



DR

Diritto del
Risparmio

**IL CARTELLO CONTRATTUALE SULLA
FIDEIUSSIONE PER OPERAZIONI DI
CREDITO.**

**IL VAGLIO DELLE QUESTIONI “SORTE” (O
DIVERSAMENTE “RISORTE”) SOTTO LA
LENTE DEL DIRITTO DELL’UNIONE E
DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ.**

di Maria Laura FICOLA*.

Lo scritto propone una rilettura critica delle diverse questioni sorte in relazione all’intesa attuata dalle imprese operanti nel settore del credito in tema di contrattualistica della fideiussione a garanzia delle relative operazioni, sotto la lente del diritto unionale antitrust e del fondamentale principio di effettività, da applicare alla materia.

L’analisi delle diverse questioni dibattute internamente sul tema, secondo questo suo essenziale, dovuto, approccio, per l’autore consente di rispettare l’esigenza di garantire la piena efficacia delle norme unionali e nazionali poste a presidio della concorrenza (art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990), che attribuiscono diritti sostanziali ai singoli cittadini dell’Unione, da tutelare in funzione protettiva, oltre che il principio di certezza del diritto, in applicazione dei criteri vincolanti sanciti dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia.

fascicolo 3/2024

*Avvocato cassazionista specializzata in Diritto dell’Unione, operante nel settore bancario e della crisi d’impresa.

ISSN 2785-3004

Rivista di Diritto del Risparmio

Il cartello contrattuale sulla fideiussione per operazioni di credito.

*Il vaglio delle questioni “sorte” (o diversamente “risorte”) sotto la lente del diritto dell’Unione e del principio di effettività.**

di Maria Laura FICOLA**

Lo scritto propone una rilettura critica delle diverse questioni sorte in relazione all’intesa attuata dalle imprese operanti nel settore del credito in tema di contrattualistica della fideiussione a garanzia delle relative operazioni, sotto la lente del diritto unionale antitrust e del fondamentale principio di effettività, da applicare alla materia.

L’analisi delle diverse questioni dibattute internamente sul tema, secondo questo suo essenziale, dovuto, approccio, per l’autore consente di rispettare l’esigenza di garantire la piena efficacia delle norme unionali e nazionali poste a presidio della concorrenza (art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990), che attribuiscono diritti sostanziali ai singoli cittadini dell’Unione, da tutelare in funzione protettiva, oltre che il principio di certezza del diritto, in applicazione dei criteri vincolanti sanciti dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Dicembre

Fascicolo 3/2024

* Contributo approvato dai referee.

**Avvocato cassazionista specializzata in Diritto dell’Unione, operante nel settore bancario e della crisi d’impresa.

Abstract

Lo scritto propone una rilettura critica delle diverse questioni sorte in relazione all'intesa attuata dalle imprese operanti nel settore del credito in tema di contrattualistica della fideiussione a garanzia delle relative operazioni, sotto la lente del diritto unionale antitrust e del fondamentale principio di effettività, da applicare alla materia.

L'analisi delle diverse questioni dibattute internamente sul tema, secondo questo suo essenziale, dovuto, approccio, per l'autore consente di rispettare l'esigenza di garantire la piena efficacia delle norme unionali e nazionali poste a presidio della concorrenza (art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990), che attribuiscono diritti sostanziali ai singoli cittadini dell'Unione, da tutelare in funzione protettiva, oltre che il principio di certezza del diritto, in applicazione dei criteri vincolanti sanciti dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il cartello contrattuale sulla fideiussione per operazioni di credito.

Il vaglio delle questioni “sorte” (o diversamente “risorte”) sotto la lente del diritto dell’Unione e del principio di effettività.

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il principio di effettività, quale “faro” che deve guidare l’operatore del diritto. – 2. Il cartello contrattuale in tema di fideiussione per operazioni di credito realizzato dalle imprese ABI. Il contesto storico-fattuale. – 3. In particolare. Sulla fideiussione c.d. specifica, ovvero senza clausola omnibus. – 4. La legittimazione attiva dei singoli utenti a fare valere la nullità o, meglio, non opponibilità, dell’intesa anticoncorrenziale, oltre al risarcimento del danno. – 5. La legittimazione passiva delle imprese che hanno realizzato o attuato l’illecito antitrust. – 6. La competenza a decidere sulla violazione della normativa antitrust. La contemporanea pendenza dei giudizi. – 7. La prova dell’illecito antitrust consistente nel cartello nazionale in tema di fideiussione per operazioni di credito bancario. – 8. Le conseguenze derivanti dalla violazione della normativa antitrust a fronte dell’intesa sul tema della contrattualistica della fideiussione per operazioni di credito. – 8.1. La nullità assoluta di pieno diritto dell’accordo. Quale valutazione? – 8.2. La nullità parziale. Questioni “aperte”. – 8.2.1. La pretesa tardività nella formulazione dell’eccezione di estinzione ex art. 1957 c.c. Una (ri)lettura della questione secondo il principio di effettività e il principio di equivalenza. – 8.2.2. La condizione standardizzata di c.d. pagamento “a prima richiesta” dello schema ABI riprodotta nelle singole fideiussioni: la sua irrilevanza ai fini dell’applicazione della normativa antitrust. – Conclusioni.

Premessa.

Questo scritto origina dall’esigenza di tornare sul tema del cartello contrattuale sulla fideiussione, attuato dalle imprese operanti nel settore del credito in violazione della normativa antitrust, riconsegnandolo al suo essenziale approccio.

Ogni giorno si assiste alla pubblicazione di diverse pronunce nazionali sull’argomento, da quelle di merito a quelle di legittimità, che finiscono col disorientare, e non poco, il lettore, comportando, oltre che la incertezza del diritto, prima ancora, una deviazione dalla realtà dei fatti.

Invero, seppur ci si trovi al cospetto di un'incertezza del diritto, in ragione delle diverse implicazioni, se non complicazioni, che si sono volute o si vorrebbero ancora inferire sul tema, per ogni profilo affrontato -a torto o a ragione, si valuterà-, non si è, però, di fronte ad un'incertezza dei fatti.

Il quadro riveniente dalle plurime pronunce interne ci restituisce, difatti, un'univoca, indubitabile, realtà.

Tutte le fideiussioni, con o senza clausola omnibus, imposte ai singoli utenti dalle imprese operanti nel settore del credito -prima, in epoca coeva o anche dopo la pubblicazione della nota decisione nazionale antitrust n. 55/2005-, sono conformi, in tutto o in parte, allo schema di contratto di fideiussione concertato, da tempo risalente, in seno alla propria associazione di categoria, quale l'Associazione Bancaria Italiana (c.d. ABI); segnatamente, tutte le fideiussioni includono, in modo più o meno conforme, nel loro significato sostanziale, una o più delle tre condizioni standardizzate giudicate lesive della concorrenza dall'Autorità nazionale di public enforcement -di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza.

Questo, potremo dire, è, ormai, un fatto notorio, oltre che un fatto attestato e oggettivamente attestabile.

Come è, altresì, notorio che, per il tramite di siffatte condizioni standard, unitamente alla condizione, sempre istituita in seno all'ABI, di c.d. pagamento "a prima richiesta" (di solito inserita all'art. 7 degli schemi ABI e replicata nei singoli modelli), le imprese associate, al pari dell'ABI, abbiano da sempre tentato, e oggi ancor di più, di qualificare, o meglio ri-qualificare, in modo seriale la fideiussione a garanzia di proprie operazioni creditizie come una garanzia atipica, avente funzione indennitaria di tipo solutorio, addirittura autonoma, sistematicamente diversa dalla fideiussione di cui all'archetipo codicistico posto agli artt. 1936 e ss., in uno ai diritti tipici riconosciuti dal legislatore al fideiussore.

Se all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994 del 30 dicembre 2021 sembrava che fosse stato messo un punto fermo alle discussioni ingeneratesi sull'intesa vietata di cui si tratta, in ragione di quanto accertato e giudicato, all'esito delle relative istruttorie, dall'Autorità nazionale antitrust, oltre che un punto fermo sui diritti sostanziali e sugli strumenti di tutela attribuiti dal sistema antitrust al singolo, oggi sembra, invece, che tutto sia andato perduto o, meglio, si stia perdendo.

Non si intende chiedersi perché, dopo neppure tre anni, questo sia successo e stia nuovamente succedendo. Si intende, piuttosto, analizzare le questioni “sorte” o diversamente “risorte” sul tema, tentando di ristabilire la dovuta semplicità, tenuto conto della realtà dei fatti da cui muovere per le relative valutazioni.

Nel fare ciò, la guida, in punto di diritto, sarà inevitabilmente solo una, sotto una duplice, a sua volta, declinazione.

Anzitutto, la guida dell’analisi sarà quella che fa perno sulla constatazione per cui la normativa antitrust è normativa pubblicistica di fonte unionale, ai criteri precettivi della quale, come chiariti dalla costante giurisprudenza vincolante della Corte di Giustizia, la normativa interna di ogni Stato Membro deve rispondere, sia nella sua interpretazione, sia nella sua applicazione; e questo:

- sia in forza del disposto di cui all’art. 1, comma quarto L. 287/1990 a mente del quale *“L’interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell’ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”*, pena la compromissione dell’attuazione del mercato interno;

- sia in ragione del fatto che in materia di concorrenza, come è noto, vi è competenza esclusiva dell’Unione quanto a linee direttrici di relativa applicazione negli Stati Membri (art. 3, lettera b) del TFUE), onde non compromettere, per l’appunto, l’attuazione del mercato interno;

- sia, ma non da ultimo, in ragione del fatto che nell’ipotesi all’esame si è anche al cospetto di un’intesa restrittiva della concorrenza realizzata dalle imprese del settore del credito che, in quanto estesa su tutto il territorio nazionale e realizzata per un notevole prolungato lasso temporale, è, per sua natura, attratta alla normativa europea, segnatamente all’art. 101 TFUE e ai relativi corollari applicativi per come sanciti dalla Corte di Giustizia¹.

¹ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenze del 26 novembre 1975, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e a./Commissione*, 73/74, punti 25 e 26, nonché del 16 luglio 2015, *ING Pensii*, C 172/14, punto 49, nonché, da ultimo, sentenza del 29 giugno 2023 rese in C-211/2022 per cui *“la Corte ha già avuto modo di affermare che un’intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l’effetto di consolidare la compartimentazione nazionale, ostacolando così l’integrazione economica voluta dal Trattato FUE”*.

Di poi o, meglio, ancor prima, la guida dell'analisi sarà quella che fa perno sulla constatazione per cui tutte le questioni rimesse, più o meno indirettamente, “sul tappeto” vanno interpretate, valutate e risolte al lume del fondamentale principio di effettività sotteso alle norme unionali antitrust, sancito, in linea generale, oltre dall'art. 19, par. 1, comma due del Trattato sull'Unione Europea (c.d. TUE), in combinato disposto con l'art. 4, comma tre TUE, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Un'ultima annotazione, sempre di metodo.

Per quanto possibile, non si farà riferimento alle plurime pronunce interne di segno contrario ogni giorno annotate o commentate sul tema.

Lo scritto ha un diverso obiettivo: cercare di analizzare le diverse questioni, tenuto conto dei fatti storici e dei dati oggettivi raccolti, alla luce delle norme e dei principi rivenienti dal diritto dell'Unione, oltre che, per quanto possibile, con il criterio del pensiero critico.

In un contesto in cui, infatti, sembra che il riconoscimento dei diritti attribuiti dall'ordinamento ai singoli debba piegarsi al precedente giudiziale interno, il quale non è fonte di diritto, per di più in una situazione di totale quotidiana diversità di prese di posizioni e, quindi, di connaturata incertezza del diritto, altro non può farsi che ritornare, in rapporto alla questione posta, da vagliarsi nella sua reale portata sostanziale, alle norme vincolanti del diritto che la regolano: nella materia, le norme poste dal diritto dell'Unione, tenuto conto della loro *ratio* e del loro effetto utile, unitamente ai principi espressi nelle sentenze vincolanti, queste sì, della Corte di Giustizia.

È, pertanto, proprio dal principio di effettività, come sancito in ambito unionale e, per conseguenza, in ogni Stato Membro, vieppiù applicabile alla disciplina antitrust, che l'analisi qui proposta muoverà.

1. Il principio di effettività, quale “faro” che deve guidare l'operatore del diritto.

Come è noto, il principio di effettività può essere declinato sotto una duplice dimensione.

Sotto un profilo oggettivo, esso è funzionale a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione nel singolo settore di sua competenza ed è sancito all'art. 19, par. 1, comma due del Trattato sull'Unione Europea (c.d. TUE), per cui: *“gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”*.

Sotto un profilo soggettivo, il principio di effettività consolida i diritti riconosciuti dalle norme unionali ai singoli cittadini dell'Unione sul piano sostanziale, ma ha anche una dimensione processuale per come accentuata e sancita dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, avente valore pari a quello dei Trattati istitutivi (art. 6 TUE). L'art. 47 della Carta consacra il diritto del singolo a una tutela giurisdizionale effettiva elevando a diritto fondamentale: *“ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo”*.

L'opera costante della Corte di Giustizia ha poi ulteriormente esteso la portata del principio di effettività, sia attraverso l'enunciazione di una serie di corollari applicativi, sia traendone importanti implicazioni che si riflettono sulle scelte istituzionali degli Stati membri, attribuendo ai giudici nazionali -primi giudici europei (art. 19 TUE)- il compito, non solo di garantire la piena efficacia delle norme unionali, ma anche di tutelare i diritti sostanziali da esse attribuite ai singoli; e tutto questo, con la rimozione, per il tramite degli strumenti vincolanti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione, di qualsivoglia ostacolo interno, vieppiù di carattere formalistico, normativo o frutto di interpretazioni giurisprudenziali nazionali che viola od eluda, anche solo indirettamente, l'effetto utile delle norme, tenuto conto della loro *ratio*, e il pieno esercizio dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione.

