

*CORTE CASSAZIONE – SEZIONE I^ CIVILE n. 29810/2017*

**LA CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE I^ CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Dott. DOGLIOTTI Massimo, Presidente -  
Dott. CAMPANILE Pietro, Consigliere

Dott. GENOVESE Francesco A., relatore Consigliere - Dott. BISOGNI Giacinto,  
Consigliere - Dott. DE CHIARA Carlo- Consigliere -

ha pronunciato la seguente: **ORDINANZA**

*omissis*

1. La società ..... (d'ora in avanti, solo .....) stipulava (il 18/02/2005) un contratto di conto corrente con la .....(d'ora innanzi, .....) rispetto al quale (fino alla concorrenza di Euro 200.000,00), prestavano fideiussione i signori B.G. e D.C..

1.1. In data 6/10/2008 la Banca recedeva dal contratto e richiedeva decreto ingiuntivo sia nei confronti di ..... che dei due fideiussori.

1.2. Con riferimento a tale vicenda, il signor B. - fideiussore di ..... - ha adito la Corte d'appello di Venezia, in unico grado, chiedendo la declaratoria di nullità del contratto di fideiussione stipulato con la Banca nonché la condanna della stessa al risarcimento dei danni, domandati in Euro 500.000,00 e la cancellazione del suo nominativo da Centrale Rischi Banca Italia.

1.3. Osservava l'attore, a giustificazione delle proprie domande, che il contratto di fideiussione era pacificamente conforme allo schema contrattuale predisposto da ABI e che Banca Italia (all'esito dell'istruttoria svolta - ai sensi Legge n. 287/1990, art. 2 e 14 - proprio nei riguardi di ABI, su parere conforme di AGCM), aveva dichiarato che gli art. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'Associazione bancaria per la stipula delle fideiussioni (da sottoscrivere a garanzia delle operazioni bancarie: fideiussione omnibus) contenevano disposizioni che ("nella misura in cui venivano applicate in modo uniforme" dalle proprie associate) erano in contrasto con la Legge n. 287/1990, art. 2, comma 2, lettera a).

1.4. Banca Italia, pertanto, aveva stabilito che ABI fosse tenuta a trasmettere le circolari (mediante le quali sarebbe stato diffuso lo schema contrattuale in tutto il sistema bancario) emendate dalle disposizioni viziate.

2. La Corte territoriale, ha respinto le domande proposte dal signor B. in quanto il provvedimento Banca Italia (n. B423 del 2/5/2005), avendo carattere regolamentare, non potrebbe applicarsi ai contratti conclusi anteriormente alla sua emanazione atteso che il dictum dell'Autorità indipendente non inciderebbe sulla legittimità delle clausole ma solo sulla loro contrarietà alla Legge n. 287/1990, art. 2, in conseguenza della loro applicazione uniforme.

2.1. In altri termini, solo il mancato adeguamento di ABI nella predisposizione delle Norme bancarie uniformi (NBU) dovrebbe dirsi illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato dall'istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali.

4. Avverso tale decisione il signor B. ha proposto ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, illustrati anche con memoria, contro cui resiste ..... (ora .....), con contro-ricorso e memoria.

Motivi della decisione

1. Con il I° motivo di ricorso (Nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione della Legge n. 287/1990, art. 2, 14, 20, 33 e 34, art. 41 Costituzione, art. 101 Trattato UE (già art. 81 Trattato CE), art. 2697 e 2729 c.c., art. 115 e 116 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3) il ricorrente censura la decisione impugnata sotto due profili: a) non avrebbe considerato nulla l'intesa tra le banche sul contratto tipo; b) avrebbe considerato applicabile la normativa antitrust solo a partire dalla data di pubblicazione del provvedimento adottato dalla Banca d'Italia e non anche dall'entrata in vigore della Legge n. 287/1990.

1.1. Secondo il ricorrente, la Corte territoriale avrebbe erroneamente affermato la natura regolamentare del provvedimento Banca Italia sebbene l'Istituto, sulla base della Legge n. 287/1990, art. 14 e 20, avesse avuto riconosciute (fino al loro trasferimento a AGCM, con la Legge n. 262/2005, a far data dal 12/1/2016) le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi.

1.2. Con la conseguenza che il ricorrente, richiamando quel provvedimento, avrebbe prodotto una "prova privilegiata" riguardante l'illecito commesso anche dalla Banca resistente, in ordine al quale - in ogni caso - sarebbero emerse prove gravi, precise e concordanti relative ad una pratica già in atto tra le banche italiane, consistente nell'adozione di standard contrattuali uniformi in violazione della normativa antitrust.

