

Nota a Cass., Sez. 3, ordinanza n. 34889 del 13/12/2023

di Vittorio Carlomagno

1.

L'intesa sull'indice EURIBOR rappresenta la prima ipotesi di applicazione della nullità dei c.d. contratti «a valle» per violazione della disciplina antitrust che si presenta all'esame della corte di legittimità dopo la nota Cass. Sez. U, sentenza n. 41994 del 30/12/2021, relativa alla fideiussione omnibus conforme al modello ABI, che ha sancito la soluzione della nullità parziale e ne ha fornito, con ampiezza di argomenti, una ricostruzione sistematica.

Come è noto, le Sezioni Unite hanno escluso espressamente che la nullità discenda da principi generali del diritto civile, in particolare dalla illiceità della causa o dell'oggetto del contratto a valle o dal collegamento negoziale con l'intesa (par. 2.18.1), ed hanno affermato che è una nullità «speciale», posta – attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 2 comma 3 della legge n. 287 del 1990 – a presidio dell'«ordine pubblico economico», una nullità diversa da quelle già note al sistema, di portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 cod. civ.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento, come la nullità di protezione nei contratti del consumatore e la nullità nei rapporti tra imprese (par. 2.17). Questa interpretazione viene fondata su un'esigenza di maggiore tutela del «consumatore», funzionale alla piena attuazione del diritto comunitario, che si assume sia affidata agli ordinamenti nazionali.

Così secondo le Sezioni Unite l'articolo 2 della legge n. 287 del 1990, che stabilisce la nullità delle intese anticompetitive, non si riferisce esclusivamente al negozio giuridico originario concluso fra i compartecipi dell'intesa, ma a tutta la sequenza comportamentale e a tutta la complessiva situazione che in concreto realizzino, anche successivamente all'intesa, un ostacolo al gioco della concorrenza (par. 2.16).

In questa prospettiva la nullità sanziona un risultato economico, ossia la distorsione della concorrenza, ed opera in ogni caso in cui il contratto a valle sia funzionale a produrre il medesimo effetto anticoncorrenziale perseguito dall'intesa. Il «collegamento funzionale», che non è il collegamento negoziale noto alla dottrina civilistica, diventa così l'elemento fondante ed il criterio di individuazione della nullità del contratto a valle.

In presenza del collegamento funzionale con l'intesa illecita il contratto a valle è anch'esso affetto da nullità, rilevabile d'ufficio nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di legittimità a presidio del principio processuale della domanda (par. 2.20.2). Questa nullità è totale quando la sua stessa conclusione limita la concorrenza; è parziale invece quando esso si limiti a riprodurre in una sua parte le clausole anticoncorrenziali oggetto dell'intesa a monte, salvo che tale parte risulti essenziale ex art. 1419 primo comma cod. civ., sempre che di tale essenzialità la parte interessata all'estensione della nullità fornisca la prova (par. 2.18.1).

Alla questione della rilevanza della effettiva partecipazione all'intesa dell'impresa che ha stipulato il contratto a valle è dedicato solo un accenno, al par. 2.6, ove si desume la soluzione negativa dal carattere «reale» della tutela invalidante.

La nullità dei contratti a valle in questa ricostruzione presenta tratti peculiari rispetto alla classica nozione civilistica: essa non dipende dalla intrinseca contrarietà del contratto all'ordinamento ma dal rapporto di oggettiva consequenzialità fra la sua conclusione ed una precedente condotta illecita; gli elementi su cui essa si fonda sono quindi per definizione al di fuori dell'accordo delle parti¹ e possono essere non conosciuti e non conoscibili da una di esse o da entrambe.

¹ Ciò può avere delle conseguenze sulla possibilità del rilievo d'ufficio della nullità, che presuppone la tempestiva deduzione in giudizio del fatto, esterno al contratto, su cui essa si fonda; cfr. App. Venezia, sentenza n. 2122 del 26 ottobre 2023, est. Passarelli, in *ex parte creditoris*.

2.

L'ordinanza in commento si è pronunciata su un contratto di mutuo a tasso variabile parametrato all'EURIBOR concluso da una banca estranea all'intesa illecita.

La Corte di appello ne aveva escluso la nullità *“perché nessun rilievo era stato mosso agli istituti di credito italiani che avevano partecipato al panel per la determinazione del tasso Euribor e perché l'intesa illecita in violazione dell'art. 101 del Trattato UE in materia di concorrenza è solo quella di cui sia parte l'istituto bancario”*.

