



LORENZO MARICONDA

Sulla rilevanza del provvedimento della Banca d'Italia in tema di fideiussioni *omnibus* su schema ABI: da prova privilegiata a *probatio diabolica*?

Il contributo si sofferma sulle fideiussioni *omnibus* redatte in conformità allo schema ABI e, in particolare, sulla ripartizione dell'onere probatorio in ambito processuale quando le suddette garanzie siano state concluse in un momento successivo al Provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia.

The paper focuses on *omnibus* guarantee agreement drafted in accordance with the ABI model and, in particular, on the burden of proof when the said guarantees has been concluded after Bank of Italy Provision No. 55/2005.

Sommario: 1. La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi antitrust: impostazione del problema – 2. La nozione di prova «privilegiata» nella giurisprudenza di legittimità – 3. La natura vincolante del provvedimento AGCM dopo l'introduzione del d.lgs. 3/2017 – 4. Le fideiussioni *omnibus* anteriori o successive all'istruttoria: la necessaria prova dell'attualità dell'intesa restrittiva secondo le Corti di merito – 5. (segue) L'istanza di esibizione quale temperamento del rigorismo formalistico – 6. Quali prospettive?

1. La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi antitrust: impostazione del problema

Con l'annotatissima sentenza 30 dicembre 2021, n. 41994¹, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ripercorrendo le tappe dell'annoso dibattito relativo al rapporto tra le intese restrittive della concorrenza e gli accordi che a queste ultime diano concreta attuazione, si sono nuovamente pronunciate sugli strumenti di tutela riservati ai destinatari finali del prodotto offerto sul mercato². In particolare, all'attenzione dei giudici di legittimità è stata posta la specifica questione dei rimedi invocabili dal soggetto che abbia sottoscritto un contratto di garanzia qualificabile come fideiussione *omnibus* e contenente clausole conformi

¹ Il riferimento è, ovviamente, a Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, c. 499 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*; S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*; A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, e C. ROMANO, *Quale destino per le fideiussioni «omnibus» a valle di intese anticoncorrenziali?*.

² Sul tema non può prescindersi dalla lettura di Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, ed E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, che, superando le ambiguità manifestatesi in una precedente pronuncia resa in sede di legittimità (v. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121 ss.), ha espressamente riconosciuto, a conclusione di una controversia tra il sottoscrittore di una polizza RCA ed un'impresa operante nel settore assicurativo, la legittimazione attiva del consumatore ad agire in giudizio, ai sensi dell'art. 33, l. 287/1990, per ottenere l'accertamento della nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza nonché la condanna della convenuta, quando a quest'ultima partecipante, al risarcimento del danno eventualmente cagionatogli.

a quelle di cui agli artt. 2, 6 e 8 del cd. *schema ABI*, già censurate dalla Banca d'Italia con il Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005³ per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a), l. 287/1990. Partendo dalla considerazione, ormai pacificamente accolta dalla giurisprudenza antitrust, che la sorte dei negozi «a valle» non può essere scissa da quella dell'intesa di cui rappresentino – realizzandone gli effetti anticoncorrenziali – estrinsecazione pratica⁴, la Suprema Corte ha aderito, come noto, alla tesi della tutela reale e, segnatamente, della nullità parziale. In sostanza, dopo un'accurata esposizione delle motivazioni che non consentono di valorizzare, quantomeno in termini di esclusività, una prospettiva prettamente risarcitoria⁵, la sentenza propende per una caducazione *in parte qua* della fideiussione *omnibus* su schema *ABI*, ai sensi degli artt. 1419 c.c. e 2, comma 3, l. 287/1990, che operi con riferimento alle singole clausole riproduttive di quelle ritenute illegittime a seguito della citata istruttoria amministrativa⁶.