1.3. L'accordo restrittivo della concorrenza, infatti, sarebbe nullo perché contrario alle norme di ordine pubblico economico contenute nel Trattato sul funzionamento dell'UE e nella legge antimonopolistica nazionale; norme che opererebbero ipso iure ed a prescindere da un previo provvedimento di accertamento delle infrazioni da parte delle Autorità nazionali.

1.4. Nella specie, il contratto di fideiussione corrisponderebbe allo schema negoziale che aveva formato oggetto dell'istruttoria da parte di Banca Italia, attività conclusasi con il provvedimento in data 2/5/2005, senza che al riguardo vi fosse stata alcuna contestazione (non potendosi ascrivere ad un fenomeno spontaneo, ma soltanto all'intesa esistente tra le banche l'assetto sul tema della contrattualistica inerente le fideiussioni omnibus (caratterizzata da un evidente aggravamento della posizione dei fideiussori)

1.5. Di conseguenza, sarebbe errato parlare di retroattività delle previsioni di legge e di quelle contenute nel provvedimento della Banca d'Italia, atteso che la Legge n. 287 citata, art. 2, comporta la nullità, ad ogni effetto, di quelle intese atte a restringere, impedire o falsare la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante attraverso attività consistenti nella diretta o indiretta fissazione di condizioni contrattuali.

2. Con il II° mezzo del ricorso (Insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.) su un fatto controverso e decisivo per il giudizio (costituito dal fatto che, da una parte, viene considerata l'anteriorità del contratto di fideiussione al provvedimento di Banca Italia per non dichiarare la nullità e, dall'altra parte, viene invece motivato in merito alla irretroattività della normativa antitrust) e violazione e falsa applicazione degli art. 112, 115 e 116 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3)) il ricorrente censura la contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata in quanto essa, da un lato, afferma la validità del contratto di fideiussione (sottoscritto il 18/2/2005) - in quanto anteriore alla pubblicazione del provvedimento conclusivo

dell'attività istruttoria condotta da Banca Italia (del 2/5/2005) - e, da un altro, asserisce che la norma (invero in vigore dal 14/10/1990) non sarebbe retroattiva.

2.1. Ma sarebbero stati gli stessi giudici di merito ad aver individuato la fonte della nullità del contratto nella violazione della Legge n. 287/1990, art. 2, per la dimostrata prassi bancaria di applicazione uniforme di clausole contrattuali frutto dell'intesa tra di loro intervenuta, sicché non aver provveduto a pronunciare - come richiesto dal ricorrente - sulla violazione della detta disposizione di legge integrerebbe una violazione degli art. 112 e 116 c.p.c..

3. Con il III° (Violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., art. 112, 115 e 116 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3) non avendo la Corte d'appello statuito su tutte le domande formulate e non avendo considerato le prove, anche confessorie, sulla condotta illecita perpetrata dalle banche sul tema della contrattualistica con la clientela, con la conseguente mancata pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno per fatto illecito, il ricorrente censura la decisione impugnata perchè, pur in mancanza di un collegamento tra la domanda di nullità del contratto e la richiesta di risarcimento dei danni, proposta invero in via subordinata, dopo aver respinto la prima ha considerato assorbita anche la seconda questione.

3.1. Secondo il ricorrente, infatti, la Corte territoriale non avrebbe pronunciato (come pure sarebbe stata obbligata a fare) sull'ipotizzata lesione del bene della sua libertà contrattuale (sebbene la Banca convenuta non avesse mai negato la corrispondenza del contratto di fideiussione con quello frutto della precedente intesa) e con riguardo alla illegittima sua segnalazione a Centrale Rischi Banca Italia, con lesione dell'art. 2043 c.c.

4. Con il IV° ricorso (Omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 360 c.p.c., n. 5) su un fatto controverso e decisivo per il giudizio (costituito dal mancato riconoscimento del danno quale effetto automatico dell'intesa anti-concorrenziale intercorsa tra le banche sul tema della contrattualistica)) il ricorrente lamenta il vizio motivazionale con riguardo alla sua domanda risarcitoria, autonomamente proposta per la richiesta dei danni derivanti dall'illecito antitrust.

4.1. Avendo la stessa Banca Italia accertato la violazione della normativa antitrust in ragione della illegittima intesa a monte tra le banche nazionali, sarebbe dovuto conseguire il ristoro della violata libertà contrattuale.

