisce prova privilegiata di una illecita intesa anticoncorrenziale delle banche italiane e ciò sebbene la fideiussione oggetto dello specifico giudizio riproduca testualmente le clausole dello schema ABI del 2003 sanzionate dal predetto Provvedimento n. 55/2005, occorrendo invece in tali casi che il garante, affinché possa ottenere una declaratoria di nullità parziale della fideiussione da egli sottoscritta con riferimento alle medesime clausole, dimostri che anche in tale, differente momento temporale i principali istituti di credito operanti nel territorio nazionale hanno posto in essere o, meglio, hanno perpetuato l'intesa anticoncorrenziale accertata dalla Banca d'Italia con riferimento al periodo ottobre 2002/maggio 2005: pena, in difetto dell'assolvimento di tale onere probatorio, il rigetto della domanda di nullità parziale della fideiussione.

In proposito, va puntualizzato che le medesime sentenze che negano al Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 il valore di prova privilegiata della nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* sottoscritte in un lasso temporale diverso da quello in cui l'Autorità di vigilanza ha condotto l'indagine in questione hanno però ammesso pressoché tutte che l'attore possa fornire la prova della perpetuazione dell'intesa anticoncorrenziale di che trattasi mediante altri strumenti processuali idonei a dimostrare, appunto, che anche al di fuori del suindicato lasso temporale (e, più precisamente, al momento della sottoscrizione della fideiussione oggetto della concreta controversia) sussisteva la detta intesa anticoncorrenziale, e tali strumenti probatori alternativi sono stati individuati in quasi tutte le pronunce o (i) nella produzione di un cospicuo numero di fideiussioni coeve o pressoché coeve a quella oggetto di controversia e anche esse, al pari di quella oggetto di controversia, recanti le clausole già censurate dal Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005, oppure (o, meglio, contestualmente) (ii) nella richiesta rivolta da parte attrice al giudice dell'adozione di un ordine di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c. preordinato, appunto, ad ordinare alla banca convenuta e alle principali banche italiane (per dimensioni e diffusione sul territorio nazionale) nonché all'ABI di depositare in giudizio gli schemi delle fideiussioni *omnibus* da esse utilizzati nell'anno in cui è stata sottoscritta quella oggetto della specifica controversia.

Il suindicato orientamento giurisprudenziale è stato, però, di recente messo in discussione dalla Corte di Appello di Milano, che, in un consistente numero di sentenze (le nn. 524, 1315,1441, 1439 e 2227 del 2024) ha completamente ribaltato la distribuzione dell'onere probatorio nei giudizi aventi ad oggetto fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del

2003, ma sottoscritte in una data non ricadente nel lasso temporale in cui è stata condotta l'indagine di Banca d'Italia al fine dell'adozione del Provvedimento n. 55/2005.

Invero, tanto si legge nella sentenza della Corte di Appello n. 1439/2024 (nonché, in maniera quasi testualmente identica, nelle citate sentenze della medesima Corte nn. 524, 1315,1441e 2227 del 2024): *“La censura è priva di fondamento. Difatti, a parere della Corte, pur a non voler riconoscere efficacia probatoria strictu sensu ‘privilegiata’ al Provvedimento dell’Autorità con riguardo alle fideiussioni contenenti le clausole sanzionate, ma sottoscritte in un periodo successivo all’arco temporale oggetto dell’istruttoria condotta dall’Autorità, il Provvedimento de quo, alla luce dell’autorevole e condivisibile interpretazione offertane dalla Suprema Corte, con la più volte citata sentenza n. 41994/2021 - in parziale modifica di quanto osservato dal giudice di primo grado - consente comunque di ravvisare la persistenza di un <<meccanismo di violazione della normativa nazionale ed eurounitaria antitrust>> abitualmente utilizzato dagli istituti di credito, meccanismo che rinviene la sua fonte in atti diversi (id est: il contratto a valle e l’intesa a monte, dichiarata nulla dall’Autorità di vigilanza), funzionalmente collegati ai fini dell’attuazione dell’illecito. In altri termini, la riproduzione in un contratto di fideiussione successivo al 2005 delle clausole dichiarate nulle dal Provvedimento n. 55/2005 comporta una valida presunzione della persistenza, tra l’atto a monte e il contratto a valle, di un nesso funzionale alla produzione dell’effetto anticoncorrenziale. Trattasi, ad avviso della Corte, di una presunzione iuris tantum, suscettibile di prova contraria, ma da parte della banca, sulla quale, anche per il principio di vicinanza della prova, incombe l’onere di dimostrare che al tempo in cui la fideiussione è stata rilasciata e nonostante l’identico contenuto delle clausole, più non persistesse l’intesa anticoncorrenziale tra gli istituti di credito oggetto delle censure dell’Autorità di Vigilanza. Nel caso di specie gli appellanti hanno assolto al proprio onere probatorio, producendo il contratto di fideiussione del 22.11.2012 (cfr. doc. n. 5 parte appellante) e allegando la corrispondenza delle clausole contrattuali a quelle sanzionate dalla e tanto bastava, ad opinione della Corte, a ritenere provato il perdurare dell’esistenza dell’intesa restrittiva della concorrenza. Di contro, a fronte di ciò e dell’effettiva riproduzione nel testo negoziale di tutte e tre le clausole del modello ABI dichiarate nulle (...), l’appellata non ha offerto nel presente giudizio una prova in grado di superare la presunzione di permanenza dell’intesa illecita nel momento in cui la fideiussione è stata rilasciata (novembre 2012)”*.