Orbene, benché tale conclusione abbia pienamente assolto all'onere di fornire puntuale risposta alle questioni poste dall'ordinanza di rimessione⁷, la pronuncia – sui cui contenuti non ci si potrà soffermare analiticamente in questa sede⁸ – ha determinato l'insorgenza di una serie di nuovi interrogativi, oggi all'attenzione degli interpreti teorici e della giurisprudenza stessa. In particolare, tra i tanti profili meritevoli di indagine, obiettivo del presente contributo è quello di soffermarsi sul tema della ripartizione degli oneri probatori nell'ambito dei giudizi

³ È bene ricordare come tale provvedimento sia stato reso dalla Banca d'Italia nella sua qualità di Autorità garante della concorrenza del settore creditizio, prima che tale compito fosse trasferito, a far data dal 12 gennaio 2006, all'AGCM, a seguito dell'abrogazione dei commi 2, 3 e 6 dell'art. 20, l. 287/1990, ad opera dell'art. 19, comma 11, l. 28 dicembre 2005, n. 262.

⁴ In termini cfr., ancora, Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit., ben commentata sul punto da E. SCODITTI, *op. cit.*, 1019, e ripresa, qualche anno dopo, anche da Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097 ss., con nota bibliografica di A. PALMIERI e commento di R. PARDOLES, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; il ragionamento è, peraltro, coerente con quanto era già stato affermato da Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, 831 ss., con nota bibliografica di L. LAMBO, secondo cui, allorché l'art. 2, l. antitrust, stabilisce la nullità delle intese, non attribuisce 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».

⁵ Prima della pronuncia a Sezioni Unite, ad esempio, negava la possibilità di attivare una tutela caducatoria, valorizzando il profilo dello «squilibrio contrattuale», G. GUIZZI, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vingt ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2021, p. 1175 ss.; in senso favorevole al solo rimedio risarcitorio, seppur fondandosi su differenti argomentazioni, si era espressa anche la Procura Generale della Corte di Cassazione, con requisitoria reperibile in www.dirittobancario.it e fortemente criticata, ad esempio, da A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'«urgenza» della tutela reale; la «qualità» della tutela reale*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, II, p. 1 ss.

⁶ Cfr. *Principio di diritto*, Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

⁷ Cass., sez. I, 30 aprile 2021, n. 11486, in *Foro it.*, 2021, I, c. 2007 ss.

⁸ Per alcuni dei commenti successivi alla pubblicazione della pronuncia si rimanda, senza alcuna pretesa di esaustività, a M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021*, n. 41994, in *Odc*, 2022, p. 1 ss.; M. MAGLIULO, *Contratti di fideiussione omnibus attuativi di intesa anticoncorrenziale: nuovi dubbi e vecchie incertezze*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, p. 163 ss.; A. MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni unite n. 41994/2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 682 ss.; L. MORISI, *Fideiussioni omnibus a valle: vecchie questioni e nuovi rimedi?*, in *ODCC*, 2022, p. 305 ss.

civili in materia antitrust – con particolare riguardo a quelli concernenti i contratti di garanzia *de quibus* – e sulla rilevanza all'uopo attribuibile al provvedimento dell'Autorità di vigilanza. A tale scopo, prima di concentrarsi sulle elaborazioni pretorie diffuse presso le Corti di merito⁹, appare opportuno soffermarsi sulle posizioni in proposito avallate in sede di legittimità e da ultimo confermate, seppur laconicamente, dalle Sezioni Unite nell'arresto sopra citato. È, invero, innegabile che quest'ultimo abbia dedicato all'argomento ben poco spazio – specialmente se parametrato alla lunghezza complessiva del provvedimento ed all'analiticità con cui sono stati affrontate questioni ritenute più rilevanti ai fini della decisione – essendosi il Collegio limitato a rievocare la nozione di «prova privilegiata»: sul reale significato di tale locuzione è, allora, necessario condurre un'accurata riflessione, che consenta di affrontare anche quei risvolti problematici della cui risoluzione la Cassazione non sembra essersi eccessivamente preoccupata.