4.2. Del resto, a seguito della restrizione della libertà di scelta dei "prodotti disponibili", per l'intesa tra imprese bancarie, il consumatore sarebbe legittimato a chiedere il risarcimento del danno ingiusto (ex art. 2043 c.c.) sofferto, anche in presenza di una lesione di un interesse legittimo.

4.3. Il danno (morale ed economico) sarebbe consistito anche nella illegittima (perché avvenuta sulla base di un contratto nullo, ai sensi della normativa antitrust) segnalazione a Centrale interbancaria dei rischi sulla base di un contratto nullo e per effetto della quale sarebbero seguite una lesione alla reputazione personale e la revoca di un affidamento ad una società da lui partecipata.

5. Va premesso che in questa sede si esamina la correttezza della decisione della Corte territoriale che, *ratione temporis*, ha pronunciato in unico grado di merito sulla denuncia di nullità degli accordi interbancari intervenuti in ordine alla

contrattualistica in materia di fideiussione (ed ha assorbito le domande risarcitorie proposte per lo stesso titolo causale).

5.1. Questa Corte (Sezione 1, Sentenza n. 11904/2014), decidendo analoghe controversie, in ordine al giudice, ha già ricordato che "per le azioni dirette ad ottenere la dichiarazione di nullità o il risarcimento del danno da condotta anti-concorrenziale, la Legge n. 287/1990, art. 33, stabilisce la competenza funzionale della corte d'appello, che si giustifica sia per la presenza di un precedente provvedimento dell'Autorità Garante per la concorrenza, con conseguente circoscrizione del "thema decidendum", sia al fine di favorire la sollecita definizione delle controversie".

6. In relazione alla argomentazione della Corte territoriale, il ricorrente ha proposto due gruppi di censure, uno (comprendente i primi due motivi di ricorso) attinente al rigetto della dichiarazione di nullità del contratto stipulato con la Banca, in corrispondenza delle norme uniformi, e l'altro (con gli ulteriori due mezzi di impugnazione) all'assorbimento della domanda risarcitoria pure proposta al riguardo.

7. Occorre partire dai primi due motivi che meritano una trattazione congiunta, per la stretta connessione delle doglianze, accomunate come sono dal thema della nullità negoziale in rapporto alla sicura anteriorità (sia pure di pochi mesi soltanto) del contratto rispetto alla pronuncia dell'Autorità garante (la Banca d'Italia).

7.1. I mezzi prendono di mira il fondamento della decisione, in questa sede esaminata, che ha respinto la domanda di nullità del contratto impugnato dal signor B. in quanto il provvedimento della Banca d'Italia (n. B423 del 2/5/2005), avendo una sorta di carattere regolamentare, non sarebbe applicabile ai contratti "a valle" conclusi anteriormente alla sua emanazione atteso che il dictum dell'Autorità indipendente non inciderebbe sulla legittimità delle clausole ma solo sulla loro contrarietà alla Legge n. 287/1990, art. 2, in conseguenza della loro applicazione uniforme. Sicché, solo il mancato adeguamento di ABI nella predisposizione delle Norme bancarie uniformi (NBU) dovrebbe dirsi illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato da comportamento dell'istituto di credito, in specifiche fattispecie negoziali.

8. Il fondamento sostanziale della contrarietà di alcune clausole tipiche alle norme imperative non è propriamente oggetto di discussione tra le parti, che non contestano il contenuto della pronuncia dell'Autorità indipendente, della quale il ricorrente richiama anche la natura di "prova privilegiata" nei giudizi civili intrapresi dai consumatori, ossia della sua "elevata attitudine a provare tanto la condotta anti-concorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare" loro un danno, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, in ordine al fatto che "dalla condotta anti-concorrenziale sia scaturito un danno per la generalità (...), nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dal singolo (...)." (Cassazione Sezione 1, Sentenza n. 11904/2014).

8.1. Ciò che forma oggetto di discussione è il fatto che, il contratto stipulato tra il fideiussore (il signor B.) e la Banca (.....) il 18/2/2005, non potrebbe essere dichiarato nullo in forza di un dictum (dell'Autorità di garanzia) sopravvenuto al patto (il provvedimento Banca Italia n. B423 del 2/5/2005) e ciò: a) perché Banca Italia

aveva invitato ABI a trasmettere le circolari emendate al sistema bancario; b) l'illegittimità delle singole previsioni contrattuali tipizzate era tale in conseguenza del loro inserimento uniforme nello schema ABI, sicché solo il mancato adeguamento dell'Associazione al provvedimento della Banca d'Italia sarebbe comportamento omissivo idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati in base alle NBU (norme bancarie uniformi).