Si pensi, al riguardo, alla costante opera della Corte di Giustizia in materia di tutela dei diritti del consumatore, che, in forza dell'applicazione del principio di effettività sotteso alla disciplina unionale, ha reso una serie di *dicta* a tutti ormai noti, tra cui, in particolare, tra i più rilevanti:

- il dovere del giudice nazionale di rilevare o accertare ex officio la nullità delle clausole abusive per contrasto alla Direttiva 93/13/CEE, anche in assenza di richiesta della parte²;
- il dovere del giudice nazionale di rimettere, per immediata conseguenza e in funzione protettiva, la parte pregiudicata dalla condotta illecita del professionista nella stessa situazione di fatto e di diritto antecedente alla conclusione della clausola nulla³;
- il dovere del giudice nazionale di disapplicare la regola della preclusione del c.d. giudicato implicito di fonte giurisprudenziale in assenza di un concreto precedente vaglio giudiziale in merito alla violazione delle norme unionali istituite a protezione del consumatore⁴;
- il dovere del giudice nazionale di disapplicare le norme interne di previsione di limitati periodi temporali, ad esempio, per la prescrizione dell'azione a tutela della parte lesa dalla condotta abusiva del professionista;
- il dovere del giudice nazionale di individuare la decorrenza del *dies a quo* di prescrizione dell'azione volta a far valere gli effetti utili e i rimedi sottesi alle norme di protezione dell'ordinamento unionale, identificandolo nel momento in cui il giudice rilevi o accerti la nullità delle clausole abusive, e non prima⁵.

Con particolare riguardo alla (più ampia) disciplina della concorrenza (in seno alla quale si inserisce la normativa consumeristica), è, altresì, costante l'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui i giudici nazionali, per dare concreta applicazione della normativa europea della concorrenza, evitando un rischio sistemico di impunità per i

² Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza 6 ottobre 2009, in causa C-40/2008 (Asturcom); sentenza 4 giugno 2009, in causa C-243/08 (Pannon); sentenza 17 dicembre 2009, C-227/08 (Eva Martin Martin); sentenza 14 giugno 2012 (Banco Espanol de Credito), in causa C-227/08; sentenza 18 febbraio 2016, C-49/14 (Finmadrid); sentenza 19 dicembre 2009, in causa C-453/18 (Bondora); sentenza 9 novembre 2010 (Penzugyi Lizing), in causa C-137/08; sentenza 26 gennaio 2017, in causa C-421714 (Banco Primus); sentenza 7 novembre 2019 (Profi Credit Polska), in causa C-419/18 e C-483/18; sentenza 11 marzo 2020 (Lintner), in causa C-511/17; sentenza 4 giugno 2020 (Kancelaria Medius), in causa C-495/19.

³ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza del 25 aprile 2024, resa in causa C- 561/21.

⁴ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenze del 17 maggio 2022, resa in causa C-693/19, riunita a C-831/19 (SPV Project, Banco Desio e della Brianza); C-600/19 (Ibercaja Banco); C-725/19 (Impul Leasing Romani); C-869/19 (Unicaja Banco), nonché in seguito anche sentenza 18 dicembre 2023, resa in causa C-231/13; sentenza 18 gennaio 2024, resa in causa C-531/22; sentenza 29 febbraio 2024, resa in causa C-724/22; sentenza 9 aprile 2024, in causa C-582/21.

⁵ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza del 25 aprile 2024, resa in causa C- 561/21.

fatti che integrano infrazioni non consentite ad ogni effetto dal diritto dell'Unione, o, peggio ancora, un rischio sistemico che le imprese che abbiano trasgredito al divieto o i loro aventi causa possano trarre il benché minimo indebito beneficio dalla condotta anticoncorrenziale, sono chiamati ad interpretare le disposizioni interne tenendo conto del risultato utile cui tali norme sono finalizzate, disapplicando tutte quelle interpretazioni interne che lo compromettano.

In questo senso la Corte di Giustizia ha in più occasioni rammentato agli Stati Membri e ai giudici nazionali l'obbligo di non adottare prescrizioni interne, sia di fonte legislativa sia di fonte giurisprudenziale, che consentano di eludere o violare la normativa istituita a tutela della concorrenza e l'effetto utile ad essa sotteso, e, ove presenti, di disapplicarle, tenuto conto della *ratio* di tale disciplina di ordine pubblico economico; e tutto questo, anche quando venga in rilievo un illecito antitrust di rilevanza nazionale, dovendo, difatti, come detto, l'interpretazione e l'applicazione della normativa interna essere operate dai giudici nazionali in conformità ai principi e alle norme del diritto dell'Unione, tanto più se l'intesa vietata è estesa su tutto il territorio dello Stato Membro⁶.

Inoltre, viepiù in questo ambito la Corte di Giustizia è costante nel ricordare che le norme procedurali nazionali non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti sostanziali attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione posto a tutela della concorrenza⁷.

E' piuttosto dovere del giudice nazionale disapplicare tutte quelle interpretazioni anche formalistiche, anche di matrice giurisprudenziale, che siano in grado di comportare un sostanziale aggiramento della normativa in questione e del suo effetto utile mediante la previsione di barriere/ostacoli, con svuotamento dei diritti sostanziali riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione: dal regime degli effetti della nullità, al regime limitante la prova ovvero la prescrizione/decadenza e, quindi, l'esercizio dell'azione a tutela (di

⁶ Si veda, in relazione alle previsioni in tema di prescrizione considerate quali indebite limitazioni interne all'attuazione dell'effetto utile sotteso alla normativa a tutela della concorrenza, *ex multis*, la sentenza della Corte di Giustizia del 17 gennaio 2019 (Dzivev e a.), resa in causa C-310/16; si veda, ancora, in relazione alla prova la sentenza della Corte di Giustizia del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/2022.

⁷ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia sentenza del 28 marzo 2019 (Cogeco Communications), resa in causa C-637/17, punto 43, nonché da ultimo sentenza del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/2022 cit.; cfr., altresì, già sentenza 10 luglio 1997, resa in causa C-261/95; sentenza del 20 settembre 2001, resa in causa C-453/999; sentenza del 13 luglio 2006, resa nelle cause riunite C-295/04 e C-298/04; sentenza del 14 giugno 2011, resa in causa C-360/09; sentenza del 6 giugno 2013, resa in causa C-536/11.

nullità/risarcimento), passando per il regime prevedente indebite preclusioni processuali, parimenti limitante l'esercizio dell'azione e la funzione di protezione sostanziale.

Infine, è altresì noto che il principio di effettività, per come inteso nel diritto unionale, costituisca, al pari del principio di equivalenza, il limite dell'esercizio dell'autonomia procedurale riconosciuta (solo nei relativi ambiti che non siano, però, già normati in sede europea) agli Stati Membri dall'Unione.

ooooo

La declinazione del principio di effettività sotteso al sistema pubblicistico unionale istituito a tutela della concorrenza, in funzione dell'attuazione del mercato interno, è stata di recente riaffermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 aprile 2023 resa in causa C-25/21.

In questa pronuncia, su cui si tornerà anche nel proseguo, la Corte di Giustizia, chiamata, anzitutto, dal giudice del rinvio a declinare l'efficacia probatoria, anche prima dell'emanazione della Direttiva (UE) 2014/104, delle decisioni nazionali definitive emesse dall'Autorità nazionale antitrust degli Stati Membri di accertamento della violazione della normativa antitrust da parte di un'impresa convenuta in un giudizio civile (di nullità/risarcimento danno) dal singolo pregiudicato o attinto dall'accertata altrui condotta anticoncorrenziale, lo risolve sulla base del fondamentale principio di effettività, imponendo al giudice di non ostacolare l'esercizio del diritto del singolo per come attribuito dall'Unione, con riconoscimento di pieno valore di tali giudicati, muovendo dalle seguenti significative premesse:

“49. Secondo una giurisprudenza consolidata, allo stesso modo in cui impone obblighi ai singoli, il diritto dell'Unione è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del patrimonio giuridico di detti singoli. Tali diritti sorgono non solo nei casi in cui i Trattati espressamente li menzionano, ma anche in relazione agli obblighi che i medesimi impongono in maniera ben definita sia ai singoli sia agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione (sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel Compensation Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 47 e giurisprudenza in citata).

50 Occorre ricordare che l'articolo 101, paragrafo 1, e l'articolo 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono

tutelare (sentenza del 14 marzo 2019, Skanska Industrial Solutions e a., C-724/17, EU:C:2019:204, punto 24).

51 La piena efficacia di tali disposizioni e, in particolare, l'effetto utile dei divieti in esse sanciti sarebbero messi in discussione se per chiunque risultasse impossibile chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza (v., in tal senso, sentenze del 14 marzo 2019, Skanska Industrial Solutions e a., C-724/17, EU:C:2019:204, punto 25, e del 28 marzo 2019, Cogeco Communications, C-637/17, EU:C:2019:263, punto 39).

52 Infatti, le azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione promosse dinanzi ai giudici nazionali garantiscono la piena efficacia dell'articolo 101 TFUE, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al paragrafo 1 del medesimo, e rafforzano così il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione, in quanto sono tali da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza (v., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 50 e giurisprudenza ivi citata).

53 Come ha sottolineato l'avvocato generale, in sostanza, al paragrafo 82 delle sue conclusioni, lo stesso vale per le azioni di nullità promosse ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE.

54 Pertanto, qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e, di conseguenza, a invocare la nullità di un accordo o di una decisione vietata datale disposizione, di cui all'articolo 101, paragrafo 2, TFUE, nonché a chiedere il risarcimento del danno subito qualora esista un nesso di causalità tra tale danno e tale accordo o tale decisione (v., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel Compensation e Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 49 e giurisprudenza ivi citata).

*55 Come discende da una giurisprudenza costante, spetta ai giudici nazionali, incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le disposizioni del diritto dell'Unione, **non soltanto garantire la piena efficacia di tali disposizioni, ma anche tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli. È a tali giudici che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione aventi efficacia diretta** (v., in tal senso sentenza dell'11 novembre 2021, Stichting Cartel*

Compensation e Equilib Netherlands, C-819/19, EU:C:2021:904, punto 52 e giurisprudenza in citata)".

Non solo.

È sempre in questa sentenza che la Corte di Giustizia, nel rispondere al secondo quesito formulato dal giudice del rinvio circa la portata della nullità di pieno diritto sancita dall'art. 101, par. 2 TFUE (corrispondente al nostro art. 2, comma tre L. 287/1990), ribadisce, altresì, che: "70 [...] *Poiché la nullità di cui all'articolo 101, paragrafo 2, TFUE ha carattere assoluto, un accordo nullo in forza di tale disposizione non ha effetto nei rapporti tra i contraenti e non è opponibile ai terzi. Inoltre, questa nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (sentenza del 20 settembre 2001, Courage e Crehan, C-453/99, EU:C:2001:465, punto 22)*".

Il che porta la Corte di Giustizia a rammentare, per conseguenza, ai giudici nazionali l'obbligo di rilevare tutte le conseguenze derivanti dalla nullità assoluta (di pieno diritto) dell'intesa vietata anche verso i terzi, cui la stessa non è di per sé opponibile, con tutti i conseguenti effetti (passati, presenti e futuri), da rimuoversi, senza se e senza ma. E tutto questo sempre in attuazione dello scopo utile e della *ratio* sottesi alla normativa pubblicistica in questione, oltre, che con il pieno riconoscimento da parte del giudice nazionale, in funzione protettiva, dei diritti sostanziali attribuiti dallo stesso sistema antitrust ai singoli pregiudicati o attinti dalle altrui inefficaci condotte anticoncorrenziali.

Da ultimo, va osservato come in ambito nazionale la Corte di Cassazione non sia rimasta indifferente, ma tutt'altro, all'applicazione del principio di effettività imposto dall'ordinamento unionale; la Corte nazionale ha, piuttosto, attuato tale precetto fondante l'ordinamento in molte pronunce, così riscoprendo valori costituzionali già presenti nel nostro sistema interno, ancorché spesso dimenticati, in uno ai loro concreti risvolti applicativi e rileggendo, quindi, le regole soprattutto processuali secondo questo essenziale angolo visuale. È tra queste sentenze, ad esempio, che si annovera la nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26242/2014 in tema di dovere officioso del giudice nel rilevare o accertare le nullità per violazione di norme di ordine pubblico, vieppiù di matrice unionale, con i conseguenti corollari, se pur di sovente non applicati o mal interpretati.

oooo

Posta questa imprescindibile premessa e sulla base della stessa, si intende ora procedere a leggere o, meglio, rileggere, le varie questioni, di cui ancora si controverte a livello interno, afferenti al tema qui affrontato, partendo dai fatti storici e dai dati oggettivi raccolti, per poi addentrarsi nei meandri delle relative implicazioni/complicazioni “sorte” o diversamente “risorte” al riguardo.

2. Il cartello contrattuale in tema di fideiussione per operazioni di credito realizzato dalle imprese ABI. Il contesto storico-fattuale.

E' noto che, a seguito dell'istruttoria compiuta sui modelli di fideiussione, già da tempo in uso presso gli intermediari associati all'ABI, la Banca d'Italia, nelle sue funzioni, all'epoca dei fatti, di Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel settore del credito, con Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, reso su parere conforme dell'AGCM del 20 aprile 2005, ha statuito che le condizioni generali di contratto di fideiussione per operazioni di credito configurate agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI - ovvero le clausole di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza - si pongono in contrasto con l'art. 2, comma 2, lettera a) della Legge 287/1990.

Le condizioni onerose in parola -di marcata deroga all'archetipo codicistico-comportano, secondo quanto sancito dall'Autorità nazionale antitrust, un ingiustificato significativo squilibrio e aggravamento della posizione contrattuale del fideiussorie degli intermediari, per di più addossando al singolo le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza imposti agli stessi intermediari dal sistema, ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa (cfr. par. 96, Provv. 55/2005).

oooo

Per inquadrare correttamente il contesto in cui si inserisce la decisione nazionale antitrust n. 55/2005, e, dunque, il suo reale ambito e significato sostanziale, va fatto un passo indietro.

L'Autorità nazionale antitrust (all'epoca sempre Banca d'Italia) venne interessata del cartello contrattuale in tema di fideiussioni realizzato dalle imprese associate all'ABI per la prima volta nel 1994, allorquando l'ABI sottopose alla sua valutazione, per

quanto qui rileva, gli schemi-tipo di fideiussione confluiti nelle Norme Uniformi Bancarie (c.d. N.U.B.) del 1987 (Circolare ABI, Serie Tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987).

Si tratta di Circolare, denominata “REVISIONE DEI CONTRATTI BANCARI-TIPO (POS. 1195-II) NORME BANCARIE UNIFORME RELATIVE ALLE FIDEIUSSIONI”, che accorpava le diverse declinazioni dello schema-tipo di fideiussione elaborato dalle imprese associate in relazione alle operazioni creditizie, sia generiche sia determinate, sin dal 1964.