2. La nozione di prova «privilegiata» nella giurisprudenza di legittimità

La ricostruzione secondo cui il provvedimento amministrativo assumerebbe il valore di «prova privilegiata»¹⁰ nel successivo giudizio *follow-on* ha riscosso, benché l'espressione *de qua* non abbia una precisa definizione da un punto di vista *stricto sensu* giuridico¹¹, un discreto seguito già nella giurisprudenza in materia antitrust della Corte di Cassazione¹² antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 3/2017¹³ ed è, poi, divenuta oggetto, soprattutto negli ultimi anni, di un'evoluzione esegetica non sempre sorretta da un adeguato apparato argomentativo. In uno dei primi arresti sul punto, ci si limitava a circoscrivere il carattere qualificato della decisione dell'AGCM – nonché, a maggior ragione, di quella della giustizia amministrativa che dovesse confermarla o riformarla¹⁴ – alla prova della sola esistenza

⁹ Si anticipa che si trarranno utili indicazioni in proposito dal testo di due recenti sentenze, pressoché coeve, del Tribunale di Torre Annunziata, inedite e redatte dal medesimo estensore, che hanno affrontato nel dettaglio la problematica descritta nel testo: ci si riferisce, in particolare, a Trib. Torre Annunziata, sez. III, 1 aprile 2022, n. 692, e Trib. Torre Annunziata, sez. III, 16 luglio 2022, n. 1795. La consultazione dei due provvedimenti è avvenuta, anche grazie all'ausilio garantito dagli addetti all'Ufficio per il Processo (U.p.P.), nel corso dell'attività di ricerca riferita al progetto dal titolo «*Modelli organizzativi e innovazione digitale: il nuovo ufficio per il processo per l'efficienza del sistema-giustizia*», realizzato nell'ambito del rapporto di collaborazione tra l'Università di Napoli *Federico II* ed il Tribunale oplitino.

¹⁰ La locuzione ha trovato una prima enunciazione testuale in Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901 ss., con note bibliografiche di A.L. BITETTO e A. PALMIERI, sebbene, in termini sostanziali, la tendenza ad attribuire un valore privilegiato al provvedimento dell'Autorità di vigilanza si fosse già diffusa anche all'interno di pronunce più risalenti.

¹¹ In questo senso si veda A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Merc. conc. reg.*, 2013, p. 441.

¹² Tanto da indurre F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. Ind.*, 2016, p. 256, a definirla come un «ibrido di successo».

¹³ Come si vedrà, si tratta dell'atto con cui è stata recepita in Italia la Direttiva 2014/104/UE sul cd. *private enforcement*.

¹⁴ Motivo per cui C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Merc. conc. reg.*, 2011, p. 444, qualifica le questioni inerenti al valore probatorio del provvedimento dell'Autorità Garante come un problema «teorico e formalistico».

dell'intesa restrittiva vietata¹⁵, rispetto al cui accertamento, tuttavia, le parti avrebbero potuto allegare in giudizio ulteriori elementi finalizzati a dimostrare, alternativamente ed a seconda dello specifico interesse, l'effettivo verificarsi della condotta anticoncorrenziale¹⁶ ovvero, all'opposto, la sua insussistenza¹⁷. Una volta che l'attore – o, più spesso, opponente a decreto ingiuntivo – avesse adempiuto al proprio onere di allegazione del provvedimento reso a conclusione dell'istruttoria e del contratto specificamente sottoscritto, il giudice civile, pur potendo procedere ad una valutazione dell'esistenza del nesso di causalità tra la condotta collusiva e il danno concretamente lamentato dal ricorrente sulla base di criteri probabilistici o presuntivi fondati su un rapporto di sequenza costante tra un dato antecedente e un effetto conseguente¹⁸, avrebbe dovuto tenere in considerazione, ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria, «tutti gli elementi di prova» utili a contrastare siffatta presunzione¹⁹ o a dimostrare l'interruzione del legame eziologico²⁰.