La sintetica motivazione dell'ordinanza si articola sul richiamo di precedenti decisioni della Suprema Corte, già valorizzate dalle Sezioni Unite del 2021, senza richiamare espressamente quest'ultima, ma ponendosi nella medesima prospettiva.

L'ordinanza, richiamando Cass. Sez. U, sentenza n. 2207 del 04/02/2005, rileva per prima cosa che, poiché la legge n. 287 del 1990 detta norme a protezione del carattere competitivo del mercato a tutela di tutti i possibili interessati, chiunque abbia subito un danno in una contrattazione che, a causa di una sovrastante intesa anticoncorrenziale, non ammetteva alternative, dispone sia dell'azione di accertamento della nullità dell'intesa sia dell'azione di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge.

Afferma poi, richiamando Cass. Sez. 1, sentenza n. 827 del 1/02/1999, che la sanzione di nullità non si riferisce solo all'eventuale negozio giuridico originario nel quale si identifica l'intesa, ma a tutta la successiva sequenza comportamentale attraverso la quale si sia realizzata in concreto una alterazione della concorrenza.

Quindi rileva che il contratto di mutuo faceva riferimento ad un parametro fissato attraverso un accordo manipolativo della concorrenza e richiama l'efficacia probatoria privilegiata riconosciuta dalla giurisprudenza, già anteriormente al D. L.vo 19 gennaio 2017, n. 3, attuativo della direttiva 2014/104/UE, agli accertamenti dell'autorità antitrust.

Conclude che la nullità ha carattere oggettivo e quindi che è irrilevante se il contratto a valle sia stato concluso da un'impresa che abbia partecipato all'intesa, perché comunque ne costituisce applicazione.

3.

Nella prospettiva delle Sezioni Unite del 2021 pare doversi ritenere che l'ordinanza identifichi il collegamento funzionale, che costituisce il presupposto della nullità del contratto a valle, semplicemente, nella adozione nel contratto di un parametro determinato attraverso l'intesa illecita.

Questa identificazione, che può apparire intuitiva, merita un approfondimento, anche alla luce del confronto fra la nuova fattispecie e la fideiussione ABI.

In termini generali le Sezioni Unite hanno affermato che la violazione, che determina la nullità del contratto a valle, *“è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti «funzionale» a produrre un effetto anticoncorrenziale”*, così che il contratto a valle rappresenti, nelle parole di Cass. Sez. U. n. 2207/2005, *“lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti”* (par. 2.16.1).

La ragione per la quale è stato ravvisato, rispetto alla fideiussione ABI, il collegamento funzionale è esposta con precisione in questo passaggio della decisione: *“La funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte, dichiarata nulla dall'autorità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale.”* (par. 2.16.2).

Infatti si tratta di una intesa corrispondente alla prima delle cinque ipotesi tipizzate di cui all'art. 101 TFUE ed all'art. 2 comma 2 della legge n. 287 del 1990, quella dell'intesa diretta a *“fissare direttamente o*

indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali”, il cui oggetto è la predeterminazione del contenuto dei contratti a valle, cioè di determinate clausole delle fideiussioni, che realizza una alterazione della concorrenza uniformando, sotto questo profilo, le condizioni disponibili sul mercato.

Queste clausole, è bene precisare, non sono di per sé nulle né hanno un contenuto anticoncorrenziale, poiché l'illecito consiste unicamente nella loro preventiva ed uniforme predeterminazione e nella conseguente restrizione o distorsione della concorrenza.

Il nesso funzionale in questa ipotesi consiste nel fatto che il contratto a valle contiene quelle medesime clausole negoziali la cui generalizzata applicazione è promossa dall'intesa e in questo senso, per usare espressioni contenute nella sentenza, “recepisce il contenuto dell'intesa” (par. 2.6), oppure “assorbe nella sua interezza, o anche all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione” (par. 2.10.1.2). Infatti secondo le Sezioni Unite “la nullità dell'atto a monte è [...] veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto.” (par. 2.16.2).

4.

Ad una prima considerazione il contratto di mutuo parametrato all'EURIBOR sembra trovarsi, rispetto all'intesa sovrastante, in un rapporto simile a quello della fideiussione conforme al modello ABI.