Dunque, secondo la Corte di Appello di Milano, in caso di fideiussione *omnibus* conforme al modello ABI 2003 non sottoscritta nel periodo dell’indagine condotta da Banca d’Italia al fine dell’adozione del Provvedimento n. 55/2005, pur non potendosi considerare quest’ultimo anche in tale evenienza come una prova privilegiata dell’esistenza di una intesa anticoncorrenziale e, quindi, della nullità parziale della fideiussione, la predetta conformità

del negozio di garanzia al menzionato schema ABI genera comunque una presunzione relativa in ordine alla sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale anche al momento della sottoscrizione della fideiussione oggetto di controversia (sebbene avvenuta in un data non ricadente nel periodo ottobre 2002/maggio 2005), presunzione relativa che, in quanto tale, è sì suscettiva di essere contraddetta da una prova contraria, ma tale prova, anche in ragione del principio della 'vicinanza della prova', deve essere fornita dall'istituto bancario garantito dalla fideiussione.

Si assiste, quindi, in siffatte pronunce – per tale ragione, di evidente rilievo – ad una sorta di ribaltamento dell'onere probatorio gravante sulle parti: non spetta più, infatti, al fideiussore dimostrare la ricorrenza di una intesa anticoncorrenziale in caso di fideiussione cronologicamente non riconducibile nell'alveo temporale dell'indagine condotta da Banca d'Italia al fine dell'adozione del Provvedimento n. 55/2005 (ottobre 2002/maggio 2005), ma spetta invece alla banca garantita, a fronte della doglianza di nullità parziale della garanzia svolta dal fideiussore in ragione della conformità del contratto di garanzia oggetto di causa con lo schema ABI del 2003, vincere la presunzione relativa in ordine alla persistenza di una intesa anticoncorrenziale tra le banche anche al di fuori del menzionato periodo temporale.

Tra i due orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, si ritiene che quello maggiormente suscettivo di apprezzamento sia quello della Corte di Appello di Milano del 2024 e ciò soprattutto in un'ottica di 'giustizia sostanziale', cui, anche in forza dei precetti eurounitari, deve sempre tendere il giudizio: mentre, infatti, è assai arduo per una parte privata che abbia sottoscritto una fideiussione conforme a quella dello schema ABI del 2003 in un momento temporale diverso da quello in cui è stata condotta l'indagine di Banca d'Italia al fine dell'adozione del Provvedimento n. 55/2005 dimostrare che anche al di fuori del detto lasso temporale le banche italiane hanno perpetuato la condotta anticoncorrenziale sanzionata dall'Autorità di Vigilanza (sia perché non è facile reperire un cospicuo numero di modelli di fideiussioni di differenti banche conformi al menzionato schema ABI relativi al medesimo anno di sottoscrizione della fideiussione oggetto del giudizio concreto, sia perché spesso i tribunali italiani sono assai e immotivatamente restii ad accogliere l'istanza di ordine di esibizione di cui sopra), al contrario appare molto più agevole per un istituto di credito, anche in ragione della molteplicità delle fonti documentali cui esso può facilmente accedere, fornire la prova idonea a superare la presunzione relativa delineata dalla Corte di Appello di Milano in ordine alla sussistenza di una intesa anticoncorrenziale laddove si sia al cospetto di una

fideiussione *omnibus* che contenga le clausole sanzionate da Banca d'Italia nel Provvedimento n. 55/2005, ma che sia stata sottoscritta al di fuori del periodo temporale dell'indagine condotta al fine dell'adozione di siffatto Provvedimento.

3. L'estensibilità alle fideiussioni bancarie specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust.

Un altro profilo di importanza fondamentale, nell'analisi oggetto del presente scritto, è quello relativo alla estensibilità alle fideiussioni bancarie specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust.

La giurisprudenza maggioritaria ha in proposito affermato che le fideiussioni specifiche, sebbene perfettamente e testualmente conformi allo schema ABI del 2003, non sarebbero parzialmente nulle con riferimento alle clausole censurate da Banca d'Italia nel Provvedimento n. 55/2005 e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 41994/2021, in ragione del fatto che il menzionato Provvedimento e la citata sentenza avrebbero ad oggetto esclusivamente le c.d. fideiussioni *omnibus* e non anche le fideiussioni specifiche, ossia quelle fideiussioni che, sebbene anche esse in tutto e per tutto conformi al predetto schema, non sono preordinate a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni contratte dal soggetto finanziato con un istituto di credito, bensì soltanto quelle scaturenti da uno o più rapporti di finanziamento bancario specificamente individuati nelle medesime fideiussioni.