9. Il ragionamento della Corte territoriale non è condivisibile.

9.1. Nell'arresto delle SS.UU di questa Corte (SS.UU, Sentenza n. 2207/2005) è già stato precisato che "la legge "antitrust" 10/10/1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti".

9.2. In quella stessa sede, ha osservato la Corte che, "siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorchè non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello".

10. Orbene, il ricorrente ha portato in giudizio, avanti alla Corte d'appello di Venezia l'esistenza di un danno "a valle" (in conseguenza del contratto, oggetto di esame in questa sede) per effetto dell'intesa vietata ("a monte"), tenuto conto, da un lato che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede svilito (se non calpestato) il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti.

10.1. La richiesta giudiziale del consumatore (ossia, in primis, la possibilità di accertare la nullità dell'accordo contrattuale) è stata radicalmente esclusa dalla Corte territoriale in quanto esso era anteriore (sia pure di pochi mesi) all'esito dell'istruttoria condotta e solo il mancato adeguamento di ABI, nella predisposizione delle NBU, dovrebbe dirsi atto omissivo illegittimo e potrebbe costituire un comportamento idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati successivamente alla pronuncia del controllore pubblico, ove non derogato dall'istituto di credito in specifiche fattispecie negoziali.

11. Ma tale ragionamento è errato in quanto istituisce una sorta di potere di prescrizione, necessario e pregiudiziale rispetto ad ogni accertamento del giudice, da

parte dell'autorità garante rispetto ai comportamenti svolti in facto dai soggetti da essa vigilati che non trova riscontro in nessuna previsione di legge nè nei principi regolatori della materia.

11.1. Questa Suprema Corte regolatrice (Cassazione, Sezione 1, Sentenza n. 827/1999) ha precisato che la Legge n. 287/1990, art. 2, (la cosiddetta legge "antitrust"), "allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluto". Il legislatore - infatti - con la suddetta disposizione normativa ha inteso - in realtà ed in senso più ampio proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali". Si rendono - così - rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali". Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle "intese", non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza".

11.2. Pertanto, qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge antitrust.

11.3. E si è visto che, nella specie, tali accertamenti sono stati svolti dall'Autorità indipendente in sede amministrativa e che essi hanno formato oggetto di prescrizione per la loro rimozione.

11.4. In ordine a tali prescrizioni, tuttavia, erra la Corte territoriale a considerarli dati integrativi dell'accertamento di un illecito che solo dalla loro inosservanza possa seguire, essendo invece sufficiente l'avvenuta constatazione di quel comportamento anti-giuridico (le intese restrittive) rispetto al piano della legge e dei principi che ne governano la regolazione.

11.5. Ovviamente tale accertamento, già compiuto da Banca Italia e pubblicizzato nel 5/2005, ha avuto un periodo temporale di osservazione e di rilievo che (com'è facile arguire dalla vicinanza temporale tra il contratto qui contestato, stipulato a 2/2005 e il completamento dell'istruttoria e la sua formalizzazione - come si è detto - del maggio successivo), fanno ritenere assai probabile che l'intesa (o gli altri comportamenti lesivi della concorrenza tra imprese bancarie) sia stata consumata ancor prima della contrattazione da parte del signor B..

11.6. Ad ogni modo, la Corte territoriale, che è l'organo deputato all'accertamento in fatto, alla luce dei principi sulla prova privilegiata elaborati da questa Corte, non può

(né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze, poiché se la violazione "a monte" è stata consumata anteriormente alla negoziazione "a valle", l'illecito anti-concorrenziale consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della Legge antritrust).

11.7. Con un ragionamento simile, del resto, questa Corte (Cassazione, Sezione 1, Sentenza n. 827/1999) ha già considerato rilevanti persino gli illeciti in atto, per quanto generati anteriormente all'emanazione della legge del 1990, stabilendo "che, quanto ai rapporti ancora in corso alla data di entrata in vigore della legge n. 287/1990, non si renda di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità ad essi - della disciplina in questione il profilo per cui il fatto (di natura in sé negoziale) generatore del singolo rapporto (ad esempio, una convenzione fra imprese) si fosse, alla suddetta data, già realizzato; ed infatti, ferma restando la ovvia intangibilità di quel fatto originario e di qualunque suo effetto già verificatosi antecedentemente all'entrata in vigore della nuova legge, rientrano comunque sotto la disciplina in questione tutte le vicende successive del rapporto che realizzino profili di distorsione della concorrenza"

12. Alla luce delle considerazioni svolte, ne consegue che i primi due motivi di ricorso sono fondati, in applicazione del principio di diritto secondo cui:

in tema di accertamento dell'esistenza di intese anti-concorrenziali vietate dalla Legge n. 287/1990, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della Legge n. 287/1990, art. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri a AGCM, con la Legge n. 262/2005, a far data dal 12/1/2016) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anti-concorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza.