Mentre quest'ultima recepisce, come parte del proprio contenuto, le clausole di cui l'intesa ha promosso l'uniforme applicazione nei confronti degli utenti finali di mercato, il contratto di mutuo determina il «prezzo» sulla base di un parametro determinato dall'intesa; saremmo dunque nell'ipotesi, anch'essa ricompresa nella lett. a) dell'art. 2 comma 2 della legge n. 287 del 1990 e dell'art. 101 TFUE, di fissazione del prezzo, diretta o indiretta, sulla base di un accordo manipolativo della concorrenza.

Se non che l'infrazione accertata dalla decisione della Commissione del 4 dicembre 2013 aveva per oggetto la restrizione e/o la distorsione della concorrenza nel settore dei derivati sui tassi di interesse in euro collegati all'EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*). Lo scopo dell'intesa era quello di interferire sulle singole posizioni di negoziazione/esposizioni in relazione alle quali ciascuna delle partecipanti poteva avere un interesse per un *fixing* EURIBOR elevato (quando riceveva un importo calcolato in base all'EURIBOR), basso (quando doveva pagare un importo calcolato in base all'EURIBOR) o forfettario (quando non aveva una posizione significativa in nessuna delle due direzioni).

L'intesa, dunque, mirava ad interferire sulle singole posizioni attive o passive in derivati di interesse dei partecipanti. Del resto, l'EURIBOR è un tasso interbancario che come tale svolge funzioni del tutto estranee rispetto all'erogazione dei mutui a tasso variabile; ma anche come indice si presta ad essere utilizzato in una pluralità di operazioni, di diversa natura, attive e passive, sicché si può escludere che esista un uniforme interesse del ceto bancario a mantenerne alto il valore².

La cesura che si riscontra fra il contratto a valle e l'intesa determina l'impossibilità di ravvisare un preordinato squilibrio del contratto a vantaggio dell'istituto di credito e quindi un danno effettivo per il cliente in termini di maggiorazione del tasso di interesse finale, almeno sulla sola base dell'efficacia probatoria dell'accertamento dell'autorità antitrust³. E' vero che Cass. S. U. 41994/21 prescinde dalla verifica di un effettivo danno patrimoniale, ma è anche vero che a fondamento della nullità pone una incidenza molto concreta dell'intesa sulla posizione del cliente finale, precisamente la sua soggezione ad una contrattazione senza alternative, che determina l'inserimento nel contratto di condizioni che derogano, a suo sfavore, alla disciplina legale, che non ha alcuna corrispondenza nella diversa fattispecie ora in esame.

² Cfr. Trib. Torino 29/01/24, est. Astuni.

³ GIULIETTI L., *EURIBOR: molto rumore per nulla*, in *Diritto del Risparmio*, 14 marzo 2024.

In senso contrario si sostiene⁴ che il collegamento funzionale si dovrebbe individuare, semplicemente, nell'utilizzo del tasso risultante dall'accordo collusivo, che sarebbe di per sé nullo, onde sarebbe nulla anche la clausola del contratto a valle che a tale tasso fa riferimento.

Non comprendiamo però come un tasso, che di per sé è un valore numerico, possa essere qualificato come nullo⁵; ci domandiamo allora se secondo questo criterio dovrebbe essere parzialmente nullo anche un contratto a tasso fisso che recepisca di fatto il tasso EURIBOR *pro tempore* vigente.

In realtà l'illiceità dell'intesa non risiede nel valore del tasso bensì nelle modalità di determinazione dell'indice, attuata però per finalità estranee allo scopo di incidere sul livello del tasso di interesse dei mutui a tasso variabile, e non necessariamente nel senso del suo innalzamento.

In generale, è frutto di un equivoco ritenere che l'autorità antitrust abbia il compito di dichiarare *erga omnes* la nullità di certe clausole, che poi il giudice civile dovrebbe limitarsi a recepire nella valutazione del singolo contratto a valle⁶. Non esistendo una dichiarazione di nullità *erga omnes* a monte, la clausola relativa al tasso potrebbe considerarsi nulla solo se si provasse che è stata inserita in esecuzione di una artificiosa concertazione avente per oggetto il livello del tasso di interesse dei mutui parametrati all'EURIBOR, cosa che non è possibile desumere dalla decisione della Commissione, che ha accertato una intesa di diversa natura e contenuto.

Non vediamo dunque come il contratto a valle possa considerarsi attuativo di una finalità che nell'intesa non era presente e che questa comunque sarebbe stata inidonea a realizzare⁷. La tesi della nullità parziale del mutuo a tasso variabile per effetto dell'intesa relativa all'EURIBOR appare dunque non sostenibile secondo i principi stabiliti da Cass. S. U. 41994/21.

5.