Segnatamente le N.U.B. comprendevano le declinazioni dello schema-tipo di fideiussione con riferimento a:

- a) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus)» (testo base che contiene la limitazione di importo);*
- b) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus senza limitazione di importo);*
- c) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia di apertura di credito per importo determinato»;*
- d) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia dello sconto o della negoziazione di effetti cambiari»;*
- e) *«Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia di operazioni varie comportanti rischi» (cfr. pag. 121, NUB 1987).*

In detta Circolare veniva indicato il “testo base” delle clausole standardizzate declinate per le fideiussioni a garanzia di varie operazioni creditizie, di cui lo schema di fideiussione con clausola omnibus costituiva sostanzialmente il contratto base.

L’Autorità Antitrust avviò il procedimento istruttorio del 1994, sulla base della constatazione dell’esistenza di un’intesa rilevante ai sensi dell’art. 2 L. 287/1990, ai fini dell’applicazione della normativa antitrust realizzata dagli intermediari in seno alla propria associazione di imprese, quale l’ABI, concludendo detto procedimento con il Provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994, pubblicato nel Bollettino n. 48 del 19 dicembre 1994 dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In tale occasione, non vennero comminate sanzioni in ragione della manifestata

collaborazione dell'ABI a rimuovere l'indicazione della obbligatorietà dei testi base, nonché le violazioni alla normativa sulla concorrenza in quella sede evidenziate.

In sostanza, nel periodo storico in questione fu ritenuto sufficiente per superare la violazione inerente alla pratica concordata e di cartello l'indicazione, meramente formale, di non vincolatività del modello elaborato dall'associazione di categoria bancaria.

Senonché il Provvedimento 12/1994 fu superato dalle indicazioni fornite in ambito unionale circa l'irrilevanza della formale obbligatorietà di una pratica concordata ai fini della disciplina antitrust, dovendosi dare rilievo al concreto coordinamento tra imprese, a maggior ragione se realizzato in seno alla propria associazione di categoria, mediante l'elaborazione di contratti-tipo.

Posto che la decisione nazionale antitrust del 1994 si basava su presupposti non rispondenti alla normativa unionale istituita a tutela della concorrenza, come interpretata dal legislatore di rango superiore europeo, con la decisione n. 55/2005 l'Autorità nazionale antitrust dovette, pertanto, riporre la propria attenzione in merito alle pratiche concordate dalle imprese operanti nel settore del credito, segnatamente sul tema della contrattualistica delle fideiussioni a garanzia delle relative operazioni.

Su sollecitazione della stessa ABI, l'Autorità nazionale antitrust prese, pertanto, in considerazione il testo base della fideiussione contenente anche la clausola omnibus, censurando l'utilizzo, tra le clausole standardizzate oggetto di approfondimento, di quelle configurate e confluite agli artt. 2, 6 e 8 dello schema di contratto base di fideiussione, noto come schema ABI.

È, quindi, questo il contesto fattuale e storico in cui si inserisce il procedimento antitrust culminato con la decisione nazionale n. 55/2005, di cui tutti erano consapevoli ed emerge chiaro anche dalla mera lettura della decisione n. 55/2005 (cfr. par. 81) e dall'allegato parere dell'AGCM (cfr. par. 30, nonché par. 37).

Segnatamente, con la decisione antitrust sanzionatoria n. 55/2005 è stato rilevato in relazione ad ogni clausola standardizzata confluita agli artt. 2, 6 e 8 del contratto base di fideiussione:

- quanto all'art. 2 (v. parr. 84 e 85 Prov. 55/2005) - **84.** *La clausola che dispone la "reviviscenza" della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (art. 2 dello schema) impegna il*

*fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest'ultimo (cfr. art. 1953 cod. civ.). Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso. **85.** Inoltre, la clausola in questione può comportare la deroga all'art. 1945 cod. civ. in tutti i casi in cui il debitore agisca nei confronti della banca per la restituzione di quanto ritenga di aver pagato in eccedenza rispetto al dovuto. In tal caso il fideiussore sarebbe comunque impegnato a rimborsare alla banca le somme che la stessa fosse tenuta a restituire all'originario debitore, senza poter far valere le eccezioni di pertinenza del debitore”;*

*- quanto all'art. 6 (v. par. 83, Prov. 55/2005) “**83.** Con riferimento alla deroga all'art. 1957 cod. civ. configurata dall'art. 6 dello schema ABI, occorre rilevare che essa ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà – come ritiene l'ABI – quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a svantaggio del garante”;*

*- quanto all'art. 8 (v. par. 86 Prov. 55/2005): “**86.** L'art. 8 dello schema estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore, derivanti dall'invalidità del rapporto principale. Tali obblighi sono ulteriori e diversi rispetto a quelli di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore in forza dei rapporti creditizi cui accede la fideiussione. Pertanto, una siffatta previsione non appare connaturata all'essenza del rapporto di garanzia e potrebbe, per converso, indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità o all'efficacia del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell'obbligazione di garanzia in capo al fideiussore omnibus al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate”.*

In particolare, secondo l'Autorità nazionale antitrust le condizioni standardizzate configurate e confluite agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI, non solo non risultano giustificate da alcuna esigenza di tutela del sistema del credito, come costituzionalmente inteso (art. 47 Cost. e art. 41 Cost.), ma sono addirittura tali da esonerare “ex ante” le imprese operanti nel settore del credito dall'osservanza dei

propri obblighi istituzionali concernenti l'attivarsi per la pronta tutela del credito.

E, quindi, le dette condizioni contrattuali onerose, concertate a protezione del professionista, si pongono anche in aperto contrasto con quanto imposto dall'ordinamento agli intermediari, oltre che dalla Costituzione, altresì dal Testo Unico Bancario, disincentivando in sostanza la sana e prudente gestione del credito (così par. 96 Prov. 55/2005⁸).

Le statuizioni dell'Autorità nazionale antitrust hanno tratto le mosse dal presupposto per cui, se pur la standardizzazione contrattuale frutto di un'attività associativa non sia di per sé lesiva della concorrenza, tuttavia, la stessa non rispetta la normativa antitrust, per quanto ritenuto da orientamenti consolidati in materia, se gli schemi di contratto-tipo elaborati dai professionisti sono atti a:

“- fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti;

- precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull'insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto” (par. 56 Prov. 55/2005).

Sottolinea l'Autorità nazionale antitrust *“Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza”* (par. 56 Prov. 55/2005).

L'Autorità nazionale antitrust ha, quindi, ritenuto che lo schema di contratto di fideiussione predisposto in seno all'ABI è idoneo a determinare di per sé una situazione di standardizzazione lesiva della concorrenza, considerato, tra l'altro, quanto ad effettivo grado di uniformità della diffusione, che, già all'epoca dell'istruttoria, i testi di fideiussione in uso nella prassi degli intermediari disciplinavano in modo sostanzialmente uniforme le condizioni oggetto dell'istruttoria, differenziandosi rispetto allo schema-tipo per un aggravamento della posizione contrattuale del fideiussore per operazioni di credito (questo in quanto l'intesa c'era in realtà sin dal 1987, ma anche da prima, come del resto risultava dal Provvedimento 12/1994,

⁸ Per cui: *“96. [...] per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di “sopravvivenza” della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto [con l'esigenza di garanzia e tutela del sistema del credito]. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa”*.

richiamato dal Provvedimento 55/2005).

L'Autorità antitrust ha concluso che le intese vietate sono quelle che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e che la standardizzazione contrattuale è anticoncorrenziale nel caso in cui gli schemi contrattuali istituiscano clausole, incidenti su aspetti significativi del rapporto, che impediscano *“un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti”* (par. 94 Prov. 55/2005).

Partendo da questi presupposti, l'Autorità nazionale antitrust ha ritenuto lecita la clausola c.d. omnibus, oggetto di separato sindacato (cfr. par. 13 decisione n. 55/2005), a maggior ragione all'esito degli interventi legislativi di cui alla L. 154/1992, e anche la clausola *“a semplice richiesta”* configurata all'art. 7 dello schema di contratto-base, seppur anch'essa frutto di un'intesa tra gli intermediari, in quanto ritenuta, per il suo significato sostanziale, funzionale a garantire l'accesso al credito. E ciò, però, solo nella misura in cui la detta clausola standardizzata sia intesa come limitativa sì delle facoltà del fideiussore di sollevare eccezioni sul rapporto garantito, ma purché dette eccezioni possano essere sollevate dal fideiussore successivamente⁹.

Di contro, l'Autorità nazionale antitrust ha statuito che non rispettano le regole della concorrenza le condizioni standardizzate di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art.1957

⁹ In particolare, con riferimento alla condizione standardizzata *“a prima richiesta”* l'Autorità Antitrust rileva che *“Ai sensi dell'art. 7 dello schema, “il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovuto per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio”. In caso di ritardo nel pagamento, inoltre, il garante è tenuto nei confronti della banca a corrispondere gli interessi moratori, alle condizioni previste per il debitore principale. Egli sopporta altresì le conseguenze negative di un'eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine. Ne deriva che il fideiussore non può opporsi al pagamento immediato di quanto richiesto dalla banca – che non è tenuta a rivolgersi preventivamente al debitore principale – ma mantiene la facoltà di proporre eventuali eccezioni in un momento successivo all'avvenuto pagamento”* (par. 16 Provvedimento 55/2005).

Continua l'Autorità Antitrust che la clausola *“a semplice richiesta”* -ove assunta nel suo significato, comunemente inteso, di clausola che limita la possibilità del fideiussore di opporre eccezioni in relazione alla validità o all'esecuzione del contratto principale (e non del contratto di fideiussione), consentendogli di sollevare le dette eccezioni in un momento successivo- assolve ad *“un'adeguata protezione delle esigenze connesse al credito bancario, poiché permette alla banca di recuperare immediatamente il proprio credito senza dover escutere in precedenza il debitore principale, né dimostrare il verificarsi di alcuna specifica condizione; al contempo, essa consente al fideiussore di far valere i suoi diritti in un momento successivo, al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca, che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione”* (par. 81 Provvedimento 55/2005).

In questo senso, pertanto, conclude l'Autorità Antitrust, la clausola in parola costituisce una *“standardizzazione contrattuale”* che *“non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali”*, non essendo *«ingiustificato l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola “a prima richiesta”*. Come emerso nel corso dell'istruttoria infatti essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario” (par. 95 Provvedimento 55/2005).

c.c. e di c.d. sopravvivenza, ovvero quelle condizioni contrattuali seriali che hanno per oggetto di conferire una natura indennitaria, di tipo solutorio, alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie.

Tali clausole onerose, concertate a protezione dei professionisti del settore del credito, sono lesive della concorrenza perché: i) esonerano l'intermediario dai propri doveri di diligenza; ii) aggravano in modo ingiustificato la posizione del fideiussore e iii) non sono funzionali a garantire l'accesso al credito.

È noto che la decisione nazionale antitrust n. 55/2005 sia divenuta definitiva, non essendo stata impugnata.

○○○○○

Ciò detto, vanno, da ultimo, ripercorse le argomentazioni rese dall'ABI, e, quindi, dalle imprese associate, nell'ambito del procedimento culminato con la decisione nazionale antitrust n. 55/2005, per giustificare il prodotto di fideiussione concertato a garanzia delle relative operazioni di credito.

Come risulta dalla lettura dei paragrafi 27 e ss. della decisione n.55/2005, l'ABI ha affermato quanto segue:

“Natura giuridica della fideiussione omnibus

27. L'ABI ha sottolineato le peculiarità della garanzia in esame rispetto a quella disciplinata dal codice civile. Ad avviso dell'Associazione, la fideiussione omnibus è un istituto giuridico caratterizzato da una propria causa, consistente nella prestazione di una garanzia rivolta non ad assicurare l'adempimento di una determinata obbligazione altrui, bensì a tenere indenne la banca dal rischio dell'insolvenza del garantito in relazione al complesso dei rapporti che quest'ultimo ha o avrà con la banca medesima. Le disposizioni divergenti rispetto alle norme del codice civile rappresenterebbero proprio gli elementi che definiscono la specifica funzione di questa forma di garanzia, la cui legittimità andrebbe conseguentemente giudicata al di fuori dello schema legale costruito, in generale, per la fideiussione.

28. Riguardo alle singole clausole oggetto di approfondimento, l'ABI ha precisato che la disposizione relativa all'obbligo di pagamento del fideiussore a semplice richiesta scritta della banca non configura, in effetti, una garanzia “a prima richiesta”. Quest'ultimo contratto (derogatorio rispetto al regime civilistico delle eccezioni) presenta un carattere autonomo rispetto all'obbligazione principale, mentre, al contrario, la fideiussione omnibus ha natura di garanzia accessoria.

29. *L'accessorietà della garanzia omnibus non consentirebbe alcuna deroga all'art. 1945 cod. civ., ma risulterebbe compatibile con un meccanismo, come quello previsto nello schema, del tipo solve et repete: il fideiussore, cioè, dovrebbe pagare a richiesta della banca l'importo dovuto, ma non perderebbe il diritto di far valere le eccezioni spettanti al debitore principale. La motivazione della clausola in esame risiederebbe, secondo quanto rappresentato dall'ABI, nella possibilità di rendere immediatamente esigibile il debito del fideiussore nei confronti della banca, anche al fine di ottenere un decreto ingiuntivo in caso di rifiuto di pagamento.*

30. *La rinuncia ai termini dell'art. 1957 cod. civ., ad avviso dell'ABI, va a beneficio del fideiussore, in quanto l'esercizio dell'azione giudiziale entro il breve termine previsto dalla norma "avrebbe un effetto di accelerazione delle difficoltà del debitore e potrebbe verosimilmente precludere più favorevoli soluzioni stragiudiziali, che non sarebbero possibili nei termini assai brevi previsti dal codice".*

31. *A proposito della clausola c.d. "di reviviscenza" prevista dall'art. 2 dello schema contrattuale, l'Associazione, per un verso, ribadisce il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria (che escluderebbe la possibilità di derogare all'art. 1945 cod. civ.) e, per altro verso, ritiene ragionevole la permanenza della garanzia fino a quando non si realizzi la definitiva liberazione del debitore. La peculiare funzione della fideiussione omnibus è quella di garantire alla banca l'effetto solutorio definitivo, ma tale effetto non potrebbe dirsi compiutamente realizzato qualora il pagamento del debitore fosse annullato, dichiarato inefficace o revocato.*

32. *L'ABI osserva, inoltre, che la funzione indennitaria della fideiussione omnibus giustifica anche la previsione dello schema che sancisce la sopravvivenza della garanzia a fronte dell'invalidità dell'obbligazione principale. Il fideiussore, infatti, anche quando il vincolo del debitore fosse dichiarato invalido, dovrebbe garantire l'obbligo di restituzione delle somme erogate dalla banca, in modo da evitare un ingiustificato arricchimento del debitore ai danni della stessa".*

In definitiva, secondo l'ABI, e, quindi, secondo le imprese associate, fautrici del prodotto da esse concertato di fideiussione a garanzia di proprie operazioni di credito, le condizioni standardizzate oggetto di intesa sono essenziali e funzionali alla stessa configurazione di tale prodotto d'impresa confluito nello schema-tipo e, dunque, dell'accordo, connotandone causa, oltre che funzione e natura giuridica, prodotto che, in assenza di tali elementi (inscindibili), verrebbe meno.