Sul punto, la Corte di Cassazione, Sez. I, nella sentenza n. 21841 del 2.8.2024 (confermata, tra le altre, anche dall'ordinanza n. 19401/2024 e dalla sentenza n. 10689/2024, sia pure con una motivazione molto più sbrigativa), premesso che *“è un punto innegabilmente fermo da cui deve partire il ragionamento che il giudizio di sfavore esternato nell'occasione da Banca d'Italia abbia riguardato una tipologia di contratto [le fideiussioni *omnibus* – ndr], che condivide con quello su cui si appuntano le riserve dei ricorrenti [le fideiussioni specifiche – ndr] solo l'appartenenza ad una comune matrice genetica”*, ha abbracciato la tesi della inestensibilità alle fideiussioni specifiche dei principi elaborati dalla Cassazione in ordine alla nullità parziale delle fideiussioni bancarie *omnibus* per violazione della normativa antitrust sulla base di un duplice ordine di ragioni:

- “La prima si ritrae dal medesimo Provvedimento di Banca d'Italia ed, ovviamente, non riposa sulla considerazione che esso concerne pacificamente il tipo della fideiussione omnibus. Piuttosto è decisivo in questa chiave, scorrendo il testo del deliberato, sottolineare non solo - come bene annota il Procuratore Generale nelle proprie requisitorie - che in più passaggi Banca d'Italia si dà cura di tratteggiare le significative difformità che in punto di ricadute ed utilità economica dello strumento, ricorrono tra i due tipi di fideiussione, "evidenziando la maggiore efficienza economica della "specifica" rispetto alla omnibus ed i minori rischi anticoncorrenziali", ma che come si legge al punto 78 del Provvedimento¹ - ove significativamente si avverte che "le valutazioni effettuate durante l'istruttoria non hanno avuto per oggetto la legittimità delle singole clausole..." - "il portato anticoncorrenziale" - sono ancora parole del Requirente - "non si rileva dalla simmetrica adozione delle singole clausole abusive, così come oggi affermato da parte ricorrente, bensì dal precipitato di tali clausole nello schema "omnibus", quindi coinvolgente per sua natura una serie indefinita di rapporti anche futuri; è sembrato quindi, in estrema sintesi, che l'adozione di tali clausole per una serie indefinita e futura di rapporti avesse effetti anticoncorrenziali nella misura in cui mirano ad addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa". Il che è del tutto coerente con gli assetti della materia stabiliti da tempo della giurisprudenza di questa Corte, dell'avviso infatti che le singole deroghe di cui al Provvedimento ABI in sé considerate non costituiscono clausole abusive o vessatorie (così, ad es., in relazione alla derogabilità dell'art. 1957, Cass., Sez. VI-I, 4/12/2017, n. 28943; Cass., Sez. VI-I, 24/09/2013, n. 21867; Cass., Sez. III, 18/04/2007, n. 9245)”;

- “La seconda ragione si lega alla richiamata giurisprudenza di questa Corte ed, in particolare, alla considerazione ancora sviluppata nel Provvedimento di Banca d'Italia al punto 78 in ragione della quale l'illiceità, per come argomentata dalle SS.UU. 41994/2021, delle clausole cui si è fatto cenno non concerne le clausole in sé, ma il fatto che essendo inserite in un modello contrattuale di uso corrente, esse possano ostacolare "la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche ad uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante". In buona sostanza ciò che giustifica l'espunzione delle clausole "incriminate" dal modello negoziale che disciplina in maniera uniforme la fideiussione omnibus è la loro anticoncorrenzialità derivante da un uso corrente legittimato dal

¹ Tanto si legge nel punto 78 del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005: “Le valutazioni effettuate durante l'istruttoria non hanno avuto per oggetto la legittimità di singole clausole né la possibilità o meno per le banche di utilizzare la contrattualistica. Ai fini della tutela della concorrenza occorre accertare che l'inserimento nello schema contrattuale uniforme predisposto dall'Associazione di categoria di talune clausole, contenenti per il fideiussore oneri diversi da quelli derivanti dalla disciplina ordinaria, non ostacoli la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche a uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante”.

ricorso delle banche ad uno standard negoziale deteriore per il prestatore della garanzia. L'instensibilità, perciò, del visto orientamento al tipo della fideiussione specifica dipende allora proprio dal fatto che il giudizio di sfavore pronunciato da Banca d'Italia si renda applicabile alle sole fideiussioni omnibus in quanto solo con riguardo ad esse è stata accertata la natura anticoncorrenziale delle clausole sanzionate”.

Nessuna di tali argomentazioni appare, però, persuasiva.

Nella prima delle due argomentazioni sopra riportate, la Cassazione afferma che l'instensibilità alle fideiussioni specifiche delle conclusioni raggiunte dalla medesima Corte con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003 “*non riposa sulla considerazione che*” il Provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia “*concerne pacificamente il tipo della fideiussione omnibus*” (il che significa che tale instensibilità non dipende, come invece si legge in molte pronunce di merito, dalla circostanza che nel detto Provvedimento Banca d'Italia si sia occupata soltanto di fideiussioni *omnibus* senza estendere la propria indagine alle fideiussioni specifiche), ma deriva invece dalla circostanza che le clausole sanzionate dello schema ABI del 2003, che di per loro, pur contenendo deroghe alla disciplina codicistica in favore delle banche e a detrimento dei fideiussori, non sono qualificabili come vessatorie o abusive, ove contenute in una fideiussione preordinata a garantire ogni tipologia di rapporto di finanziamento posto in essere da un soggetto con un istituto di credito (ivi compresi anche i rapporti futuri, ossia ancora non instaurati al momento della sottoscrizione della fideiussione) hanno una maggiore capacità anticoncorrenziale rispetto all'ipotesi in cui la fideiussione sia invece preordinata a garantire un solo e ben individuato rapporto di finanziamento (o più rapporti, ma comunque già in essere e specificamente individuati), in quanto il “*portato anticoncorrenziale*” non discende “*dalla simmetrica adozione delle singole clausole abusive [...], bensì dal precipitato di tali clausole nello schema "omnibus", quindi coinvolgente per sua natura una serie indefinita di rapporti anche futuri*”.