12.1. La sentenza, pertanto, va cassata in parte qua e la causa rinviata - anche per le spese di questa fase - alla Corte territoriale a quo, per un nuovo esame della materia litigiosa, condotto alla luce del principio di diritto appena enunciato, in esso rimanendo assorbite le ulteriori denunce risarcitorie (pure non esaminate nella fase di merito) di cui ai restanti mezzi di cassazione, non essendo dubbio che la diversa decisione della domanda di nullità, indipendentemente dalla correttezza della denuncia sull'autonomia delle istanze risarcitorie, comporteranno ricadute anche su queste altre richieste.

P.Q.M.

Accoglie i primi due motivi del ricorso, assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa, anche per le spese di questa fase, alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione I<sup>a</sup> Civile, il 20/9/2017  
Depositato in Cancelleria il 12/12/2017

#### CASSAZIONE – SEZIONE I<sup>a</sup> CIVILE – SENTENZA n° 13846 del 22/05/2019

In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla Legge n. 287/1990, art. 2, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato da Banca Italia prima della modifica di cui alla Legge n. 262/2005, art. 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi da Autorità Garante Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto ad ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario.

#### LA CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE I<sup>a</sup> CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Dott. DE CHIARA Carlo, Presidente - Dott. SCOTTI Umberto L.C.G., Consigliere -

Dott. MELONI Marina, Consigliere - Dott. TERRUSI Francesco, Consigliere - Dott. FALABELLA Massimo, relatore Consigliere -

ha pronunciato la seguente: SENTENZA n° 13846 del 22/05/2019

Svolgimento del processo

1. - B.G. evocava in giudizio la Banca Popolare Bergamo deducendo di aver sottoscritto in data 16/12/2005 un contratto di fideiussione omnibus a garanzia dei debiti di Albatel ICT Solution sino alla concorrenza di Euro 191.750,00; rilevava che la banca, dopo alcune comunicazioni di messa in mora del debitore principale, aveva receduto da tutti i rapporti, ottenendo poi un decreto ingiuntivo anche nei confronti di esso attore. Deduceva quest'ultimo che il contratto di fideiussione concluso era nullo per violazione della Legge n. 287/1990, art. 2, comma 2, lettera a), con cui sono vietate le intese tra imprese che abbiano l'oggetto o l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, anche fissando direttamente o indirettamente prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni contrattuali: di qui la nullità dell'intesa restrittiva, che, rilevava l'istante, avrebbe potuto essere invocata anche dai consumatori. Ricordava l'attore che Banca Italia aveva avviato nei confronti di ABI, relativamente alle condizioni generali della fideiussione contratta a garanzia delle operazioni bancarie, una istruttoria alla quale era seguita, in data 2/5/2005, l'adozione di un provvedimento in cui era risultato accertato che gli art. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale predisposto dall'ABI contenessero disposizioni in contrasto con il cit. L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2,



lett. a). Assumeva, poi, che nel contratto di fideiussione in questione erano contenuti i menzionati articoli presenti nello schema elaborato dall'ABI. Domandava, quindi: la declaratoria di nullità della fideiussione, che si accertasse nulla essere dovuto alla banca per debiti contratti dall'obbligata principale; che la convenuta fosse condannata al risarcimento del danno.

Nella resistenza della Banca Popolare di Bergamo, la Corte di appello di Brescia respingeva la domanda osservando come l'analisi testuale del provvedimento emesso dalla Banca d'Italia evidenziasse che la procedura avviata non si era conclusa con una diffida o una sanzione: rilevava il giudice distrettuale che solo in presenza di un'applicazione uniforme delle clausole di cui agli art. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale si sarebbe configurata la contestata violazione; rilevava, in particolare: *"Alla luce delle conclusioni cui è pervenuto l'organo di vigilanza, non può assolutamente ritenersi che in quella sede è accertata l'esistenza di una intesa concorrenziale ovvero di illecite pratiche concordate"*. Aggiungeva che parte attrice, pur avendone l'onere, non aveva dimostrato, né chiesto di provare, che, in ispregio alle indicazioni fornite da Banca Italia, ABI avesse egualmente diffuso il testo delle condizioni generali del contratto di fideiussione comprensivo delle clausole censurate.