3. In particolare. Sulla fideiussione c.d. specifica, ovvero senza clausola omnibus.

Non si intende entrare nel merito del dibattito -che vede divisa, a quanto si evince dalle ultime pronunce rese a distanza di poco tempo l'una dall'altra, anche la nostra Corte nazionale- circa l'inclusione o meno della fideiussione per operazioni di credito specifiche, senza la previsione della clausola omnibus ma riproduttiva, in tutto o in parte, delle stesse condizioni standardizzate di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, nell'ambito degli accertamenti e delle statuizioni operati dall'Autorità nazionale antitrust con la decisione definitiva n. 55/2005.

Vero è che, per onestà intellettuale, le Sezioni Unite della Cassazione di cui alla sentenza n. 41994/2021 hanno reso i relativi principi di diritto proprio a fronte di fideiussioni senza clausola omnibus, ovvero per operazioni di credito specifiche, riproduttive delle condizioni standardizzate giudicate anticoncorrenziali dall'Autorità Antitrust, ciò ricavandosi dalla lettura della ricostruzione dei fatti, par. 1 della decisione: *“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”* (al riguardo si vedano anche i casi affrontati da Cass., n.670/2024; Cass., n.6685/2024).

Certo è che, sempre per onestà intellettuale, in base all'impianto assunto dal nostro codice civile non c'è distinzione “di tipo” tra fideiussione a garanzia di singole determinate operazioni e fideiussione a garanzia di una pluralità di operazioni anche future, essendosi sempre al cospetto dell'unico tipo di contratto di fideiussione civilistica disciplinato dal nostro legislatore, con previsione di maggiori tutele normative, a partire dalla L. 154/1992, laddove con il contratto di fideiussione si vada a garantire una pluralità di obbligazioni indeterminate anche future, in esso prevedendosi la clausola c.d. omnibus (artt. 1938 c.c. e 1956 c.c.).

Qui si intende solo richiamare -partendo dai fatti storici e dai dati oggettivi raccolti, come anche sopra ripercorsi, altresì in ordine al contesto in cui si inserisce l'accertamento compiuto dall'Autorità nazionale antitrust, da ultimo, con la decisione n. 55/2005- i principi espressi in modo vincolante dalla Corte di Giustizia dell'Unione

Europea anche in alcune recenti sentenze sul tema, in applicazione del principio di effettività.

Ciò, nella ferma convinzione che è proprio muovendo da tali principi, dettati a chiarimento delle norme unionali che vengono in rilievo, che si possa ritrovare, a mio avviso, la corretta prospettiva per (ri)leggere, valutare e risolvere, con la dovuta semplicità (figlia, essa stessa, del principio di effettività), le questioni insorte anche sul tema della fideiussione c.d. specifica.

Questo, certamente, in quelle ipotesi in cui il singolo fideiussore abbia, in un giudizio civile, richiesto di accertare l'esistenza della violazione della normativa antitrust a fronte dell'intesa realizzata dalle imprese ABI, sottoforma di accordo/decisione/pratica concordata, in tema di contrattualistica (anche) della fideiussione per operazioni di credito specifiche, adducendo prove a questo fine sufficienti, oltre che chiedendo al giudice nazionale di completare il quadro probatorio emerso, come da propri doveri istruttori officiosi e in necessaria coerenza con i criteri elaborati nella materia dalle autorità di public enforcement.

I principi rivenienti dalla sentenza della Corte di Giustizia del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/22.

Con la sentenza del 29 giugno 2023 resa in causa C-211/22, la Corte di Giustizia, ha ribadito, in linea di continuità con la propria costante giurisprudenza, che l'applicazione del principio di effettività esige, tra gli altri, che la prova di una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione, la quale ricorre quando l'intesa si estenda su tutto il territorio nazionale, avendo, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione nazionale, possa essere apportata non solo mediante prove dirette, ma anche attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti.

Afferma la Corte di Giustizia che *“l'esistenza di una pratica concordata o di un accordo, nella maggior parte dei casi, deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole di concorrenza (sentenza del 21 gennaio 2016, Eturas e a., C-74/14, EU:C:2016:42, punti 36 e 37 e giurisprudenza ivi citata)”*.

Ricorda, inoltre, la Corte di Giustizia, in premessa ai *dicta* espressi anche in tale sentenza, che *“Secondo la giurisprudenza della Corte, in mancanza di norme dell'Unione relative*

ai principi che disciplinano la valutazione delle prove e il grado di intensità della prova richiesto nei procedimenti nazionali ai sensi dell'articolo 101 TFUE, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilirle, in forza del principio di autonomia procedurale, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza del 21 gennaio 2016, Eturas e a., C-74/14, EU:C:2016:42, punti da 30 a 32 e giurisprudenza ivi citata)⁹.

I principi rivenienti dalla sentenza del 20 aprile 2023 resa in causa C-25/2021.

Con sentenza del 20 aprile 2023, resa in causa C-25/2021, già sopra citata, la Corte di Giustizia, in adesione a quanto rilevato dall'Avvocato Generale nelle conclusioni depositate l'8 settembre 2022, ha ribadito che le decisioni antitrust rese da Autorità nazionali di public enforcement devono essere interpretate e applicate da parte dei giudici civili degli Stati Membri nella loro portata materiale, avuto riguardo alla natura della violazione accertata, senza stravolgimenti di sorta.

Questo, difatti, è quanto è stato ribadito a più riprese dalla Corte di Giustizia proprio a fronte di violazioni antitrust denunciate a carico di imprese fautrici o partecipanti all'intesa denunciata che siano totalmente *o anche solo parzialmente coincidenti* con l'accertamento eseguito dall'Autorità pubblica antitrust (nazionale o europea), nell'ambito dello stesso contesto economico e giuridico, a maggior ragione se divenuto definitivo.

Evidenzia la Corte di Giustizia, anche nella sentenza in commento, che un tale approdo costituisce il necessario corollario dell'applicazione del principio di effettività e dell'esigenza di garantire la piena efficacia delle norme poste a presidio della concorrenza (l'art. 101 TFUE, cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990), oltre a costituire applicazione del principio di certezza del diritto.

L'approdo in questi termini si radica, sempre per quanto chiarito dalla Corte, anche in assenza di una specifica normativa dell'Unione, e, quindi, prima della sua emanazione, nelle stesse disposizioni del diritto primario (art. 101 TFUE, da cui deriva l'art. 2 L.

287/1990) e nei principi generali del diritto dell'Unione, come costantemente interpretati dalla giurisprudenza unionale.

I principi derivanti dalla sentenza del 29 luglio 2024, resa in causa C-298/22.

Con sentenza del 29 luglio 2024 resa in causa C-298/22 la Corte di Giustizia, chiamata in sede di rinvio pregiudiziale a declinare gli elementi da considerare da parte dei giudici civili o delle autorità nazionali garanti della concorrenza per accertare l'esistenza di una restrizione della concorrenza, nella specie per oggetto, a fronte di accordi/decisioni di associazione di imprese/pratiche concordate, ha affermato, in adesione alle conclusioni dell'Avvocato Generale depositate il 5 ottobre 2023 e in rigetto delle deduzioni svolte dalle imprese sanzionate, che:

- posto che l'esistenza di un'esperienza solida e affidabile non è condizione preliminare ai fini della qualificazione come restrizione per oggetto di una pratica, i giudici o le autorità nazionali della concorrenza non devono necessariamente dimostrare l'esistenza di un precedente al fine di qualificare un comportamento sul mercato come restrizione della concorrenza per oggetto (cfr. par. 34 conclusioni Avvocato Generale e par. 41 sentenza);

- fermo quanto sopra, è ad ogni modo evidente come accordi o pratiche a comportamenti o categorie di comportamenti la cui dannosità per la concorrenza sia indubbia alla luce dell'esperienza acquisita dovranno essere dichiarati di per sé dannosi alla concorrenza da parte dei giudici (anche in assenza di una decisione pubblica) o delle autorità nazionali garanti della concorrenza (cfr. par. 38 conclusioni e par. 41 sentenza);

- in questo senso, difatti, per dirla con le parole dell'Avvocato Generale, cui la Corte si rifà, *“l'esistenza di una esperienza solida ed affidabile riguardo alla dannosità di una pratica che presenti le stesse caratteristiche di un'altra, precedentemente qualificata come restrizione della concorrenza per oggetto, lo sia a sua volta”* (cfr. par. 38 conclusioni); e tutto questo a maggior ragione allorquando nessun altro elemento specifico di detta pratica e, in particolare, il contesto giuridico ed economico nel quale essa si colloca possano mettere in discussione tale contestazione;

- per altro verso, l'accertamento dell'esistenza di una restrizione della concorrenza da parte del giudice o dell'autorità nazionale garante della concorrenza non è escluso neppure da un'eventuale mancanza di identità tra le caratteristiche di una pratica precedentemente sanzionata e quelle di una pratica da sanzionare, pena l'evidente vanificazione della normativa antitrust.

ooooo

Dai principi espressi in modo vincolante dalla Corte di Giustizia, anche nelle sentenze richiamate, si ritraggono validi spunti per leggere o, meglio, rileggere, a mio avviso, le questioni insorte in tema di violazione della normativa antitrust a fronte della fideiussione a garanzia di operazioni di credito specifiche, tenuto conto della realtà dei fatti, come sopra ripercorsi, e al lume, sempre, del principio di effettività, sotteso alle norme da applicare in materia.

Quanto all'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale sul tema della fideiussione c.d. specifica, ritengo che le strade siano tre, non quattro.

La prima. La portata materiale della decisione nazionale antitrust n. 55/2005, la quale ha riguardato, sostanzialmente, le singole condizioni standardizzate, nell'occasione confluite nello schema ABI esaminato e che ha fatto seguito alla precedente decisione nazionale antitrust n. 12/1994, è tale da estendersi, per le relative implicazioni, in applicazione del principio di effettività, anche alla fideiussione c.d. specifica riprodotiva in tutto o in parte delle condizioni anticoncorrenziali standardizzate di c.d. reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza. In questo senso, non rileva il "contenitore" in cui sono inserite le condizioni standardizzate giudicate di per sé anticoncorrenziali, ma, per l'appunto, le clausole concertate tra le imprese di per sé lesive della concorrenza, in quanto tali vietate e nulle nonché prive di ogni effetto, per la loro capacità di falsare o restringere il mercato.

La seconda. Ove ciò non si ritenesse, resta comunque che, allegata e accertata l'uniformità della standardizzazione nella concertazione o adozione da parte delle imprese delle clausole in contestazione anche nella fideiussione c.d. specifica, a sua volta rinvenienti, storicamente, da moduli o formulati elaborati in seno all'ABI (le N.U.B. su fideiussione per singole operazioni di credito, cfr. *supra* § 2), al pari di quanto

accertato dalla stessa Autorità nazionale antitrust -sia tale concertazione considerata come accordo o decisione dell'associazione o pratica concordata-, la decisione antitrust nazionale n. 55/2005 configura un *indubbio precedente* di cui deve tenersi conto ai fini delle relative valutazioni richieste, soprattutto in tema di dannosità dell'intesa realizzata dalle imprese del settore con le condizioni contrattuali standardizzate di cui si tratta.

In questo senso, mutuando dall'esperienza pratica, gli argomenti valevoli sul tema, in conformità al percorso tracciato dalla Corte di Giustizia, in applicazione delle norme vincolanti e dei criteri da applicare alla materia antitrust, sempre al lume del fondamentale principio di effettività, così potrebbero essere criticamente sviluppati, al ricorrere delle relative condizioni:

- è indubbio che le clausole contrattuali standardizzate contenute anche nella fideiussione c.d. specifica oggetto dell'intesa realizzata tra le imprese operanti nel settore del credito -istituite nelle NUB/Circolari ABI, ovvero diffuse in tutti i modelli utilizzati dalle imprese da lungo tempo e su tutto il territorio nazionale, attestanti il loro concreto coordinamento - siano le stesse identiche condizioni contrattuali istituite o, meglio, poi confluite, nello schema standard ABI dell'ottobre del 2002 portato a conoscenza nell'occasione dell'Autorità antitrust nazionale;

- la decisione nazionale antitrust n. 55/2005, laddove ha accertato e decretato la dannosità delle condizioni contrattuali standard -di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, aventi per oggetto la restrizione della concorrenza, istituite e confluite, nel loro testo base, nello schema ABI 2002 - è il frutto di un accertamento solido e affidabile, in ragione dell'istruttoria compiuta dall'Autorità di public enforcement, non oggetto di alcuna contestazione (il provvedimento è definitivo), oltre che alla luce dei criteri consolidati elaborati nella materia e applicati dalla stessa autorità, in conformità agli orientamenti elaborati in ambito unionale;

-d'altro canto, è dalla mera lettura della decisione nazionale antitrust n. 55/2005 ad emergere che l'intesa tra le imprese ABI oggetto di sindacato, in relazione alle condizioni standardizzate di cui si tratta, è stata qualificata e considerata dall'Autorità antitrust nazionale come una restrizione della concorrenza *per oggetto*, secondo i canoni espressi dalla Corte di Giustizia al riguardo;

- basti, a questo fine, considerare che le statuizioni dell'Autorità di public enforcement sono rese in relazione a condizioni contrattuali standardizzate essenziali e strategiche

per le relative imprese (si vedano anche le argomentazioni rese al riguardo dell'ABI, paragrafi 27 e 36 Prov. n. 55/2005) istituite in uno schema contrattuale concertato in seno alla loro associazione (l'ABI), di cui è vietata la diffusione e riproduzione anche nel futuro da parte delle imprese associate; e questo, in ragione del fatto che le condizioni standardizzate in questione hanno ad oggetto, nel contesto giuridico ed economico considerato, la restrizione della concorrenza, al di là dell'esame dei loro effetti (rileva l'Autorità di public enforcement che la violazione della normativa antitrust è nello schema -il cartello contrattuale- e nella sua capacità di restringere di per sé il mercato in danno ai relativi utenti, cfr., par. 56 decisione n. 55/2005);

- secondo questa prospettiva, la decisione nazionale antitrust n. 55/2005 è, pertanto, un precedente che il giudice civile deve considerare ai fini della valutazione della dannosità dell'intesa denunciata in relazione alle clausole standardizzate in contestazione istituite anche negli schemi di fideiussione per operazioni di credito specifiche, non potendo esserne disconosciuta la relativa portata;

- e questo perché tale decisione antitrust ha ad oggetto statuizioni afferenti ad un'intesa avente le stesse identiche caratteristiche dell'intesa in tema di contrattualistica della fideiussione contenente la clausola c.d. omnibus, e tanto più nel caso in cui non emerga alcun elemento specifico, da parte delle imprese, dell'intesa, anche in tema di contrattualistica della fideiussione per operazioni di credito specifiche, diverso rispetto all'intesa sanzionata con la decisione n. 55/2005 e, dunque, tale da richiedere differenti valutazioni in punto di dannosità della restrizione della concorrenza, essendo, piuttosto, attestato che si è al cospetto dello stesso contesto giuridico ed economico in cui l'intesa pur sempre si inserisce.