Tale argomentazione non appare, però, condivisibile, in quanto, se è evidentemente vero che è particolarmente accentuata la potenzialità anticoncorrenziale derivante dall'adozione generalizzata nel settore bancario (così come in qualsiasi altro settore) di un identico schema contrattuale di per sé strutturato al fine di disciplinare non soltanto i rapporti già in essere tra le parti, ma anche quelli che le stesse potrebbero in futuro instaurare, rispetto all'ipotesi in cui detto schema contrattuale sia idoneo a disciplinare esclusivamente i rapporti già incardinati tra i contraenti, è però parimenti vero che ciò non esclude a priori che anche in

tale seconda ipotesi, sebbene in teoria caratterizzata da una minore potenzialità anticoncorrenziale, l'adozione generalizzata di un identico schema contrattuale possa in concreto produrre significative ed illecite limitazioni alla libertà di concorrenza: pare, dunque, che la Cassazione utilizzi un mero argomento 'probabilistico' o, meglio, fondato sulla valutazione di una potenzialmente maggiore incidenza anticoncorrenziale di una ipotesi rispetto ad un'altra per giustificare la scelta della inestensibilità delle conclusioni raggiunte per le fideiussioni *omnibus* anche alle fideiussioni specifiche pur essendo consapevole – ed, anzi, ammettendo, almeno implicitamente – che i rischi anticoncorrenziali collegati alla prima tipologia di garanzia non siano a priori escludibili anche per la seconda; in sostanza, cioè, si utilizza la mera attitudine o potenzialità alla produzione di effetti illeciti di un determinato schema negoziale per pervenire ad una soluzione dogmatica, mentre una siffatta tipologia di soluzione dovrebbe invece imporre una giustificazione teorica fondata su principi consolidati e condivisi (se non addirittura positivizzati) e non già su mere valutazioni statistiche o prognostiche (elaborate, peraltro, in assenza di un qualsivoglia dato numerico di oggettiva affidabilità).

Nella seconda delle due argomentazioni sopra riportate, la Cassazione contraddice platealmente la prima, in quanto, se in quest'ultima il presupposto di partenza era rappresentato dall'affermazione secondo la quale l'inestensibilità alle fideiussioni specifiche delle conclusioni raggiunte dalla medesima Corte con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003 “*non riposa sulla considerazione che*” il Provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia “*concerne pacificamente il tipo della fideiussione omnibus*”, nella predetta, seconda argomentazione, ribadito ancora una volta che le clausole del menzionato schema ABI non sono illecite in sé, ma che lo divengono in quanto inserite in un modello negoziale di uso corrente suscettivo di ostacolare “*la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche ad uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante*”, così producendo effettivi limitativi della libertà di concorrenza nel settore bancario, la Suprema Corte chiude poi tale argomentazione con l'ulteriore affermazione secondo la quale “*L'inestensibilità, perciò, del visto orientamento al tipo della fideiussione specifica dipende allora proprio dal fatto che il giudizio di sfavore pronunciato da Banca d'Italia si renda applicabile alle sole fideiussioni omnibus in quanto solo con riguardo ad esse è stata accertata la natura anticoncorrenziale delle clausole sanzionate*”. E, cioè, a dire: prima la Cassazione afferma chiaramente che l'inestensibilità non discende dalla circostanza che il Provvedimento di Banca d'Italia n.

55/2005 ha avuto ad oggetto esclusivamente le fideiussioni *omnibus*, poi, però, poche righe oltre tale affermazione, asserisce l'esatto contrario, ossia che tale inestensibilità è motivata dal fatto che solo con riferimento alle fideiussioni *omnibus* è stata accertata dall'Autorità di Vigilanza la natura anticoncorrenziale delle clausole sanzionate. Sinceramente, non si comprende il senso di questa, seconda argomentazione e, soprattutto, non si riesce a trovare un modo per superare l'evidente contraddizione che ricorre tra il presupposto da cui muove la prima argomentazione e la conclusione cui approda la seconda (che, in parte, muove peraltro dal medesimo presupposto dell'altra).

A prescindere dalla persuasività della motivazione della citata sentenza della Cassazione n. 21841 del 2.8.2024, si ritiene, a sommosso avviso dello scrivente, che in ogni caso non abbia senso limitare la portata del Provvedimento di Banca d'Italia n. 55/2005 e della suindicata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione soltanto alle fideiussioni bancarie *omnibus*, senza estendere i principi ivi affermati anche alle fideiussioni specifiche: tra le une e le altre, infatti, laddove le seconde siano perfettamente conformi (come le prime) allo schema ABI del 2003 (almeno con riferimento alle clausole nn. 2,6 e 8), non vi è nessuna differenza, né strutturale né, tanto meno, funzionale.

L'unico elemento di differenziazione è infatti rappresentato dalla circostanza – del tutto marginale o, meglio, del tutto irrilevante nell'ambito dello schema negoziale fideiussorio – che, come anticipato, mentre le fideiussioni *omnibus* garantiscono tutte le obbligazioni bancarie contratte dal soggetto garantito o che questi dovesse in futuro contrarre, quelle specifiche garantiscono soltanto le obbligazioni scaturenti da uno o più rapporti di finanziamento già in essere e quindi già precisamente individuati. Di conseguenza, se, come accertato da Banca d'Italia, per le fideiussioni *omnibus* le banche, mediante la predisposizione e l'adozione generalizzata di un certo schema negoziale, hanno raggiunto una illecita intesa anticoncorrenziale, che, come stabilito dalla Cassazione, deve condurre a sanzionare con la nullità talune clausole di quello schema (quelle che hanno quale effetto quello di restringere la concorrenza), non si comprende, in termini logici prima ancora che logico-giuridici, la ragione per la quale le medesime conclusioni non dovrebbero valere per tutte quelle fideiussioni anche esse testualmente identiche allo schema ABI del 2003 oggetto di sanzione, ma che si differenziano da quelle *omnibus* soltanto per la circostanza che in tali fideiussioni la garanzia prestata ha un ambito circoscritto ad uno o più rapporti di finanziamento precisamente individuati.