Tuttavia, in pronunce di poco successive si è precisato che, nel caso in cui l'impresa abbia preso parte all'istruttoria amministrativa, nella successiva azione *follow-on* la convenuta non potrà più chiedere che sia accertata la rescissione del nesso causale sulla base delle medesime prove o argomentazioni che siano state ritenute irrilevanti allo scopo nel procedimento innanzi all'AGCM²¹, e, comunque, dovrà incentrare le proprie difese su circostanze interruttive

essendo ben difficile che il giudice civile possa discostarsi dall'accertamento di un fatto contenuto in una decisione del Consiglio di Stato.

¹⁵ O, in caso di sussistenza di una posizione dominante, del suo abuso.

¹⁶ Come potrebbe accadere, ad esempio, quando l'AGCM si sia espressa con un provvedimento di diniego o di archiviazione.

¹⁷ Cfr. ancora Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, cit.

¹⁸ Nel caso del contenzioso assicurativo, come evidenziato da Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit., l'elemento antecedente sarebbe rappresentato da una condotta *preparatoria* costituita dalla partecipazione dell'impresa all'intesa anticoncorrenziale accertata in sede amministrativa ed una *finale* sostanziante nella polizza sottoscritta dal singolo consumatore, mentre il dato conseguente si esplicherebbe nell'incremento dei premi rispetto a quelli che sarebbero stati pagati se il mercato non fosse stato viziato sotto il profilo concorrenziale.

¹⁹ Che M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *NLCC*, 2018, p. 480, qualifica come «presunzione relativa cd. impropria di formazione giurisprudenziale, il cui effetto sarebbe, quindi, quello di una mera *relevatio ad onere probandi* [corsivo nel testo originale, n.d.r.]»; sulla categoria delle presunzioni giurisprudenziali si veda ampiamente G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 177 ss., ove è presente anche una minuziosa elencazione casistica.

²⁰ Sul punto si veda Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit., la quale criticava la sentenza impugnata in quanto «adagiata sul mero contenuto del provvedimento amministrativo, quasi ad avallare l'aberrante tesi che il danno sia *in re ipsa*»; in senso analogo, seppur in maniera più generica, cfr. anche Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, cit.

²¹ In termini, si vedano Cass., 10 maggio 2011, n. 10211 e Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, entrambe in *Foro it.*, 2011, I, c. 2675 ss., con nota bibliografica di C.D. PIRO e commento critico di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*, secondo il quale, aderendo alle conclusioni prospettate dalle due pronunce annotate, si rischierebbe di attribuire all'AGCM «un ruolo improprio di "giudice del danno", i cui *dicta* vanno pedissequamente recepiti dal giudice ordinario»; in maniera fortemente critica rispetto alle conclusioni della Cassazione si esprime anche A. FRIGNANI, *op. cit.*, 442, il quale ritiene che per quanto possa essere comprensibile concedere all'attore il vantaggio di poter usufruire di un

collegate alla singola situazione contrattuale e non al mercato in generale²². Pertanto, anche in virtù di argomentazioni fondate sulla natura complementare di *private* e *public enforcement* – i cui scopi sono assolutamente sovrapponibili alla luce dei principi di effettività e unitarietà dell’ordinamento²³ – e sulla necessità di compensare l’evidente asimmetria informativa tra l’impresa ed il singolo consumatore²⁴, si è giunti ad affermare che l’accertamento proveniente dall’AGCM ha «elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l’astratta idoneità della stessa condotta a procurare un danno ai consumatori»²⁵.