Al riguardo è indubitabile che:

-come detto, il tipo di contratto, nel contesto del quale sono inserite le condizioni standardizzate all'esame, è sempre e solo quello di fideiussione a garanzia, nella specie, di operazioni di credito bancario, al di là del fatto che si tratti di operazioni determinate o generiche, ragion per cui vi è l'attestazione dell'identità del contesto giuridico di riferimento delle intese (i cartelli contrattuali sulla fideiussione) in considerazione;

-le imprese che hanno posto in essere l'intesa sul tema (anche) della contrattualistica della fideiussione c.d. specifica, in relazione alle medesime condizioni standardizzate di cui si tratta, sono sempre le associate ABI, dovendo ricondursi il modulo di contratto da esse uniformemente adottato anche per le operazioni di credito determinate, a sua

volta ad un medesimo modello elaborato in seno alla propria associazione (le N.U.B.) ed essendo, inoltre, interessato sempre il mercato nazionale del credito istituzionale; ragion per cui vi è l'attestazione anche dell'identità del contesto economico di riferimento delle intese (i cartelli contrattuali sulla fideiussione per operazioni di credito, concertati dalle imprese in seno alla propria associazione) in considerazione; -d'altro canto, l'intesa restrittiva ha ad oggetto condizioni essenziali e strategiche, quali le condizioni di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza (il nucleo base della fideiussione per operazioni di credito, in qualsiasi declinazione)- per le imprese associate all'ABI, trattandosi, come è noto, e dalle stesse notoriamente dichiarato, di condizioni fissate in modo standardizzato con l'obiettivo di "trasformare" la fideiussione civilistica in una garanzia atipica o addirittura autonoma, sottratta, ma in modo non consentito e così, anche bandito, dall'Autorità Antitrust nazionale, alle norme dettate dal legislatore (sia che si tratti di fideiussione c.d. omnibus, sia che si tratti di fideiussione c.d. specifica).

ooooo

Così ricondotta la questione, ritornano, in tutta la loro efficacia espansiva, le conclusioni della decisione nazionale antitrust n. 55/2005 di cui ai paragrafi 91-96, dalla lettura delle quali ci si rende conto della loro sostanziale applicabilità, nel senso tracciato dalla Corte di Giustizia, anche all'intesa realizzata, in relazione delle condizioni contrattuali standardizzate – di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza – istituite dalle imprese ABI nella fideiussione c.d. specifica: *"91. L'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90 considera intese gli accordi e le pratiche concordate tra imprese nonché "le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari". Le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90.*

92. Il successivo comma dell'articolo 2 della legge n. 287/90 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, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali", quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati. Le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti.

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

93. Le verifiche compiute nel corso dell'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI. Tale uniformità discende da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo.

94. La standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali. Essa può risultare compatibile con le regole di concorrenza a condizione che gli schemi uniformi non ostacolino la possibilità di diversificazione del prodotto offerto, anche attraverso la diffusione di clausole che, fissando condizioni contrattuali incidenti su aspetti significativi del rapporto negoziale, impediscano un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti.

95. In questo senso, non è ingiustificato l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola "a prima richiesta". Come emerso nel corso dell'istruttoria – infatti – essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario. Tale valutazione trova conferma nel raffronto con le esperienze estere, da cui emerge un'ampia diffusione della clausola in questione, e in quanto previsto nell'Accordo di Basilea 2, che considera la clausola stessa essenziale ai fini del riconoscimento delle garanzie personali come strumenti di attenuazione del rischio.

96. Viceversa, per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa".

La terza. Nei giudizi civili la richiesta del singolo fideiussore di accertare l'intesa anticoncorrenziale attuata dalle imprese operanti nel settore del credito sul tema della contrattualistica (anche) della fideiussione per operazioni di credito specifiche, altresì in assenza, ove così ritenuto, di un accertamento dell'Autorità antitrust nazionale in tal senso (fermo, ad ogni modo, quanto indicato al riguardo dalla Corte di Giustizia, cfr. *supra*), può certamente essere suffragata dall'allegazione di una serie di indizi oggettivi e concordanti, non essendo, di contro, necessario addurre delle prove dirette; in questo caso, quindi, occorre procedere ad accertare, completando eventualmente il quadro

istruttorio in via officiosa, la violazione della normativa antitrust da parte dei giudici nazionali, in applicazione dei criteri consolidati elaborati nella materia, facendo necessario riferimento, per coerenza, all'esperienza maturata dalle autorità di public enforcement. E questo tanto più ove non risulti, come solitamente accade, la specifica allegazione e dimostrazione, da parte delle imprese, di una valida, coerente e logica spiegazione effettivamente alternativa rispetto all'uniformità sostanziale dei loro comportamenti, di per sé, pacificamente, indicativa dell'esistenza e persistenza di un'intesa; e questo perché si tratta di comportamenti *“collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato”* (così, *ex multis*, Cons. Stato nn.4506/2014, 4511/2014, 4513/2014; Cons. Stato n. 4010/2018, in attuazione dei principi espressi in ambito unionale).

oooo

Una *“quarta”* strada, consistente nel sostanziale rifiuto di indagare sul tema a fronte della richiesta del singolo, come da proprio diritto sostanziale, ritengo non sia di per sé consentita. Questo perché, di fatto, ipotesi che sarebbe contraria al sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza dal diritto dell'Unione, in funzione dell'attuazione del mercato interno, e al principio di effettività, secondo le linee direttrici tracciate, per ogni profilo, dalla Corte di Giustizia nelle sentenze vincolanti rese sul tema.

4. La legittimazione attiva dei singoli utenti a fare valere la nullità o, meglio, non opponibilità, dell'intesa anticoncorrenziale, oltre al risarcimento del danno.

Come si evince dai principi espressi dalla Corte di Giustizia, anche nelle sentenze sopra richiamate, in ambito unionale non vi è mai stato un reale dubbio in ordine al fatto che, ai sensi dell'art. 101 TFUE (già art. 81 TCE, nonché art. 85 TCEE), cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990, l'intesa anticoncorrenziale -posto che non ha, e ne può avere, alcun minimo effetto, pena la compromissione dell'attuazione del mercato interno- non possa essere, per logica conseguenza, di per sé opposta, *nei suoi effetti, passati, presenti e futuri*, oltre che ai contraenti in confronto ai quali l'intesa è nulla, neppure ai terzi estranei all'intesa, i quali hanno, pertanto, in questa prospettiva, piena

legittimazione a far valere i propri diritti pregiudicati dall'altrui condotta anticoncorrenziale.

Il dubbio è sorto -a torto o a ragione- nel nostro ordinamento, risolvendolo con la categoria del c.d. contratto "a valle" attuativo dell'intesa illecita "a monte" e del suo nesso funzionale con la seconda, quando, invero, nel diritto unionale, la questione è molto più semplice e rispondente al principio di effettività, trasversale a tutti gli ordinamenti interni degli Stati Membri, da cui riviene la risoluzione anche della legittimazione attiva del singolo attribuita dal sistema.

L'illecito antitrust, in quanto vietato, è affetto da nullità assoluta di pieno diritto per come sancito dalla norma unionale, avente efficacia diretta, posta all'art. 101 TFUE e non può, pertanto, essere azionato, eseguito o perseguito dalle imprese in qualsiasi forma o modo lo stesso si realizzi o concretizzi; se l'illecito consiste in un'intesa orizzontale tra imprese in danno agli utenti, come nel caso di cartelli contrattuali attuati tra tutti i professionisti operanti nello stesso settore, a maggior ragione in seno alla propria associazione di categoria, la sua riproduzione nel singolo contratto, costituendone attuazione, è di per sé investita dalla nullità assoluta o, meglio, avuto riguardo ai terzi estranei al cartello contrattuale, da una sua non opponibilità al terzo, sotto ogni profilo.

Tradotto in parole ancora più semplici: qualsiasi prestazione formalmente rivendicata sulla base di un illecito antitrust vietato, in ogni sua forma, dal sistema pubblicistico (e, quindi, incorporato o meno in un singolo contratto, che, nella specie, ne è l'effetto) è di per sé ineseguibile, non attribuendo al relativo trasgressore alcun minimo diritto, né direttamente né indirettamente, con obbligo anche del giudice nazionale di rilevare o accertare siffatta sua non eseguibilità o non opponibilità verso i terzi estranei al cartello. Per conseguenza, il terzo estraneo all'intesa ha piena legittimazione ad opporsi alla stessa, facendo valere, prima ancora che il risarcimento del danno, la non eseguibilità nei suoi confronti, in reazione o prevenzione, dell'intesa vietata realizzata tra le imprese, tanto più se si è al cospetto di una intesa orizzontale realizzata in suo danno, in relazione ad ogni sua attuazione e ogni suo effetto, nella specie, attestati dal singolo contratto che concretizza, recependolo, l'accordo illecito.

5. La legittimazione passiva delle imprese che hanno realizzato o attuato l'illecito antitrust.

Sempre in ambito unionale, non vi è dubbio che in tema di illecito antitrust la responsabilità operi secondo un principio di c.d. continuità economica, secondo la quale la stessa ricade in capo non solo a colui che genera l'infrazione, ma anche a coloro che la perseguono, in casi di mutamenti di qualsivoglia genere, pena l'aggiramento della normativa pubblicistica antitrust¹⁰.

Ai fini pratici, l'illecito antitrust non può essere perseguito né dall'impresa che ha trasgredito al divieto di intese anticoncorrenziali, né dai suoi aventi causa, a prescindere dalla forma o dalla modalità dei trasferimenti o cessioni realizzati, proprio perché l'illecito in questione, in quanto vietato dal sistema pubblicistico antitrust e attinto da nullità assoluta di pieno diritto, non ha alcun effetto sul mercato, né diretto, né indiretto.

6. La competenza a decidere sulla violazione della normativa antitrust. La contemporanea pendenza di giudizi.

È ben noto che nel nostro ordinamento la competenza a decidere con efficacia di giudicato sulle questioni di violazione della normativa antitrust, anche in questa materia, siano devolute alla competenza esclusiva delle Sezioni Specializzate in Materia delle Imprese, e, a partire dalla novella di cui al D.lgs 3/2017, a quelle di Milano, di Roma o di Napoli, in relazione ai rispettivi ambiti territoriali.

Ma è, altresì, noto che, in seno a giudizi civili, in cui si controverta di domande di pagamento promosse dalle imprese o da loro aventi causa fondate sull'illecito antitrust, è compito del giudice investito bloccarne la relativa richiesta, con accertamento in via incidentale al riguardo.

Del resto, ogni diversa soluzione non sarebbe compatibile con l'ordinamento unionale. Questo in quanto, come detto, è a tutti i giudici nazionali, primi giudici europei, che

¹⁰ Così si è espressa la Corte di Giustizia in diverse sentenze, tra cui possono citarsi, tra le tante, la sentenza del 14 marzo 2019 resa in causa C-724/17(Skanka), la sentenza dell'11 dicembre 2007, resa in causa C-280/06 (ETI), la sentenza del 7 gennaio 2004, resa nelle cause riunite C-204/00, C-205/00, C-213/00, C-217/00 e C-219/00 (Aalborg Portland), la sentenza del 28 marzo 1984, resa nelle cause riunite C-29/83 e C-30/83 (Compagnie Royale asturienne des mines).

competete l'obbligo di assicurare d'ufficio il rispetto della normativa unionale, tra cui in particolare quella antitrust (cfr., in questo senso, altresì quanto si ricava dalle norme della Direttiva (UE) 104/2014), bloccando ogni forma di rivendicazione degli effetti, passati, presenti e futuri, che su quell'illecito antitrust si intenderebbero fondare; e questo a maggior ragione se nei confronti di terzi estranei all'accordo vietato, come nei cartelli contrattuali, costituenti intese orizzontali realizzate tra le imprese di un settore in danno ai consumatori/utenti.

Altra questione è se nella contemporanea pendenza di un giudizio di accertamento con efficacia di cosa giudicata innanzi il giudice antitrust della violazione della normativa a tutela della concorrenza e applicazione dei conseguenti effetti e di un giudizio avente ad oggetto una domanda di pagamento fondata su illecito antitrust, nell'ipotesi attribuito, in via esclusiva, al giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 645 c.p.c., tale ultimo giudizio debba essere o meno sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. per la pregiudizialità dell'accertamento oggetto del giudizio antitrust (e questo, in ragione della competenza funzionale inderogabile del giudice dell'opposizione a decidere sulla domanda di pagamento azionata in via monitoria dall'impresa ricorrente).