E', infatti, evidente che, se le banche hanno posto in essere una illecita intesa anticoncorrenziale in relazione alle fideiussioni *omnibus* mediante l'adozione generalizzata del predetto schema negoziale, alle stesse e identiche conclusioni occorre pervenire anche con riferimento ad una fattispecie negoziale pressoché totalmente identica alle fideiussioni *omnibus*, ossia con riferimento a quelle fideiussioni specifiche che riproducano testualmente tutte le clausole tacciate, da Banca d'Italia e Cassazione, di produrre il citato effetto anticoncorrenziale: sostenere una tesi opposta pare comportare l'accoglimento di una soluzione del tutto priva di reale giustificazione esegetica.

Sebbene la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, sia in gran parte a favore della tesi della inestensibilità alle fideiussioni specifiche delle conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003, non mancano tuttavia alcune pronunce che accolgono la tesi opposta.

In tal senso, si è pronunciata, ad esempio, la Sezione XVII Imprese del Tribunale di Roma, che, nella sentenza n. 10206/2022 del 24.6.2022, ha affermato che *“la circostanza che nel caso di specie la fideiussione non fosse omnibus, ma specifica, in quanto riferita ad una determinata obbligazione contrattuale, non esclude la violazione della normativa antitrust, dovendosi dare prevalenza al fatto che la concreta riproduzione negli atti di fideiussione in parola delle menzionate deroghe all'archetipo codicistico concretizzò quel comportamento ritenuto violativo della normativa antitrust consistente nella riproduzione di dette disposizioni integralmente coincidenti con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva”*; nello stesso senso, si è espresso anche il Tribunale di Ancona, con la sentenza del 3.10.2022, n. 1112: *“La violazione delle regole della concorrenza non può essere valutata in modo diverso a seconda del contratto di fideiussione ed in particolare in relazione alla 'fideiussione omnibus', cioè finalizzata a garantire una serie indeterminata di obbligazioni, fino alla concorrenza di un certo importo, ma va riferita all'effetto distorsivo che deriva dalla combinazione delle clausole incriminate costantemente riprodotto in uno schema contrattuale predisposto unilateralmente dalla parte contrattualmente forte, cioè la banca. In sostanza l'effetto distorsivo non muta in relazione alla natura specifica della fideiussione, visto che anche nell'ipotesi di 'fideiussione omnibus' il contraente aderisce ad uno schema predisposto unilateralmente dalla banca che riporta le stesse clausole in grado di procurare - nella loro combinazione - la distorsione della concorrenza”*; e, ancora, le superiori considerazioni trovano conferma anche nella sentenza del Tribunale di Chieti, 16 marzo 2021 (*“Quanto poi alla estensione della nullità anche alle fideiussioni specifiche, va affermato che una distinzione, tra fideiussione “omnibus” e non, non è convincente perché la differenza non riguarda le condizioni della garanzia stessa (identiche, per entrambe, al noto schema ABI censurato dall'autorità*

antitrust) ma divergono solo nel relativo oggetto”), nella sentenza della Corte di Appello di Bari, 15 ottobre 2020 (“È nulla la fideiussione specifica conforme allo schema ABI vietato dalla Banca d’Italia con Provvedimento n. 55/2005 e la nullità è totale in ragione del carattere essenziale che va riconosciuto alle clausole dello schema”), nella sentenza del Tribunale di Vicenza, 23 agosto 2021 (che ha sottolineato la sostanziale identità fra le clausole riportate nella lettera di fideiussione specifica per cui era ivi controversia e quelle ritenute illegittime dalla Banca d’Italia), nonché, tra le tante, nelle pronunce del Tribunale di Padova, 7 giugno 2020, del Tribunale di Matera, 6 luglio 2020 e della Corte di Appello di Torino, 20 luglio 2020.