Concludiamo con qualche notazione di ordine più generale sui principi stabiliti da Cass. S. U. 41994/21 e ripresi dall'ordinanza in commento.

Come abbiamo rilevato, il modello ABI corrisponde ad una fattispecie di intesa illecita ricompresa nella prima delle cinque ipotesi tipizzate dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 comma 2 della legge n. 287 del 1990.

Pur non rinvenendosi nella motivazione delle Sezioni Unite alcun elemento indicativo dell'intento di limitare l'applicazione dei principi espressi all'intesa avente per oggetto la predeterminazione delle condizioni contrattuali da applicare nei rapporti con i terzi, sembra però che la decisione abbia considerato esclusivamente o principalmente questa ipotesi, che rappresenta solo una porzione limitata del quadro delle intese illecite.

A questo proposito si deve tenere presente che delle altre ipotesi tipiche la d) e la e), discriminazione contrattuale e imposizione di prestazioni supplementari, nella loro stessa formulazione si riferiscono a contratti con soggetti terzi ma che tutte, anche la b) e la c), controllo della produzione e ripartizione dei mercati,

⁴ SARGENTONE A., *Note critiche al disallineamento del Tribunale di Torino rispetto alla Corte di Cassazione, in tema di nullità dell'EURIBOR*, in *Diritto del Risparmio*, 11 marzo 2024, ID, *Il rumore dell'EURIBOR*, *ivi*, 15 marzo 2024.

⁵ GIULIETTI, *op. cit.*: "L'EURIBOR è un valore, una misura (la misura del costo del denaro) quindi si potrà dire che è errato, falsificato, e, in tal caso, può e deve essere corretto (o, che è la stessa cosa, sostituito con quello corretto). Affermare che è nullo equivale a dire che la misura non c'è più, non è stata mai fatta. Invece è stata fatta e tuttora esiste, fissata nei dati storici."

⁶ LIBERTINI M., *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, 13-36, par. 6 e 7. In verità all'equivoco contribuisce la stessa Cass. S. U. 41994/21 che a più riprese (par. 2.15.4, 2.16.2, 2.18.2), ed anche nell'affermazione del principio di diritto (par. 3), fa riferimento alla «dichiarazione di nullità» degli articoli dello schema ABI da parte del provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005, anche se è molto chiara nell'escludere che le clausole derogative degli artt. 1939, 1941 e 1957 cod. civ. siano di per sé nulle (par. 2.16.2) e nel ricollegare la sanzione non al loro contenuto, di per sé lecito, ma alla riproduzione seriale dello schema ABI nei contratti a valle (par. 2.16.3).

⁷ Invece non ci sembra rilevante, nel senso della esclusione del collegamento funzionale, il fatto che il rapporto fra il tasso effettivamente applicato ed il parametro sia mediato dallo *spread* contrattuale, che di per sé non escluderebbe l'incidenza dell'intesa sul tasso dei mutui.

necessariamente si esplicano mediante contratti conclusi con soggetti estranei all'intesa ma che ne costituiscono attuazione.

Ancora più netta è l'impressione che le Sezioni Unite abbiano considerato questi terzi esclusivamente come acquirenti finali o consumatori⁸, come il più delle volte li designano.

Il panorama è in realtà molto disomogeneo, sia nel rapporto fra intesa e contratti «attuativi» sia nel ruolo dei terzi contraenti.

L'attuazione della concertazione può richiedere la conclusione di contratti con soggetti terzi diversi da quelli che in definitiva sono destinati a subire gli effetti dannosi della distorsione della concorrenza, ma che non sono necessariamente «complici» dell'intesa.

Consideriamo ad esempio il caso dei contratti a valle attuativi di una intesa di spartizione dei mercati, conclusi con soggetti terzi estranei ed ignari di essa, siano dei distributori o gli acquirenti finali. Questi contratti, che sicuramente secondo i criteri fissati presenterebbero un collegamento funzionale con l'intesa illecita, sarebbero integralmente nulli, come indicato al par. 2.18.1 della sentenza, perché riprodurrebbero integralmente l'intesa di spartizione.

Questa nullità però non può essere di beneficio alcuno per il soggetto danneggiato dalla lesione della concorrenza, sia o non sia parte del contratto a valle; al contrario gli è di pregiudizio, in entrambe le ipotesi, perché lo priva, direttamente o indirettamente, dell'accesso al bene; in più nella seconda ipotesi è di pregiudizio anche ad un altro soggetto incolpevole, il distributore; ed è il caso di notare che essendo rilevabile d'ufficio è indisponibile e può essere eccepita strumentalmente anche da chi sia stato parte dell'intesa illecita; non sembra poi che possa essere di giovamento al funzionamento del mercato.