Al riguardo, è noto che esistano anche sul punto contrasti nella giurisprudenza interna, che, si auspica, possano trovare una loro ricomposizione all'esito del pronunciamento richiesto alle Sezioni Unite della Cassazione con ordinanza interlocutoria n. 27927 del 29 ottobre 2024.

Ciò che qui si intende evidenziare è che la soluzione alla questione posta, se è pur vero che debba essere rinvenuta sulla base delle norme dell'ordinamento interno, nell'ambito dell'autonomia procedurale riconosciuta ad ogni Stato Membro, in tanto potrebbe, però, ritenersi compatibile con il diritto unionale, in quanto vengano rispettati i noti limiti del principio di effettività e del principio di equivalenza.

7. La prova dell'illecito antitrust consistente nel cartello nazionale in tema di fideiussione per operazioni di credito bancario.

Come risulta dalla decisione nazionale n. 55/2005, l'illecito antitrust in essa giudicato risiede nella concertazione tra le imprese confluita nello schema di contratto-tipo elaborato in seno all'ABI e nella capacità di tale schema, in particolare delle relative condizioni contrattuali dichiarate lesive della concorrenza, di c.d. reviviscenza, di c.d.

deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, di restringere o falsare di per sé il mercato (cfr. par. 56 decisione per cui “*Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza*”).

Se questo è, ne consegue che, a ben vedere, per l'accertamento dell'attuazione da parte del giudice civile di tale illecito antitrust (il cartello contrattuale), realizzato dalle imprese ai danni dei terzi estranei, basta verificare, posto che la violazione della normativa antitrust è già stata decretata dall'Autorità nazionale antitrust con decisione definitiva, il fatto della sua inclusione nel singolo contratto (lo strumento di attuazione del cartello contrattuale realizzato tra le imprese del settore), non opponibile ai terzi, estranei all'accordo vietato.

Di contro, la diffusione di tale illecito antitrust presso altre imprese ABI dopo la decisione nazionale definitiva 55/2005 non è un requisito di sua configurazione. Questo in quanto l'illecito in questione sta, per l'appunto, già nel cartello contrattuale realizzato, tramite la concertazione attestata dallo schema elaborato in seno all'ABI, tra le imprese associate.

In merito, vanno riportati i principi già espressi dalla Cassazione con pronuncia n.13846/2019, ripresi dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n.41994/2021: “*Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato dalla cit. Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207 (cfr. in tema anche Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, secondo cui ai fini dell'illecito concorrenziale di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 2, rilevano tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato). Ciò che andava accertata, pertanto, non era la diffusione di un modulo ABI da cui non fossero state espunte le nominate clausole, quanto la coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva: giacché, come è chiaro, l'illecito concorrenziale poteva configurarsi anche nel caso in cui l'ABI non avesse contravvenuto a quanto disposto dalla Banca d'Italia nel provvedimento del 2 maggio 2005, ma la Banca Popolare di Bergamo avesse egualmente sottoposto all'odierno ricorrente un modulo negoziale includente le disposizioni che costituivano comunque oggetto dell'intesa di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a)”.*

Tali principi sono, del resto, conformi ai criteri espressi, in attuazione del principio di effettività, dalla Corte di Giustizia nelle sentenze rese sul tema, tra cui, da ultimo, nella pronuncia del 23 aprile 2023 resa in causa C-25/21 sopra citata.

Per inciso, non si intende qui sostenere che, tenuto conto anche della non uniformità delle opinioni al riguardo, non sia opportuno, nei relativi giudizi civili, dimostrare anche la (notoria) diffusione del cartello anticoncorrenziale di cui si tratta presso altre imprese dopo la pubblicazione della decisione antitrust n. 55/2005. Questo, però, costituisce, a mio avviso, solo un mero scrupolo difensivo, che non può, e non deve, condurre ad uno stravolgimento del reale senso delle cose.

8. Le conseguenze derivanti dalla violazione della normativa antitrust a fronte dell'intesa sul tema della contrattualistica della fideiussione per operazioni di credito.

8.1. La nullità assoluta di pieno diritto dell'accordo. Quale valutazione?

Se è pur vero che le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 41994/2021 abbiano preferito, come è noto, l'opzione della nullità parziale, ovvero sia confinata alle singole condizioni dichiarate anticoncorrenziali dall'Autorità antitrust di c.d. reviviscenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. e di c.d. sopravvivenza, sulla base delle considerazioni ivi svolte, tuttavia, è dalla stessa pronuncia ad emergere che tale opzione non costituisce, e né potrebbe esserlo, un assioma.

In particolare, sono le stesse Sezioni Unite ad affermare che la nullità totale va decretata nella misura in cui risulti che le singole condizioni dichiarate anticoncorrenziali dall'Autorità nazionale antitrust siano essenziali nel contesto dell'accordo in cui sono inserite.

Tanto, però, la Corte nazionale ha affermato, nel relativo caso, formulando considerazioni -pur nella premessa della specialità della materia antitrust e delle sanzioni comminate dal sistema di derivazione unionale anche in termini di nullità, distinte da quelle civilistiche, come ancor sancito dalla Cassazione sin dal 1999 (Cass., n. 827/1999) - attestanti l'adozione di un approccio che, poi, di fatto, finisce per fare ricorso a categorie del diritto interno e non del diritto unionale, come dovuto.

Ciò detto, ritengo che per la valutazione della questione qui posta possa adottarsi un diverso approccio, segnatamente quello tracciato dallo stesso art. 101 TFUE, cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990, unitamente alle indicazioni già fornite al riguardo dalla Corte di Giustizia; il tutto, ben dovendo ricordare, che, come è noto, allorquando venga in rilievo una questione attratta alla disciplina unionale occorre utilizzare, da parte degli operatori, solo le categorie dell'ordinamento unionale, in luogo di quelle dell'ordinamento interno, pena il venir meno della coerenza e della uniformità di interpretazione e applicazione imposte a tutti gli Stati Membri dal sistema sovraordinato europeo, in funzione, anch'esse, dell'attuazione del mercato interno.

Non osta a questo diverso proposto approccio la considerazione per cui le conseguenze della nullità antitrust spetterebbero, nella relativa regolamentazione, all'ordinamento interno di ogni Stato Membro nell'ambito della propria autonomia procedurale. Una tale considerazione è smentita dal tenore testuale dello stesso art. 101 TFUE, che pone, oltre che la regola del divieto di intese anticoncorrenziali, la regola della nullità delle intese in questione, come precisata dalla stessa Corte di Giustizia (cfr. *supra*); tanto è vero che più volte la Corte europea è stata investita dai giudici del rinvio a fornire, ai sensi dell'art. 267 TFUE, criteri interpretativi proprio in rapporto alla regola della nullità assoluta di pieno di diritto posta dalla norma unionale e alla sua portata ed estensione.

Detto in altri termini, in questo ambito non c'è autonomia degli Stati Membri nello stabilire la sanzione per la violazione del divieto di intese sancito dalla normativa antitrust. Questo perché la sanzione, in tale specifico caso, è chiaramente scritta nel Trattato in una disposizione primaria che ha efficacia diretta, individuandosi nella nullità assoluta di pieno diritto verso i contraenti l'intesa vietata, da un lato, e nell'inopponibilità dell'intesa in questione verso i terzi ad essa estranei, dall'altro lato, da applicarsi secondo i principi di effettività e di proporzionalità.

Per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, come richiamata anche nella sentenza del 23 aprile 2023 resa in causa C-25/21 cit., se è vero che, in linea teorica, la nullità assoluta sancita dall'articolo 101, paragrafo 2, TFUE si applica ai soli elementi dell'accordo vietati dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e questo per un principio di proporzionalità, tuttavia, è anche vero che, in concreto, "*L'insieme dell'accordo è nullo [...], se questi elementi non sono scindibili dall'accordo stesso (v., in tal senso, sentenza del 28 febbraio*

1991, *Delimitis*, C-234/89, EU:C:1991:91, punto 40)” (così sentenza in C-25/21 del 23 aprile 2023; nonché già sentenza 30 giugno 1966 (*Société technique minière*), resa in causa C- 56/65).

Dalla lettura delle sentenze della Corte di Giustizia rese sul punto, in risposta ai quesiti posti dai giudici del rinvio, segnatamente circa la portata della nullità assoluta di pieno diritto sancita dal sistema antitrust, emerge che la valutazione imposta al riguardo dall’art. 101 TFUE, cui corrisponde il nostro art. 2 L. 287/1990, debba riferirsi “all’accordo”, ovverosia all’intesa realizzata tra due o più imprese, in rapporto al quale verificare se gli elementi vietati dello stesso, perché solo questi formalmente giudicati lesivi della concorrenza, risultino, sostanzialmente, inseparabili, nel qual caso esso sarà colpito nel suo complesso.

In altri termini, la valutazione richiesta a questi fini va sempre operata restando al livello dell’intesa realizzata tra le imprese sottoposta a sindacato di lesività ai fini della concorrenza, senza, di contro, sconfinare in valutazioni che finiscono per approdare ai rapporti “a valle” con i terzi estranei all’intesa oggetto di sindacato, per di più con valutazioni *ex post* e non *ex ante*.

Se questo è, ne consegue, avuto riguardo al caso all’esame, che, posto che l’intesa è il contratto-tipo recepito da una decisione di un’associazione di imprese, quale lo schema ABI, è a questo “accordo” assunto tra le relative imprese che deve guardarsi, costituendo il singolo contratto solo l’attuazione (l’effetto) dell’intesa realizzata, non opponibile ai terzi ad essa estranei.

Ne deriva, pertanto, per l’ulteriore effetto, che è sempre e solo in relazione allo schema di contratto (ovvero il cartello contrattuale), concertato dalle imprese in seno all’ABI, che dovrà valutarsi, ai fini di cui qui si discute, se i suoi elementi, attinti dalla nullità speciale antitrust in ragione delle statuizioni dell’autorità nazionale di public enforcement, da esso non siano scindibili o separabili, investendo, in questa ipotesi, la nullità speciale antitrust l’intero accordo (l’intesa orizzontale-il cartello) nel suo complesso.

Di contro, focalizzare l’attenzione sul singolo “contratto a valle”, per di più adottando, ma in modo non consentito, le categorie del diritto interno afferenti alle nullità propriamente civilistiche, in luogo, come imposto, delle categorie unionali, alla ricerca, addirittura, di una volontà del singolo utente che subisce l’intesa orizzontale attuata tra

le imprese del settore e, rispetto alla quale, lo stesso è “terzo” estraneo, finisce per disconoscere la stessa portata della nullità speciale di pieno diritto comminata dall’art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990, come delineata dalla Corte di Giustizia, e, ancor prima, la stessa struttura e configurazione dell’intesa di cui si tratta.

Posta questa chiave di lettura, torniamo, quindi, a rileggere i dati che emergono dalla decisione nazionale antitrust n. 55/2005 anche al riguardo.

Come rilevato (cfr. *supra* § 2), dai punti 27 e ss. della decisione antitrust n. 55/2005 risulta che l’ABI, e, quindi, le imprese associate, hanno dichiarato, nel relativo procedimento, che le condizioni giudicate anticoncorrenziali da parte dell’Autorità nazionale antitrust di cui allo schema di contratto esaminato, ovvero sia le condizioni di c.d. sopravvivenza, di c.d. deroga all’art. 1957 c.c. e di c.d. reviviscenza, sono essenziali nel contesto del prodotto di garanzia da esse elaborato. Dichiara l’ABI, in particolare, che sono questi elementi a connotare la causa del prodotto di fideiussione per operazioni di credito confluito nello schema, in mancanza del quale verrebbe meno la stessa natura giuridica, oltre che causa e funzione, del prodotto di garanzia in questione.

Del resto, questo tipo di approccio è quello che ancora oggi viene sistematicamente assunto, come è noto, dalle imprese associate all’ABI o da loro aventi causa nei vari giudizi civili, di cui alle diverse pronunce annotate o commentate sul tema, in linea di continuità con il passato, giungendo, come detto in premessa, le stesse imprese, addirittura, a ritenere la natura autonoma della propria garanzia, grazie, sostanzialmente, a quelle condizioni anticoncorrenziali, contenuta nel modello di fideiussione per operazioni di credito conforme allo schema ABI.

Se questo è, ritengo che, applicando i criteri indicati dalla Corte di Giustizia al riguardo, e dovendo la valutazione in termini di reale portata/estensione della nullità ex art. 101 TFUE, cui corrisponde l’art. 2 L. 287/1990, operarsi, come detto, in rapporto allo schema concertato dalle imprese -che è l’intesa, ovvero sia l’accordo rilevante ai fini della normativa a tutela della concorrenza- ne deriva che risulta attestato, per stesse ammissioni dell’ABI e delle imprese associate, che, posto che le condizioni/gli elementi dell’accordo attinti dalla nullità speciale antitrust non sono da esso scindibili ovvero separabili, risultandone, in difetto, compromessa causa e funzione del prodotto di garanzia normato dallo schema, oltre che natura giuridica, l’insieme dell’accordo (lo

schema) è nullo nel suo complesso, ai sensi dell'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990; e con esso è privo di ogni effetto, passato, presente e futuro, nella sua interezza qualsiasi strumento che lo attui e concretizzi (*i.e.* il singolo contratto) verso i terzi estranei.

8.2. La nullità parziale. Questioni “aperte”.

Non vi è dubbio che la sanzione di nullità speciale antitrust colpisca le condizioni giudicate lesive della concorrenza dalla decisione nazionale n. 55/2005 e, segnatamente, le condizioni standardizzate, oltre che di c.d. reviviscenza e di c.d. sopravvivenza, di c.d. deroga all'art. 1957 c.c. incluse nella singola fideiussione in attuazione dell'illecito antitrust.

Parimenti non vi è dubbio che si tratti di una nullità speciale imposta dal sistema antitrust che va rilevata o accertata d'ufficio dal giudice nazionale in ogni stato e grado del processo civile, come ribadito, oltre che dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 41994/2021, dalla Corte di Giustizia anche nelle sentenze sopra citate.

Invero, tale compito officioso dovrebbe essere esercitato, ancora più a monte, dallo stesso giudice investito, in particolare in sede monitoria, dall'impresa che ha trasgredito o dal suo avente causa di una domanda di pagamento fondata su illecito antitrust e, dunque, sin da questa fase, con rigetto della relativa indebita pretesa.