In senso conforme, ossia nel senso della irrilevanza della tipologia di fideiussione (anche, se in realtà, non ha senso discorrere di diverse tipologie di fideiussione, in quanto il tipo negoziale della fideiussione rimane sempre e solo uno, anche laddove una fideiussione sia preordinata a garantire tutte le obbligazioni assunte da un determinato soggetto invece che soltanto quelle scaturenti da uno specifico rapporto contrattuale), si è pronunciata anche una parte della dottrina, che ha affermato la non divisibilità della tesi della non estensibilità dei principi affermati dalle Sezioni Unite della Cassazione con riferimento alle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI del 2003 anche alle fideiussioni specifiche conformi al medesimo schema, “perché l’autorità garante non ha dichiarato restrittivo della concorrenza in sé lo schema delle fideiussioni *omnibus*, ma ha ritenuto restrittive della concorrenza esclusivamente le tre clausole specifiche più volte citate. Se queste tre clausole si ritengono nulle in quanto riprodotte nei singoli contratti «a valle» attuativi dell’intesa (o meglio, consecutivi all’intesa), ciò dovrebbe valere indipendentemente dal fatto che il contratto «a valle» sia una fideiussione *omnibus* oppure una fideiussione specifica. In altri termini, la ratio della pronuncia della Banca d’Italia di accertamento di un’illecita intesa restrittiva della concorrenza, in relazione alle tre clausole in esame, poggia non tanto sulla natura *omnibus* o specifica della fideiussione in cui le stesse sono inserite, quanto sul contenuto delle clausole in discussione (ingiustificatamente sfavorevole al fideiussore), nella misura in cui esse siano applicate in modo uniforme e generalizzato, trattandosi tra l’altro pacificamente di clausole predisposte unilateralmente su modulo prestampato (come si può riscontrare anche nel caso di fideiussione specifica). Proprio l’identico contenuto delle clausole di cui a una fideiussione specifica rispetto alle clausole del modulo ABI non può che far presumere – come avviene per le corrispondenti clausole dello schema di fideiussione *omnibus* – che si tratti delle stesse clausole oggetto all’epoca di un’intesa restrittiva della concorrenza volta ad applicarle in modo uniforme secondo un unico modello diffuso in via generalizzata salva prova contraria dell’istituto di credito (ad esempio, relativa a una trattativa individuale con il cliente). La Sezioni Unite non si occupano direttamente della questione, però il caso oggetto della sentenza è paci-

*ficamente un caso di fideiussione specifica. La circostanza che nel giudizio relativo a detta fideiussione non sia stata revocata in dubbio l'applicabilità della nullità parziale a una fattispecie di fideiussione specifica, indirettamente potrebbe avvalorare il principio per cui la nullità parziale vale anche per questa figura di garanzia” (G. Stella, in *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, Pactum – Rivista di diritto dei contratti, n. 3/2022).*

Come si legge nell'autorevole parere dottrinale appena riportato, è inoltre rilevante (se non decisivo), sempre al fine di superare ogni illogica dicotomia tra fideiussioni *omnibus* e fideiussioni specifiche, sottolineare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 41994/2021 (quella che ha sancito la nullità parziale delle fideiussioni contenenti le clausole contrattuali dello schema ABI del 2003 sanzionate come anticoncorrenziali da Banca d'Italia) si sono pronunciate non già su un giudizio che aveva ad oggetto soltanto fideiussioni *omnibus*, bensì su un giudizio che riguardava almeno due fideiussioni specifiche, come emerge dalla mera lettura del paragrafo 1 della predetta pronuncia: *“1. La società Albatel I.C.T. Solution s.p.a. stipulava con la Sanpaolo Imi s.p.a. (ora Intesa Sanpaolo s.p.a.), in data 22 aprile 2004, un contratto di conto corrente e successivamente, in data 13 giugno 2006, 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 Giacinto Bosco, socio della Albatel, rispettivamente in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006”.*

Non vi è quindi nessuna ragione, né logico-giuridica né di inquadramento dogmatico-negoziale, che vieti di estendere – come è invece doveroso fare – le conclusioni cui è pervenuta la Cassazione nella suindicata pronuncia a Sezioni Unite in tema di nullità parziale delle fideiussioni *omnibus* riproduttive delle clausole contrattuali anticoncorrenziali del citato schema ABI del 2003 anche alle fideiussioni specifiche.

Tale approdo esegetico è stato da ultimo confortato anche da una recente pronuncia della stessa Corte di Cassazione, ossia dall'ordinanza n. 27243, resa dalla Sez. III della Suprema Corte in data 20.6.2024 (data di pubblicazione 21.10.2024), in cui si legge che *“né il giudice d'appello spiega perché non si tratterebbe di una fideiussione omnibus, a parte che – e questo è dirimente – S.U. 41994/2021 non richiede espressamente quest'ultima, bensì si riferisce ai contratti di fideiussione <<a valle>> di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, per cui se vi fosse la clausola nulla del modello ABI, quantomeno in parte qua il contratto sarebbe nullo a valle”.* E, cioè, a dire: le

conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 41994/2021 vanno riferite alle fideiussioni in generale, non soltanto a quelle *omnibus* e quindi anche a quelle specifiche, perché ciò che rileva, al fine dell'applicazione della sanzione di nullità parziale del contratto di garanzia relativamente alle clausole di esso conformi a quelle dello schema ABI del 2003 censurate dall'Autorità di Vigilanza, non è la tipologia di fideiussione, ma la circostanza che vi sia un contratto di fideiussione concluso a valle di una intesa accertata come anticoncorrenziale dall'Autorità Garante, circostanza che si concretizza ogniqualvolta una fideiussione, sia essa *omnibus* o specifica, contenga una delle clausole sanzionate come anticoncorrenziali da Banca d'Italia [a seguito della predetta pronuncia della Cassazione del 21.10.2024, sono state già emesse le prime decisioni della Giurisprudenza di merito che, aderendo al *decisum* della Suprema Corte, hanno ribadito la suindicata piena estensione dei principi delineati per le fideiussioni *omnibus* a quelle specifiche: *“E’ stato recentemente chiarito che i principi, ormai noti, sanciti da Cass. Civ. S.U. n. 41994/2021, espressamente pronunciati in tema di fideiussioni bancarie omnibus, valgono anche per le c.d. <<fideiussioni specifiche>> in quanto la nullità riconosciuta alle clausole concorrenti conformi allo schema ABI hanno ad oggetto contratti di fideiussione <<a valle>> di intese dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità Garante, per cui in presenza di clausole nulle di cui al modello ABI, anche alle già richiamate fideiussioni specifiche, <<quanto meno in parte qua, il contratto sarebbe <<a valle>>”* (Tribunale di Lecce, sentenza del 7.11.2024)].