Ciò può forse considerarsi coerente con l'indicazione della sua *ratio* nell'ordine pubblico economico, in funzione meramente sanzionatoria⁹, ma non sembra coerente con l'esigenza di tutela effettiva del danneggiato.

La nullità poi è radicalmente inapplicabile nell'ipotesi, che pure non sembra marginale, dell'intesa con effetto escludente, in cui il danno per l'utente finale di mercato consiste nell'impossibilità di accedere alla contrattazione.

In generale la nullità appare uno strumento poco duttile, diversamente dalla tutela risarcitoria, che ha il suo fondamento ed il suo criterio di quantificazione nel danno effettivo¹⁰. La nullità parziale poi presuppone necessariamente che il contratto possa operare indipendentemente dalla sua parte colpita da nullità o che questa sia sostituita in virtù di una disposizione di legge suppletiva o imperativa.

Infatti l'ipotesi, molto frequente, del contratto concluso, per effetto dell'intesa, a condizioni economiche diverse da quelle in cui sarebbe stato concluso in assenza di una distorsione della concorrenza, sinora ha ricevuto adeguata tutela senza alcuna necessità di ricorrere alla categoria della nullità; mentre la qualificazione come danno risarcibile della differenza fra il prezzo alterato dall'intesa ed il vero prezzo di mercato è intuitiva, appare problematica l'applicazione della nullità parziale alla clausola determinativa del prezzo.

Sembra dunque che la nullità del contratto a valle nel sistema della tutela antitrust non abbia affatto quelle potenzialità e quel carattere di necessità in termini di tutela effettiva che tanto rilievo hanno assunto nell'*iter* motivazionale seguito dalle Sezioni Unite.

⁸ La disponibilità della tutela antitrust come è noto prescinde dalla qualifica di consumatore, così come dalla posizione assunta sul mercato, di acquirente o di offerente.

⁹ SARTORI F., *Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa. Note di indirizzo*, in *Rivista di diritto bancario*, supplemento aprile/giugno 2023, VI.

¹⁰ L'art. 1 comma 2 del D. L.vo 19 gennaio 2017, n. 3, in attuazione della Direttiva 2014/104/UE (considerando 13 ed art. 3) dispone: "*Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni.*"

E' noto del resto che non è contemplata dal diritto unionale, che si concentra sul rimedio del risarcimento del danno.

In definitiva sembra che la soluzione adottata sulla fideiussione ABI, così come l'aspettativa della definitiva affermazione di una analoga soluzione sui mutui indicizzati all'EURIBOR, risentano molto delle peculiarità di queste fattispecie contrattuali¹¹, e precisamente dei risultati sostanziali della nullità parziale: nel caso della fideiussione l'inoperatività della deroga all'art. 1957 cod. civ. e la conseguente possibile estinzione della fideiussione; nel caso dei mutui l'applicazione dei tassi sostitutivi ex art. 117 Testo Unico Bancario, con un consistente alleggerimento della posizione del debitore.

Ma è lecito il dubbio se in questo si debba vedere una tutela piena ed effettiva del cliente o invece solo un effetto casuale dell'applicazione di uno strumento di tutela sostanzialmente eccentrico rispetto alla disciplina antitrust¹².

¹¹ Così LIBERTINI, *op. cit.*, par. 9, il quale solleva dubbi sulla possibilità di estendere la soluzione della nullità a tutta la materia antitrust e sulla stessa sua correttezza.

¹² Ha rilevato la Sezione Specializzata Imprese di Roma, sentenza n.16776 del 27/10/2021, est. Postiglione, in *De Jure*: *“in un'ottica controfattuale dell'operazione, se è vero difatti che la sottoscrizione di una fidejussione a condizioni più gravose di quelle ipotizzabili in un regime di concorrenza perfetta può avere dato luogo ad un danno risarcibile in capo al garante (per immobilizzazione di somme di denaro o per la perdita di migliori condizioni di mercato), non può essere revocato in dubbio il fatto che la liberazione tout court del fideiussore costituirebbe una indubbia sopra compensazione, essendo evidente come, in assenza di vincolo fideiussorio, il finanziamento non sarebbe mai stato erogato dalla banca e comunque non alle condizioni economiche, più favorevoli al garantito, effettivamente praticate.”*