2. - La sentenza, pubblicata il 7/11/2014, è stata impugnata per cassazione da B.G. con un ricorso fondato su due motivi; resiste con contro-ricorso la Banca Popolare Bergamo, ora UBI. Sono state depositate memorie.

Motivi della decisione

1. - Con il I° motivo è stata dedotta la violazione o falsa applicazione della Legge n. 287/1990, art. 2, 14, 20 e 33, nonché dell'art. 41 Costituzione, dell'art. 101 Trattato sul funzionamento Unione Europea, degli art. 2697 e 2729 c.c., nonché degli art. 115 e 116, c.p.c.. Rileva l'istante che la Corte bresciana non aveva preso in considerazione due circostanze incontroverse: quella per cui era stato dimostrato che il contratto di fideiussione corrispondeva esattamente allo schema negoziale oggetto dell'istruttoria Banca Italia conclusasi con il provvedimento del 2/05/2005; quella per cui la stessa banca convenuta si era limitata a negare l'intesa "a monte" senza mai contestare, tanto meno specificamente, che le richiamate clausole del contratto di fideiussione (art. 2, 6 e 8) fossero diverse da quelle già in uso nella prassi del sistema bancario e riprodotte nello schema ABI. Deduce il ricorrente che l'istruttoria e il provvedimento Banca Italia del 2005 - la quale nella circostanza aveva operato nell'esercizio dei poteri attribuiti alla stessa quale autorità garante per l'accertamento delle violazioni della legge antitrust nel settore creditizio - costituivano una inoppugnabile prova privilegiata dell'illecito posto in atto dalla controparte.

Col II° mezzo è dedotto l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, costituito dal fatto che, secondo la sentenza impugnata, l'attore non avrebbe fornito prova dell'illecita intesa a monte; è altresì lamentata la violazione e falsa applicazione degli art. 2697 e 2729, c.c. e degli art. 115 e 116 c.p.c.. La Corte di appello, secondo l'istante, non avrebbe considerato, o comunque compreso, la natura di prova privilegiata degli atti del procedimento intrapreso da Banca Italia, né avrebbe valutato le presunzioni, gravi, precise e concordanti, da esso derivanti. Ad avviso del ricorrente, dalla lettura integrale dell'istruttoria, del parere espresso da AGCM e dal provvedimento Banca Italia emergeva chiaramente l'accertamento circa il fatto che le

banche avevano già in uso uno schema contrattuale in cui erano riprodotte le clausole nulle e che queste ultime avevano continuato a trovare ingresso nei contratti di fideiussione anche dopo l'emanazione del provvedimento di cui si è detto.

2. - La banca contro-ricorrente ha formulato talune eccezioni pregiudiziali.

2.1. - Ha eccepito preliminarmente l'improcedibilità del ricorso assumendo che sarebbe stata depositata copia di sentenza diversa da quella che l'istante avrebbe inteso impugnare.

L'eccezione è destituita di fondamento. Il provvedimento depositato è la sentenza della Corte di appello di Brescia del 24/4/2014, di cui in epigrafe.

2.2. - La stessa banca ha poi rilevato che il ricorso di controparte risulterebbe inammissibile a norma dell'art. 360 bis c.p.c.: essa ha ancorato detto assunto al rilievo per cui le clausole di cui agli art. 2, 6 e 8 delle condizioni generali di contratto sarebbero ritenute costantemente valide dalla giurisprudenza di legittimità.

Si osserva, però, che il profilo attinente alla legittimità delle menzionate disposizioni contrattuali risulta essere estraneo al decisum della Corte di appello, la quale si è limitata a dare atto della mancata dimostrazione di un accordo illecito e di pratiche illegittime concordate, rilevando, in sintesi, come il provvedimento Banca Italia del 2/5/2005 non fornisse idoneo riscontro della denunciata intesa restrittiva in assenza di una diffusione dello schema di fideiussione che non fosse stato emendato nei termini indicati dallo stesso istituto. Non ricorre, dunque, la prospettata ipotesi del provvedimento che abbia deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte di cassazione.