Fermo restando quanto sopra, va in ogni caso rilevato che anche la giurisprudenza che non reputa estensibile la nullità parziale del contratto di garanzia per conformità allo schema ABI del 2003 alle fideiussioni specifiche ammette comunque la possibilità che venga fornita in giudizio la prova che, in relazione ad un determinato frangente temporale, anche con riferimento a tali fideiussioni specifiche conformi al predetto schema ABI, le banche italiane abbiano posto in essere una illecita intesa anticoncorrenziale, ovvero che abbiano concordemente adottato un modello di fideiussione specifica che, in ragione dell'identico e generalizzato contenuto di talune sue clausole (le stesse sanzionate con la nullità per le fideiussioni *omnibus*), ha avuto quale effetto concreto quello di restringere la concorrenza, così violando la normativa antitrust.

Si veda, in tal senso, la sentenza del Tribunale di Milano n. 7526/2023 del 3.10.2023 (n.r.g. 13748/2022), in cui si legge quanto segue: *“Gli oppositori hanno eccepito la nullità, in via subordinata parziale, per violazione della disciplina antitrust delle fideiussioni da loro prestate in favore della banca e nell'interesse di CONNEXUN s.r.l. in data 28/6/2016 (v. doc. 8 conv.) e in data 23/12/2014 (v.*

doc. 9 conv.). L'eccezione svolta in via subordinata è fondata. Si tratta di due garanzie specifiche, la prima contrassegnata dal n. 458082 e l'altra dal n. 268740, aventi ad oggetto le obbligazioni derivanti a CONNEXUN s.r.l. dalla stipula con la banca di due finanziamenti chirografari, ciascuno di euro 500.000. In punto di fatto, come fondatamente esposto da parte attrice, le clausole n. 2 (annullamento dei pagamenti), 6.1 (deroga all'art. 1957 c.c.) e 9 (invalidità dell'obbligazione garantita) delle fideiussioni sottoscritte dagli oppositori riproducono fedelmente il contenuto delle clausole n. 2, 6 e 8 dello schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI nel 2003 e oggetto del Provvedimento antitrust della Banca d'Italia n. 55/2005, prodotto sub doc. 4 att. Come noto, con tale Provvedimento l'autorità antitrust per il settore bancario dell'epoca ha statuito che "gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90". Parte attrice ha invocato l'efficacia di prova privilegiata del Provvedimento, ma tale difesa è infondata per due ragioni. In primo luogo, l'esame della Banca d'Italia è stato condotto solo con riferimento alle fideiussioni omnibus, mentre nessun accertamento ha riguardato le garanzie specifiche, quali sono quelle per cui è causa. Poiché i due contratti si differiscono in modo marcato, proprio in relazione al loro oggetto, le conclusioni raggiunte per uno schema non possono in via automatica essere applicate ad un diverso contratto. Inoltre, l'indagine a campione di banca d'Italia è stata svolta nel settembre 2004 e la sua efficacia non si può estendere oltre la data del Provvedimento, che risale al maggio 2005. Pertanto, da quella decisione della Banca d'Italia non può discendere in via diretta alcuna prova privilegiata in ordine all'esistenza di un accordo anticoncorrenziale ancora in essere all'epoca delle fideiussioni oggetto di causa, rilasciate nel 2014 e 2016. Tuttavia, parte attrice ha opportunamente prodotto sub doc. 5b decine di copie di fideiussioni specifiche, rilasciate da varie banche e coeve a quelle poste a base dell'ingiunzione ai garanti. L'esame di tale documentazione dimostra che nel periodo 2014 – 2016 esisteva un uso uniforme da parte delle banche di uno schema di fideiussione specifica che comprendeva tutte e le tre clausole sopra evidenziate e cioè la clausola di reviviscenza, la deroga all'art. 1957 c.c. e la clausola di sopravvivenza. In particolare, si fa riferimento alle garanzie in favore di Banca Valsabbina 2014, pag. 75, cl. 2, 5 e 8; BNL 2014, pag. 85, cl. 2, 7 e 9; Carichieti, 2014, pag. 87, 2, 7 e 9; BPER 2015, pag. 96, cl. 2, 6 e 8; BCC Abruzzese 2015, pag. 99, cl. 1, 5 ult. comma; BCC Irpina 2015, pag. 105, idem; CR ASTI 2015, pag. 116, cl. 2, 6 e 8; UNIPOL BANCA 2015, pag. 121, cl. 2, 6 e 8; CR FIRENZE 2016, pag. 127, cl. 2, 6 e 8. Come si vede, si tratta di uno schema contrattuale usato da banche di dimensioni diverse e distribuite su tutto il territorio nazionale. Ovviamente si tratta di garanzie rilasciate in favore di banche terze e questo elemento non inficia il valore probatorio della documentazione – come erroneamente ritenuto dall'opposta, che non ha