Orbene, le riflessioni sulla locuzione di «prova privilegiata»²⁶ e sulla sua effettiva pregnanza nelle azioni *follow-on*, dapprima circoscritte ai soli giudizi inerenti al mercato assicurativo – che, come visto, ha rappresentato, sin dall’introduzione della disciplina antitrust, ambito elettivo di indagine dei rapporti tra intese anticoncorrenziali e contratti «a valle» –, sono state riproposte, più di recente, anche rispetto al tema, qui oggetto d’esame, delle fideiussioni *omnibus* su schema *ABI*. In particolare, in coerenza con le coordinate ermeneutiche sopra descritte, la giurisprudenza ha attribuito al Provvedimento n. 55/2005, con cui la Banca d’Italia ha concluso l’istruttoria avviata nel novembre 2003 sulle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 del modello predisposto dall’associazione d’imprese bancarie, dichiarandone la contrarietà all’art. 2, l. 287/1990 quando applicate in modo uniforme, il valore di accertamento *qualificato*

accertamento già compiuto in sede amministrativa, non è giustificabile che ne possa conseguire una limitazione del diritto di difesa del convenuto, peraltro non prevista in alcuna norma di legge.

²² Allo scopo, secondo Cass., 20 giugno 2011, n. 13486, cit., occorre, in particolare, che i dati posti a difesa della singola impresa assicuratrice «fossero tali da dimostrare che — nel caso oggetto di esame — il livello del premio non era stato determinato dalla partecipazione all’intesa illecita, ma da altri fattori», quali, ad esempio, una situazione di difficoltà economica della convenuta o i particolari rischi coperti in polizza (cfr. § 7.4.). Contrario a questa ricostruzione si mostra, ad esempio, R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell’Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Soc.*, 2014, p. 786-787, secondo cui una simile affermazione non risulterebbe del tutto in linea con l’autonomia decisionale del giudice e vi sarebbe il concreto rischio di rendere il procedimento amministrativo una fase del giudizio sulla responsabilità civile.

²³ In termini, citando a sostegno della natura complementare delle due forme di tutela il *Considerando* n. 7 del Reg. 1/2003, cfr. Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1729 ss., con nota critica di R. PARDOLES, *Danno antitrust e (svuotamento dell’) onere probatorio a carico del consumatore*; sui rapporti tra *private* e *public enforcement* a livello sovranazionale si veda W.P.J. WILS, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Comp.* 40, no. 1, 2017, p. 3 ss., nonché, ID., *The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Comp.* 32, no. 1, 2009, p. 3 ss.

²⁴ In dottrina, sottolinea R. RORDORF, *op. cit.*, p. 786, come, in effetti, la ricostruzione dello scenario controfattuale utile a provare il danno e il nesso di causalità necessita di strumenti d’indagine e di dati raramente nella disponibilità del singolo attore, specialmente se privato consumatore; pone in evidenza le medesime criticità anche C. TESAURO, *op. cit.*, 442.

²⁵ Così, testualmente, Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, cit., secondo cui il pregiudizio concreto al singolo ricorrente derivante dall’illegittimità del contratto funzionalmente collegato all’intesa vietata potrà presumersi, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, sulla base del nocumento (anch’esso presuntivamente) arrecato alla collettività dei consumatori.

²⁶ Categoria di cui, peraltro, quantomeno da un punto di vista formale, Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, cit., asserisce l’inesistenza, pur non negando, di fatto, l’elevata attitudine probatoria dell’accertamento compiuto dall’AGCM.

nei successivi giudizi di nullità promossi dai fideiussori²⁷. Corollario di tale premessa interpretativa è che, qualora il garante abbia allegato l'atto amministrativo e il giudice accerti – con un'agevole attività di comparazione – che le clausole negoziali contenute nell'accordo concretamente sottoscritto siano conformi a quelle censurate, sarà onere dei singoli Istituti bancari fornire la prova contraria rispetto alla sussistenza della condotta anticoncorrenziale. D'altronde, in questo senso si sono espresse anche le Sezioni Unite nel 2021, che, preso atto delle conclusioni della Corte d'Appello di Roma, secondo il cui insindacabile giudizio di merito i contratti scrutinati, sottoscritti l'uno nel maggio 2004 e l'altro nel giugno 2006²⁸, contenevano delle clausole coincidenti con quelle di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI²⁹, hanno dichiarato la nullità parziale delle garanzie *sub iudice*³⁰.