2.3. - La contro-ricorrente ha pure opposto che il ricorrente risulterebbe essere carente dell'interesse ad impugnare la sentenza della Corte di appello. Ha osservato, in proposito, che ove pure fosse dichiarata la nullità di tutte o di alcune delle clausole di cui qui si dibatte, la fideiussione manterrebbe la propria validità in forza del principio generale di conservazione del negozio giuridico: infatti - aggiunge - l'istituto di credito avrebbe richiesto a B.G. il rilascio della garanzia in questione anche in assenza delle clausole contestate, avendo precipuo interesse a garantire il soddisfacimento del debito contratto dall'obbligato principale.

E' facile tuttavia obiettare che l'interesse ad agire richiesto dall'art. 100 c.p.c., in quanto condizione preliminare di ammissibilità della domanda giudiziaria, deve essere valutato alla stregua della prospettazione operata dalla parte (Cassazione n. 11554/2008) e non lo si può negare sul presupposto che le conseguenze da trarsi dai fatti allegati siano diverse da quelle sostenute dall'attore, attenendo ciò alla fondatezza nel merito della domanda (Cassazione SS.UU n. 9934/2015).

3. - I due motivi, sopra riassunti, possono esaminarsi congiuntamente: ciò in considerazione della loro evidente connessione. Ed è da escludere che essi tendano, come lamentato dalla controricorrente, a una mera revisione critica del giudizio di fatto demandato al giudice del merito.

3.1. - La domanda proposta dall'odierno ricorrente avanti a Corte appello Brescia risulta basarsi, come accennato, sull'esistenza di una intesa restrittiva della libertà di concorrenza Legge n. 287/1990, ex art. 2. La prospettiva dell'azione intrapresa è quella additata dalle SS.UU di questa Corte, secondo cui il contratto cosiddetto "a valle" costituisce lo sbocco della suddetta intesa, essenziale a realizzarne gli effetti.

Infatti, tale contratto, oltre ad estrinsecare l'intesa, la attua: come è stato spiegato, la ratio della nullità ai sensi Legge n. 287/1990, art. 33, è quella "di togliere alla volontà anticoncorrenziale a monte ogni funzione di copertura formale dei comportamenti a valle" (Cassazione SS.UU n. 2207/2005, in motivazione).

L'attore - ricorda la sentenza impugnata - ha invocato a fondamento della pretesa azionata il provvedimento del 2/5/2005 Banca Italia, cui, prima della modifica apportata dalla Legge n. 262/2005, art. 19, comma 11, spettava l'accertamento delle infrazioni di cui al nominato art. 2 che si assumessero essere poste in atto dalle aziende di credito. Per quanto qui specificamente interessa, nel richiamato provvedimento Banca Italia era disposto: "Gli art. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale predisposto da ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la Legge n. 287/1990, art. 2, comma 2, lettera a)".

3.2. - Questa Corte ha precisato che nel giudizio instaurato, ai sensi della Legge n. 287/1990, art. 33, comma 2, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, le conclusioni assunte da AGCM, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie (Cassazione n. 3640/2009). Si tratta di affermazione che trova sostanziale corrispondenza nella proclamazione del principio - reso con riferimento al giudizio promosso dall'assicurato per il risarcimento del danno patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza, tra compagnie assicuratrici - secondo cui il provvedimento sanzionatorio adottato da AGCM ha una elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori e consente di presumere, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, che dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il pregiudizio subito dal singolo assicurato (Cassazione n. 11904/2014; cfr. pure, in tema, ad esempio: Cassazione n. 9116/2014; n. 12551/2013; n. 7039/2012; n. 13486/2011).

3.3. - Sulla base di tali premesse, è possibile cogliere, nella sentenza impugnata, due errori giuridici.

Il I° è dato dalla impropria valorizzazione della mancata presenza, all'interno del richiamato provvedimento Banca Italia del 2/5/2005, di diffide o sanzioni.

Infatti - anche a voler prescindere dal rilievo per cui il provvedimento in questione presentava un contenuto prescrittivo, essendosi in esso stabilito che ABI emendasse le proprie circolari con riguardo alle disposizioni di cui agli art. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale da diffondere presso il sistema bancario, trasmettendo preventivamente gli atti così corretti a Banca Italia - ciò che rileva, ai presenti fini, è che i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano

più controvertibili, né utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; infatti, benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svoltosi tra le imprese e l'autorità competente, "deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (per tutte, Cassazione n. 17475/2002) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte"; in tal senso, il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico "impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede" (Cassazione n. 13486/2011 citata). Una conclusione in tal senso poggia, del resto, sull'assioma per cui "il contratto finale tra imprenditore e consumatore costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante": per modo che "teorizzare la profonda cesura tra contratto a monte e contratto a valle, per derivarne che, in via generale, la prova dell'uno non può mai costituire anche prova dell'altro, significa negare l'intero assetto, comunitario e nazionale, della normativa antitrust, la quale è posta a tutela non solo dell'imprenditore, ma di tutti i partecipanti al mercato" (Cassazione n. 2305/2007). E tale rilievo si coniuga con una duplice considerazione: per un verso, nel sistema della Legge n. 287/1990, come del resto nella disciplina comunitaria, private e public enforcement e cioè tutela civilistica e tutela pubblicistica, sono tra loro complementari; per altro verso, il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento amministrativo nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità: tanto più in considerazione dell'"evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore, che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità" (Cassazione n. 11904/2014 citata).

Quel che rileva è, dunque, l'accertamento dell'intesa restrittiva da parte di Banca Italia: non il fatto che, in dipendenza di tale accertamento, siano state pronunciate diffide o sanzioni. Infatti, ciò che assumeva rilievo dirimente, nella controversia portata all'esame della Corte di Brescia, era la presenza o meno di un'intesa tra imprese il cui oggetto o effetto fosse quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante attraverso la fissazione di specifiche condizioni contrattuali.

Il dato costituito dalla rilevazione, da parte dell'autorità competente, dell'illecito concorrenziale va poi desunto dal contenuto sostanziale e complessivo del provvedimento amministrativo, non da singole locuzioni che, isolatamente assunte, possano presentare un significato ambiguo o fuorviante: così la portata dell'espressione secondo cui i richiamati art. 2, 6 e 8 "contengono disposizioni che,

nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con la Legge n. 287/1990, art. 2, comma 2, lettera a)" andava apprezzata verificando se il provvedimento avesse mancato di prendere posizione sull'esistenza dell'intesa restrittiva e, quindi, sulla diffusione, presso gli istituti di credito, dei testi negoziali comprendenti le citate clausole; ciò che il ricorrente ha specificamente negato, richiamando specifici passaggi del provvedimento stesso (n. 49, 50, 57, 58, 60, 93).

Il II° errore in cui è incorsa la Corte di appello si rinviene nell'affermazione per cui non sarebbe provato che, contravvenendo a quanto prescritto da Banca Italia, ABI avesse egualmente diffuso il testo delle condizioni generali del contratto di fideiussione contenente le clausole che costituivano oggetto dell'intesa restrittiva.

Tale circostanza non è difatti decisiva. Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli art. 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 citata Cassazione SS.UU n. 2207/2005 (cfr. in tema anche Cassazione n. 29810/2017, secondo cui ai fini dell'illecito concorrenziale di cui alla Legge n. 287/1990, 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 ABI non avesse contravvenuto a quanto disposto da Banca Italia nel provvedimento del 2/5/2005, ma la Banca Popolare Bergamo avesse egualmente sottoposto all'odierno ricorrente un modulo negoziale includente le disposizioni che costituivano comunque oggetto dell'intesa di cui alla Legge n. 287/1990, art. 2, lettera a).

Mette solo conto di aggiungere che risulta inappropriato il richiamo, operato nella memoria ex art. 378 c.p.c., da UBI, all'ordinanza n. 30818/2018 di questa Corte: tale pronuncia, oltre a riguardare parti diverse dagli odierni contendenti, si occupa dell'onere della prova in tema di illecito antitrust, affermando il principio, che qui va certamente ribadito, per cui compete all'attore che deduca un'intesa restrittiva provare il carattere uniforme della clausola che si assuma essere oggetto dell'intesa stessa. Le censure che è possibile svolgere in sede di legittimità contro il relativo accertamento del giudice del merito sono poi, per quanto limitate, variamente modulabili: ed è incontestabile che in questa sede si dibatta di profili che non coincidono con quelli di cui si è occupata la citata ordinanza.

4. - Nei termini che si sono indicati, il ricorso va pertanto accolto e la sentenza impugnata cassata.

Il giudice del rinvio, cui è devoluta la decisione sulle spese processuali del giudizio di legittimità, dovrà conformarsi al seguente principio di diritto: "In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla Legge n. 287/1990, art. 2, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato da Banca Italia prima

della modifica di cui alla Legge n. 262/2005, art. 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi da AGCM, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto ad ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario".

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Brescia, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione I<sup>a</sup> Civile, il 5/02/2019  
Depositato in Cancelleria il 22/05/2019