Insomma, nulla di diverso, a ben vedere, da quanto è stato imposto nel nostro ordinamento dai *dicta* vincolanti della Corte di Giustizia resi, come è noto, in materia di tutela del consumatore, in applicazione della relativa normativa pubblicistica (che ha lo scopo anch'essa di tutelare, altresì, la concorrenza e la realizzazione del mercato interno), dovendosi, peraltro, ricordare che in materia antitrust non sono ammesse deroghe di alcun tipo.

I dubbi, invece, “sorti” o “risorti” a livello interno sono di altro tipo; tali dubbi afferiscono, in particolare, avuto riguardo alla condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c.:

-da un lato, alla ritenuta natura di eccezione in senso stretto del rilievo o della richiesta, da parte del singolo, di estinzione della fideiussione ex art. 1957 c.c. e tempistica di sua formulazione entro i termini di preclusione processuale;

- dall'altro lato, alle richieste delle imprese associate all'ABI o di loro aventi causa, *vuoi*, di introdurre una deroga indiretta all'art. 1957 c.c. per il tramite, in particolare, della condizione standardizzata di pagamento "a prima richiesta", *vuoi*, di procedere ad una (ri)qualificazione, anche grazie a questa condizione, in uno a quelle giudicate anticoncorrenziali (2, 6 e 8), della natura del prodotto di fideiussione per operazioni di credito confluita nello schema ABI, segnatamente come garanzia atipica o autonoma; e questo, onde così ritenere irrilevante l'applicazione della normativa antitrust.

8.2.1. La pretesa tardività nella formulazione dell'eccezione di estinzione ex art. 1957 c.c. Una (ri)lettura della questione secondo il principio di effettività e il principio di equivalenza.

In varie pronunce nazionali si legge che, seppur rilevata o accertata la nullità speciale antitrust della condizione standard di deroga all'art. 1957 c.c., di poi, in assenza della formulazione di una tempestiva eccezione di parte (nei termini di preclusione processuale) di estinzione o decadenza ex art. 1957 c.c., inquadrata come "eccezione in senso stretto", il giudice non potrebbe decretare l'estinzione della singola fideiussione ai sensi di tale disposizione codicistica non validamente derogata dalla condizione abusiva, pur ricorrendone i relativi presupposti di fatto (*i.e.* mancata proposizione di istanze giudiziali da parte del creditore nei termini previsti dall'art. 1957 c.c. dalla scadenza dell'obbligazione garantita).

La tesi non è, a mio avviso, conforme al diritto antitrust dell'Unione e al principio di effettività ad esso sotteso, oltre che al principio di equivalenza, occorrendo rileggerla sotto questa lente; e questo al pari, in sostanza, di quanto è stato imposto al nostro ordinamento in materia di applicazione della normativa a tutela del consumatore contro abusi contrattuali dei professionisti e relative conseguenze.

i) L'applicazione del principio di effettività.

Declinando in concreto il principio di effettività imposto dal diritto dell'Unione, in uno ai suoi corollari applicativi enunciati dalla Corte di Giustizia, come sopra indicati (cfr. § 1), ne deriva l'obbligo -una volta rilevata o accertata d'ufficio, da parte del giudice nazionale, la nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga dell'art. 1957 c.c., riprodotta nella singola fideiussione, disapplicandola- di riconoscere al singolo il corrispondente effetto liberatorio sotteso alla norma codicistica; e questo,

a prescindere da una richiesta o meno, nei termini o meno di preclusione processuale stabiliti dal diritto interno, da parte del singolo.

Segnatamente, è obbligo del giudice nazionale rilevare e/o dichiarare, per immediata conseguenza, il naturale effetto estintivo della fideiussione conforme allo schema ABI, laddove emerga il mancato rispetto di tale disposizione normativa, il cui effettivo esplicarsi precettivo è stato inibito dalla condotta anticoncorrenziale dell'impresa e che, seppur giudicata illecita dall'Autorità nazionale antitrust, e, in quanto tale, di per sé inutilizzabile, è stata, comunque, attuata in violazione della normativa antitrust.

L'assenza di tale effetto estintivo, conseguente di per sé alla disapplicazione della condizione abusiva di deroga all'art. 1957 c.c., infatti, pregiudicherebbe l'effetto deterrente che l'art. 101 par. 2 TFUE e il corrispondente art. 2, comma 3 L. 287/1990 mira a collegare all'accertamento della natura anticoncorrenziale della intesa attuata dalle singole imprese con il contratto riproduttivo in tutto o in parte della prima, come tale radicalmente vietata e nulla per il sistema antitrust, con rimozione di tutti gli effetti passati, presenti e futuri.

Inoltre, l'assenza del rilievo automatico di tale effetto estintivo della singola fideiussione riproduttiva della condizione lesiva della concorrenza, quindi, anche in assenza di richiesta di parte o nei termini di preclusione processuale interni, implicherebbe la violazione dell'obbligo del giudice nazionale di attivare i propri doveri officiosi in funzione protettiva dei singoli, cui l'ordinamento dell'Unione attribuisce diritti sostanziali, che vanno tutelati e ristabiliti nella loro pienezza proprio dal giudice nazionale, per come imposto dalla Corte di Giustizia, ristabilendo l'equilibrio compromesso dall'altrui illecito anticoncorrenziale.

D'altro canto, l'attuazione del principio di effettività imposto dal legislatore dell'Unione, segnatamente per i diritti derivanti dall'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990 a favore dei singoli, implica la disapplicazione di ogni disposizione processuale interna che inibisca la realizzazione di tali effetti, vieppiù la disapplicazione di tutti quegli orientamenti giurisprudenziali nazionali, anche se consolidati, comportanti l'impossibilità o l'eccessiva gravosità nell'esercizio dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto unionale, mediante la creazione di barriere formalistiche al rilievo e ai conseguenti effetti, ma che si risolvono, a ben vedere, in fattori pregiudicanti, di per sé, l'attuazione della normativa antitrust e del suo risultato utile.

Se questo è, risulta, pertanto, che, una volta accertata o rilevata la nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., inclusa nella singola fideiussione, la conseguenza non può che essere, in applicazione del principio di effettività, in uno alla *ratio* sottesa alla disciplina pubblicistica posta a presidio della concorrenza, che quella di rilevare o dichiarare, per l'immediato effetto, da parte dello stesso giudice nazionale, anche in funzione protettiva, e vieppiù se lo stesso è stato investito di una domanda di pagamento fondata sull'illecito antitrust, l'estinzione della singola fideiussione per mancata proposizione da parte del creditore di istanze giudiziali nei termini previsti dall'art. 1957 c.c., indipendentemente dalla richiesta tempestiva o meno, sotto un profilo processuale interno, di parte.

Al riguardo, difatti, non può opporsi alcuna pretesa tardività, a livello processuale, a fronte della legittima richiesta del singolo di far valere, anche dopo le pretese preclusioni di rito interne, l'effetto estintivo riconnesso ai diritti riconosciutigli dall'art. 1957 c.c., le cui condizioni di deroga frutto di intesa illecita, ex art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990, devono essere disapplicate, rimuovendo e/o inibendo, appunto, tutti gli effetti passati, presenti e futuri dell'illecito, per come imposto dalla Corte di Giustizia.

Il tutto, pertanto, con ripristino automatico per il soggetto pregiudicato dall'altrui condotta anticoncorrenziale, accertata dall'Autorità nazionale antitrust, della stessa situazione di diritto e di fatto in cui si sarebbe trovato se la condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c. non fosse stata concertata e imposta al singolo, e, quindi, da considerarsi come mai esistita, in violazione della normativa antitrust.

In altri termini, questo significa che non potrà giammai essere dichiarata la tardività della richiesta di applicazione di un effetto conseguente alla declaratoria di nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., quale l'estinzione, non avendo alcun senso discorrere in tali ipotesi di eccezioni in senso stretto o meno, ovvero ancora di preclusioni processuali ecc., frutto di interpretazione giurisprudenziale interna, incompatibile, però, con il principio di effettività sancito a livello unionale.

È evidente, difatti, come ammettere il rilievo officio della nullità speciale antitrust, per violazione della relativa disciplina pubblicistica, della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c. per poi, però, continuare a sostenere una preclusione di

carattere processuale e, in particolare, di decadenza processuale nel far valere gli effetti che conseguono di per sé all'applicazione della sanzione di nullità speciale antitrust, quali nella specie l'estinzione ex art. 1957 c.c. della fideiussione, implicherebbe di cadere in una chiara inversione metodologica, o meglio in un vero e proprio "cortocircuito".

Difatti, se il rilievo d'ufficio della nullità speciale antitrust con le relative conseguenze applicative ha anche, come in effetti la stessa ha, una funzione protettiva dei diritti sostanziali, che l'ordinamento unionale riconosce ai singoli, da parte del giudice nazionale, e, segnatamente, a favore della parte pregiudicata dall'altrui condotta anticoncorrenziale, essendo compito del giudice ristabilire l'equilibrio reale compromesso, preclusioni e decadenze processuali non possono di per sé essere opposte come barriere al rilievo della piena attuazione dei diritti sostanziali attribuiti al singolo pregiudicato dalla medesima condotta anticoncorrenziale (nella specie, la condizione lesiva della concorrenza di deroga standardizzata dell'art. 1957 c.c.). E questo perché si tratta di barriere che costituiscono, esse stesse, un evidente limite al pieno dispiegarsi proprio del principio di effettività, che, anzi, risulta così in radice gravemente minato.

Ne deve, pertanto, conseguire la necessaria interpretazione conforme delle norme interne al principio di effettività, sotteso alla normativa antitrust, e, comunque, la disapplicazione, in attuazione dei principi del diritto dell'Unione, di ogni contraria interpretazione tesa a valorizzare asserite preclusioni processuali interne meramente formalistiche -per di più di fonte giurisprudenziale-, pena un aggiramento, non consentito in forza degli obblighi assunti da ogni Stato Membro con la firma dei Trattati, del principio di effettività imposto dall'Unione, per come declinato dalla Corte di Giustizia nel suo concreto atteggiarsi.

In questa prospettiva, è di tutta evidenza come impedire l'esplicarsi dell'effetto liberatorio/estintivo riconnesso alla sanzione di nullità speciale antitrust della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., accogliendo, addirittura, la domanda di pagamento di una impresa ABI o di un suo avente causa, laddove sia, di contro, attestato fondarsi su una fideiussione estinta ex art. 1957 c.c., norma non validamente derogata dalla condizione abusiva, sia tale, in sostanza, da comportare:

- la vanificazione della stessa sanzione di nullità speciale antitrust imposta dal sistema unionale ex art. 101 TFUE e, quindi, nazionale ex art. 2 L. 287/1990,
- il venir meno dell'effetto deterrente sotteso alla regola del divieto e alla regola della nullità speciale sanciti dal sistema antitrust a presidio di interessi superindividuali,
- la violazione della funzione protettiva imposta al giudice nazionale nella tutela dei diritti sostanziali riconosciuti ai singoli dall'Unione, nella specie dalle norme pubblicistiche antitrust.

Il tutto, in finale, con l'ulteriore paradossale conseguenza di arrivare a riconoscere alla impresa ABI, o a suoi pretesi aventi causa, addirittura benefici rivenienti dall'illecito antitrust attuato in danno al singolo, per appigli formalistici, con evidente configurarsi, in questa ipotesi, anche di una responsabilità risarcitoria verso il singolo medesimo, quindi, con ulteriore "cortocircuito".

Del resto, sul punto va evidenziato come siano state le stesse Sezioni Unite della Cassazione ad aver espressamente statuito, anche nella sentenza n. 41994/2021, che qualsiasi indebito pagamento effettuato dal singolo fideiussore a fronte dell'illecito antitrust di cui si tratta è foriero di azione di ripetizione, oltre a dare diritto al singolo al risarcimento dei danni procuratigli dall'intesa vietata e sua attuazione/perpetrazione (cfr. par. 2.20.3., sentenza S.U. n. 41994/2021).

Il che, indirettamente, significa che l'illecito antitrust vietato e i suoi effetti, da inibire o reprimere *ex se*, sotto ogni forma, per quanto imposto dal sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza, sono insensibili a qualsiasi rilievo di formale preclusione, tanto più se processuale.

ii) L'applicazione del principio di equivalenza.

Ma alla conclusione indicata si perviene, invero, applicando anche i criteri interni del nostro ordinamento, segnatamente in relazione agli effetti conseguenti -dopo e non prima- ad una declaratoria di nullità di un titolo contrattuale, quindi, in applicazione, altresì, del principio di equivalenza.

Come è noto, in base al nostro ordinamento, in tanto una parte può far valere i diritti inibiti da un titolo contrattuale in quanto quel titolo venga prima rimosso dal giudice con una pronuncia dichiarativa di nullità.

Difatti, il contratto o le sue clausole hanno forza di legge tra le parti (1372 c.c.).

Del pari, è, altresì, noto che gli effetti cogenti disciplinati nel titolo contrattuale possano essere rimossi nel nostro ordinamento, rimettendo le parti nella situazione di fatto e di diritto antecedente alla stipula del titolo medesimo, solo con un provvedimento di un giudice che ne accerti e dichiari la nullità.

La possibilità giuridica di invocare e far valere in concreto i diritti inibiti nel loro esercizio dal contratto o dalla clausola contrattuale, in questa prospettiva, con formulazione anche delle relative speculari eccezioni, sorge, pertanto, solo dopo che il giudice abbia rimosso, con la pronuncia giudiziale di declaratoria di nullità, il pregiudizio che comporta in questo senso il contratto o la clausola contrattuale (sul punto cfr. *ex multis, mutatis mutandis*, Cass., n.12038/2000).

Questo significa che, fintantoché non sia intervenuta una pronuncia di accertamento di invalidità, ancorché avente natura dichiarativa, del titolo contrattuale che esclude il diritto e ne inibisce il suo esercizio -*nella specie di invalidità del patto di deroga al diritto sancito dall'art. 1957 c.c. per violazione della normativa antitrust da parte del giudice competente*- alla parte non è concessa di per sé la possibilità legale di far valere il diritto escluso dal titolo, in uno ai relativi effetti, che, difatti, si presenta come un titolo presuntivamente valido; e questo, per l'appunto, sino a che lo stesso non venga rimosso dal panorama giuridico da parte di un giudice con la pronuncia di accoglimento della richiesta volta a farne valere la nullità e che risulta, a tal fine, necessaria.