tempestivamente disconosciuto la conformità delle copie prodotte. – ma è proprio alla base della rilevanza probatoria dei documenti. A questo punto, la valutazione già operata dall'autorità antitrust in riferimento allo schema di garanzia omnibus può essere replicata anche per la fideiussione specifica. Vale a dire che il dimostrato utilizzo uniforme di un modello contrattuale che simultaneamente riproduca la clausola di reviviscenza, la deroga all'art. 1957 c.c. e la clausola di sopravvivenza - tutte clausole non strettamente funzionali all'erogazione del credito - ostacola la pattuizione di migliori clausole contrattuali, induce le banche a uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante e quindi viola l'art. 2, comma 2, lettera a), legge n. 287/1990. Parte opposta ha affermato l'inesistenza di un mercato delle fideiussioni, dal momento che il garante non può scegliere il prodotto offerto da una banca diversa da quella finanziatrice. La difesa non è fondata, perché è ovvio che il garante si deve rivolgere alla banca creditrice, ma nel caso di specie la lesione della concorrenza consiste nella rigida standardizzazione delle clausole contrattuali che il garante si vede imporre dalla banca, quale che essa sia. L'art. 2, legge n. 287/1990, vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. Il termine intesa non individua solo i contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "volutto". Il legislatore ha inteso 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". E' quindi rilevante qualsiasi condotta di mercato, anche realizzata in forma non negoziale, purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente unilaterali (così, condivisibilmente, Cass. n. 28910/2017). Quest'ultima ipotesi ricorre nella fattispecie, nella quale parte attrice ha dimostrato l'utilizzo conforme da parte delle banche dello stesso schema contrattuale per le fideiussioni specifiche e, quindi, sussiste sotto tale forma un'intesa vietata. A norma dell'art. 2, comma 3, legge cit., le intese vietate sono nulle ad ogni effetto. Il contratto stipulato a valle dell'intesa realizza gli scopi illeciti perseguiti dall'intesa stessa e quindi è anch'esso nullo.

[...]

Si tratta di una nullità parziale, che colpisce solo quelle clausole contrattuali che sono la diretta espressione dell'intesa anticoncorrenziale. [...] Ne deriva che deve essere accertata e dichiarata la nullità delle clausole n. 2, 6 e 9 delle due fideiussioni rilasciate dagli opposenti”.

Nello stesso senso, si è pronunciato, tra le tante, anche il Tribunale di Modena con la sentenza n.175/2023 del 1.2.2023, che ha affermato che *“trattandosi nel caso in esame di fideiussioni specifiche, i garanti avrebbero dovuto, in punto di allegazione fattuale e documentale, non affidarsi all’istruttoria della Banca di Italia, per avvalersi della sua particolare funzione probatoria, ma avrebbero dovuto introdurre un’autonoma fattispecie di comportamento anticoncorrenziale, relativa all’applicazione uniforme, anche con riferimento alla stipulazione di fideiussioni ordinarie, sulla base di una intesa fra più istituti di credito e, dunque, in violazione delle regole del mercato e della concorrenza, del medesimo schema negoziale”*.

In buona sostanza, il fideiussore che sostenga in giudizio la nullità parziale della fideiussione specifica da esso sottoscritta perché contenente una o più delle clausole contrattuali dello schema ABI del 2003 sanzionate come anticoncorrenziali da Banca d’Italia, deve, al fine di ottenere l’accoglimento di tale domanda di nullità, allegare e provare che anche la fideiussione specifica da egli rilasciata sia una conseguenza di una intesa o quanto meno di un coordinamento anche tacito tra gli istituti di credito con finalità o, comunque, con effetti anticoncorrenziali: e tale prova empirica dell’esistenza di siffatti comportamenti paralleli emerge – e non può che emergere – *per tabulas* dalla uniformità dei testi delle garanzie specifiche adottati nel corso degli anni dalle diverse banche italiane.

Pertanto, per le fideiussioni specifiche, ovvero sia accessorie ad un rapporto negoziale determinato, anche ove si ritenesse che il fideiussore non possa giovare della prova privilegiata rappresentata dal Provvedimento n. 55/2005 o dell’inversione dell’onere della prova derivante dalla corrispondenza delle clausole di tali fideiussioni a quelle dello schema ABI censurate da Banca d’Italia con il predetto Provvedimento, la domanda di nullità parziale della garanzia va comunque accolta laddove il medesimo fideiussore dimostri che lo schema nella specie utilizzato dalla banca corrisponda a una pratica uniforme frutto anch’essa, come per le fideiussioni *omnibus*, di una intesa anticoncorrenziale (anche tacita) degli istituti di credito operanti nel territorio nazionale; e tale prova, secondo le sentenze pronunciate in argomento, può essere fornita sostanzialmente mediante le stesse due modalità sopra descritte per le fideiussioni *omnibus* sottoscritte al di fuori del lasso temporale oggetto dell’indagine di Banca d’Italia, ossia: (i) mediante la produzione in giudizio di un cospicuo numero di fideiussioni specifiche adottate da differenti istituti di credito nell’anno in cui è stata sottoscritta anche la fideiussione specifica oggetto della concreta controversia e che siano ovviamente anche esse conformi allo schema ABI del 2003 (ossia che contengano

almeno una delle tre clausole censurate da Banca d'Italia nel 2005 perché anticoncorrenziali);
(ii) chiedendo al giudice l'adozione, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., di un ordine di esibizione nei confronti delle principali banche italiane nonché nei confronti dell'ABI affinché esibiscano in giudizio i modelli *standard* di fideiussioni specifiche utilizzati dalle predette banche nello stesso anno in cui è stata sottoscritta anche la fideiussione specifica oggetto della concreta controversia.