Avuto riguardo al diritto del singolo fideiussore di far valere l'estinzione della singola fideiussione riprodotiva della condizione anticoncorrenziale di deroga all'art. 1957 c.c., per mancata proposizione delle azioni giudiziali da parte del creditore nel termine decorrente dalla scadenza dell'obbligazione principale, sancito dalla norma codicistica, è evidente che, se l'esercizio di tale diritto è inibito perché derogato con patto del contratto di fideiussione sottoscritto dalla parte, il diritto medesimo non potrà essere giuridicamente fatto valere fintantoché la clausola contrattuale di deroga all'esercizio del relativo diritto non sia rimossa con una pronuncia giudiziale di nullità.

In altri termini, è solo la declaratoria giudiziale di nullità della clausola di deroga all'art.1957 c.c. a determinare l'applicabilità *ipso jure* della norma in questione,

costituendo un effetto consequenziale naturale proprio dell'accertata nullità del titolo ad opera, e solo, del giudice.

Risulta, pertanto, anche sotto questa prospettiva, errata la tesi che fa leva su una pretesa tardività, per mancata asserita tempestiva formulazione della relativa richiesta nei termini di preclusione processuale, discorrendo impropriamente di eccezioni in senso stretto, nell'esercizio del diritto da parte del singolo fideiussore di far valere la decadenza/estinzione della fideiussione ai sensi dell'art.1957 c.c., derogato dalla condizione anticoncorrenziale, avente forza di legge tra le parti (1372 c.c.), contenuta nel singolo contratto attuativo dell'illecito antitrust, finché non rimossa dalla pronuncia del giudice.

Pertanto, anche per il principio di equivalenza, oltre che per il principio di effettività come sopra declinato, entrambi sanciti dal diritto dell'Unione quali limiti dell'esercizio dell'autonomia procedurale degli Stati Membri nelle materie unionali, si approda sempre alla stessa conclusione.

Rilevata o dichiarata da parte del giudice nazionale la nullità speciale antitrust d'ufficio o su sollecitazione del singolo anche oltre i termini di preclusione processuali "interni", della condizione anticoncorrenziale di deroga -diretta o indiretta- all'art. 1957 c.c., ne deriva, per immediata conseguenza, stante il ripristino del soggetto pregiudicato dall'altrui illecito anticoncorrenziale nella stessa situazione di fatto e di diritto antecedente, la declaratoria, quale effetto naturale della nullità, di estinzione della singola fideiussione, in forza della norma sostanziale (l'art. 1957 c.c.) non più derogata ma efficace, al ricorrere delle relative condizioni. Di contro, non può opporsi alcuna preclusione, neppure processuale, alla relativa richiesta di estinzione della fideiussione ex art. 1957 c.c., che, anzi, come detto, deve essere di per sé decretata quale effetto naturale, automatico e consequenziale dell'accertamento dell'illecito antitrust e dell'applicazione della sanzione di nullità speciale disposta dal sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza.

ooooo

8.2.2. La condizione standardizzata di c.d. pagamento “a prima richiesta” dello schema ABI riprodotta nelle singole fideiussioni: la sua irrilevanza ai fini dell’applicazione della normativa antitrust.

Dalle plurime pronunce annotate o commentate sul tema risulta che la pressoché totalità delle difese delle imprese associate all’ABI, o di loro aventi causa, si focalizzi sulla persistente affermazione per cui la contestazione di violazione della normativa antitrust, a fronte delle fideiussioni rispondenti allo schema ABI -segnatamente in relazione alla condizione anticoncorrenziale di deroga all’art. 1957 c.c.- e dei conseguenti effetti, sia, di fatto, da ritenersi superata per la presenza, nei modelli, della condizione standardizzata di c.d. pagamento “a prima richiesta”.

Si tratta, come è noto, della condizione istituita nello schema ABI di fideiussione, segnatamente all’art. 7 della versione dell’ottobre 2002, per cui *“il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio”* (anche le precedenti versioni dei contratti-tipo elaborati in seno all’ABI riportavano una similare condizione standard, prevedendo l’aggiunta *“anche in caso di opposizione del debitore”*, poi eliminata all’esito delle prime osservazioni formulate dall’Autorità nazionale antitrust).

Più in particolare.

Secondo una prima variante della tesi, la condizione standardizzata di pagamento “a prima richiesta” non richiederebbe l’attivazione, da parte dall’impresa ABI o di suoi aventi causa, di istanze giudiziali per il recupero del credito, per come, invece, imposte dall’art. 1957 c.c. (non validamente derogato dalla condizione anticoncorrenziale di cui all’art. 6 dello schema), con la sufficienza, di contro, dell’inoltro di mere istanze stragiudiziali, così dovendosi intendere il significato della condizione in questione; il che renderebbe irrilevante l’accertamento della violazione della normativa antitrust e l’applicazione della relativa sanzione di nullità speciale.

Secondo una seconda variante della tesi, la condizione standardizzata di pagamento “a prima richiesta” trasformerebbe la fideiussione per operazioni di credito, conforme allo schema ABI, in un contratto di garanzia atipica o autonoma, non soggetto all’applicazione, in questa prospettiva, al disposto di cui all’art. 1957 c.c., non validamente derogato dalla condizione anticoncorrenziale di cui all’art. 6 dello schema;

il che renderebbe, sempre, irrilevante, secondo questa prospettiva, l'accertamento della violazione della normativa antitrust e l'applicazione della relativa sanzione di nullità speciale. Invero, la tesi sulla natura atipica o autonoma della fideiussione per operazioni di credito, corrispondente allo schema ABI, poggia, più o meno dichiaratamente, ancora più a monte, altresì, sulle stesse condizioni contrattuali dichiarate lesive della concorrenza, che configurerebbero, nel loro complesso, secondo le imprese, natura indennitaria di tipo solutorio alla fideiussione per operazioni di credito elaborata con lo schema di contratto-tipo adottato in seno all'ABI.

Tali tesi non elidono, ma confermano le valutazioni da operarsi sul tema.

In disparte la constatazione per cui le tesi all'esame poggiano, in ogni loro variante, su un'interpretazione della condizione di pagamento "a prima richiesta" istituita dalle imprese nello schema ABI che si scontra con lo stesso significato che, della clausola in questione, è stato assunto, oltre che dall'ABI, anche dall'Autorità Antitrust nazionale nella decisione n. 55/2005 (cfr., rispettivamente, par. 28 e par. 81) e, financo, dalla dottrina tradizionale (cfr., per tutti, PORTALE, *Le Garanzie bancarie internazionali*, Giuffrè, 1989), quello che qui si intende evidenziare è come le stesse risultino:

-in primo luogo, del tutto irrilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust unionale, tenuto conto della *ratio* e dell'effetto utile ad essa sotteso;

-in secondo luogo, confermativo, esse stesse, delle effettive conseguenze rivenienti, per la violazione del divieto imposto dalla normativa antitrust, dalla sanzione di nullità speciale sancita dal sistema pubblicistico posto a presidio della concorrenza.

Quanto al primo profilo, è dall'applicazione del principio di effettività sotteso alle norme unionali antitrust a derivare che, nella misura in cui la condizione standardizzata di pagamento "a prima richiesta" fosse intesa come una sorta di deroga *indiretta* all'art. 1957 c.c., la cui condizione di deroga *diretta* è già stata giudicata lesiva della concorrenza, alla stessa va applicata, a ben vedere, la stessa sanzione di nullità speciale antitrust decretata dall'Autorità nazionale con la decisione definitiva n. 55/2005 per la condizione standard di deroga all'art. 1957 c.c. di cui all'art. 6 dello schema; e questo, in sostanza, per le medesime constatazioni svolte in merito dall'autorità all'esito del procedimento antitrust.

Di poi, sempre il principio di effettività, come declinato dalla Corte di Giustizia, porta a ritenere come sia del tutto irrilevante, ai fini dell'applicazione della normativa pubblicistica antitrust, la qualificazione della natura assunta, sotto un profilo giuridico interno, dell'accordo vietato dal sistema o della sua attuazione con i terzi, atteso che un tale accordo resta comunque vietato e nullo *ex se*, oltre che privo di ogni minimo effetto, ai sensi dell'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990.

Del resto, al riguardo si è già espressa la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 41994/2021, in risposta ad analoghe argomentazioni svolte dalla impresa ricorrente nel relativo giudizio, statuendo al paragrafo 2.21 della decisione che è del tutto insignificante, ai fini dell'applicazione della normativa di ordine pubblico istituita a tutela della concorrenza, la qualificazione della natura della garanzia riprodotiva dell'intesa vietata, come garanzia "a prima richiesta", autonoma o altro ancora. Così si legge al paragrafo 2.21: *“da tutto quanto suesposto discende, dunque, con riferimento al caso concreto, la nullità parziale delle fideiussioni stipulate dal B. con Intesa Sanpaolo, ossia limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8, come correttamente ritenuto dalla Corte d'appello, con conseguente rigetto del primo e secondo motivo di ricorso, restando assorbite le questioni - contenute nei motivi terzo e quarto - concernenti la natura delle fideiussioni a valle e la derogabilità della norma di cui all'art. 1957 c.c.* ***È del tutto evidente, infatti, che la nullità speciale delle clausole in questione discende dalla loro natura - in quanto attuative dell'intesa a monte vietata - di disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione”.***

Quello che, difatti, rileva in questo caso è solo che si sia al cospetto di un'intesa vietata e di un contratto attuativo dell'intesa in questione con i terzi ad essa estranei, che ne è l'effetto; il che comporta, per l'immediata conseguenza, l'applicazione della sanzione di nullità speciale antitrust disposta dall'art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990, che non ammette deroghe di alcun tipo.

Quanto al secondo profilo, le costanti ammissioni o, meglio, confessioni, delle imprese associate ABI o di loro aventi causa, così espresse già in seno al procedimento antitrust che ha condotto alla decisione n. 55/2005, per il tramite della propria associazione (cfr. parr. 27 e ss.), attestano che le condizioni standardizzate giudicate lesive della concorrenza, tra cui la condizione di deroga, *diretta o indiretta*, all'art. 1957 c.c., sono elementi indispensabili del cartello contrattuale da esse realizzato, di talché l'intero

accordo (lo schema ABI) è nullo nel suo complesso, nonché interamente privo di ogni effetto anche verso i terzi estranei all'intesa.

In definitiva, sotto questa prospettiva, vi è la conferma che nella fattispecie di illecito antitrust all'esame, in applicazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia di cui sopra si è dato conto (cfr. § 8.1.), la sanzione di nullità speciale, riveniente dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 L. 287/1990, ha un'estensione e portata tali da investire, in effetti, l'intero accordo (il cartello-lo schema, di cui il singolo contratto è l'effetto), e non i soli elementi formalmente dichiarati anticoncorrenziali dall'Autorità nazionale antitrust, che dall'accordo, posto in essere tra le relative imprese, ne sono, dichiaratamente, inscindibili e inseparabili, dunque, essenziali.

Conclusioni.

Il vaglio delle questioni “sorte” o diversamente “risorte” a fronte del cartello realizzato dalle imprese del settore del credito sul tema della contrattualistica della fideiussione a garanzia delle relative operazioni -mediante concertazione di schemi di contratto-tipo in seno alla propria associazione o mediante persistente coordinamento del loro comportamento- non può prescindere dall'applicazione dei criteri che governano la disciplina unionale antitrust, cui la normativa interna di ogni Stato Membro deve rispondere, per le plurime ragioni evidenziate, e, più che altro, dall'applicazione del fondamentale principio di effettività.

La risoluzione delle diverse questioni, senza tenere conto della realtà fattuale dell'intesa orizzontale di cui si tratta, oltre che dei criteri elaborati nel settore dalle autorità di public enforcement -da applicarsi, in dovuta coerenza, anche nei giudizi civili- per di più facendo ricorso a categorie del diritto interno, in luogo, come dovuto, di quelle del diritto dell'Unione, non è l'approccio imposto dall'ordinamento sovraordinato europeo.

Piuttosto, un tale approccio rischia, esso stesso, di minare l'attuazione del mercato interno voluto dall'Unione, di cui la concorrenza costituisce il “super principio”, da preservare contro ogni sua violazione, diretta o indiretta.

Continuare a leggere, valutare e risolvere le questioni variamente sorte sul tema qui affrontato, senza adottare la prospettiva imposta dal diritto unionale e più volte

rammentata dalla Corte di Giustizia, significa continuare a pregiudicare, eludendoli, gli obiettivi fissati dall'Unione Europea e la loro realizzazione, in violazione degli obblighi spettanti ad ogni Stato Membro.

L'adozione della prospettiva imposta dal diritto unionale, tanto più nella materia antitrust, e dal principio di effettività, unitamente ai corollari applicativi che, di tale fondante principio, sono stati sanciti, sotto plurimi profili, dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, consente di risolvere le diverse questioni sorte sul tema con lo sguardo teso alla realtà dei fatti, nel rispetto dell'esigenza di garantire la piena efficacia delle norme poste a presidio della concorrenza (art. 101 TFUE e art. 2 L. 287/1990), che attribuiscono diritti sostanziali ai singoli cittadini dell'Unione, da tutelare in funzione protettiva e ripristinare.

Questo approccio consente poi di assicurare, invece che di pregiudicare, ristabilendola, anche l'applicazione del principio di certezza del diritto.

Ogni dubbio interpretativo nella materia che viene qui in rilievo va risolto secondo i canoni precettivi rivenienti dal diritto dell'Unione e dai principi espressi dalla Corte di Giustizia, che, ove non ritenuti già sufficientemente chiari, anche per effetto delle vincolanti indicazioni al riguardo fornite nelle diverse sentenze, impongono di rivolgere domande pregiudiziali di corretta interpretazione e applicazione delle norme unionali antitrust solo alla Corte di Giustizia, a tanto esclusivamente competente a deciderle (artt. 19 e 267 TFUE).

Il tutto, ben dovendo, ad ogni modo, ricordare che le intese vietate dalla normativa pubblicistica antitrust -unionale e nazionale - vanno represses in ogni loro effetto, diretto o indiretto, passato, presente e futuro, perché è solo questo che, certamente, impongono la regola del divieto e la regola della nullità scritte all'art. 101 TFUE e all'art. 2 L. 287/1990, evitando ogni loro perpetrazione diretta o indiretta, anche in sede giudiziale.