3. La natura vincolante del provvedimento AGCM dopo l'introduzione del d.lgs. 3/2017

Da quanto finora detto emerge chiaramente come la nozione di «prova privilegiata» sia stata utilizzata dalla giurisprudenza per (mal)celare quella natura sostanzialmente vincolante dei provvedimenti amministrativi nei procedimenti civili *follow-on*³¹ che, prima delle recenti riforme incidenti sul nostro ordinamento, era positivamente riconosciuta, nella sola legislazione sovranazionale, dall'art. 16, comma 1, Regolamento CE n. 1/2003³², il quale, nel

²⁷ Benché possa apparire scontato, è opportuno precisare che i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia prima delle modifiche normative introdotte dalla l. 262/2005, hanno, al pari di quelli emessi dall'AGCM, elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle sanzioni ivi comminate: in questo senso cfr. Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, pubblicata in *Corr. Giur.*, 2018, p. 1063 ss., con nota di R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, e in *Giur. comm.*, 2019, II, p. 571 ss., con nota di S. D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" nel diritto antitrust*; Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 460 ss., con nota di P.C. RUGGIERI, *La Corte di cassazione e la "prova privilegiata" della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*; in dottrina, tra i cultori del diritto amministrativo, pone in evidenza questo profilo anche F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 50.

²⁸ Sulla rilevanza del profilo temporale ai fini del discorso che s'intende sviluppare si rinvia alle considerazioni svolte nei paragrafi successivi.

²⁹ Sul punto, v. Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., spec. § 2.19.

³⁰ È chiaro che, differentemente dal giudizio di natura risarcitoria, nel procedimento volto alla caducazione – seppur meramente parziale – di un accordo negoziale il profilo della causalità, che, come si è visto, è stato oggetto di alterne interpretazioni in giurisprudenza, risulta pressoché irrilevante, dovendosi semplicemente accertare il «collegamento funzionale» tra l'intesa a monte e la fideiussione «a valle», secondo la ricostruzione, ancora, di Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., spec. § 2.16.

³¹ In questi termini si veda P. FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il «Decreto enforcement» (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *AGE*, 2017, p. 368-369; della stessa opinione anche F. GOISIS, *op. cit.*, 50, e P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 1007, nonché M. NEGRI, *op. cit.*, p. 481, la quale conclude affermando che la ricostruzione giurisprudenziale giungeva comunque ad un approdo *praeter legem* tale da introdurre un vincolo *de facto* quasi equivalente a quello poi introdotto dal legislatore nel 2017.

³² Cfr. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*: per una disamina sulla genesi, gli obiettivi e gli effetti della normativa a distanza di

disciplinare il coordinamento tra le giurisdizioni nazionali e le decisioni della Commissione Europea, sancisce, infatti, l'obbligo del giudice interno di non disattendere le decisioni di quest'ultima³³, addirittura prescindendo dalla loro definitività³⁴.

Orbene, tale vincolatività è stata formalmente consacrata a livello normativo, anche in ambito domestico, con l'entrata in vigore del noto d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (cd. decreto *enforcement*), approvato in attuazione dell'art. 9, par. 1, della Direttiva 2014/104/UE³⁵, che ripropone un meccanismo di massima già sperimentato, seppur non in termini sempre perfettamente coincidenti, anche in altre esperienze continentali³⁶. Infatti, l'art. 7, comma 1, del suddetto decreto stabilisce che, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno in materia antitrust³⁷, si ritiene accertata nei confronti dell'autore – con riguardo ai profili della «natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale»³⁸, ma non, si badi bene, del nesso di causalità e dell'esistenza del danno – la violazione del diritto della concorrenza così come constatata in una decisione dell'AGCM³⁹ che sia ormai inoppugnabile o che sia stata confermata da una pronuncia della giurisdizione amministrativa passata in

vent'anni dalla sua introduzione, si veda l'interessante contributo di W.P.J. WILS, *Regulation 1/2003: An Assessment after Twenty Years*, in *World Comp.* 46, no. 1, 2023, 3 ss.

³³ In merito, si vedano le lucide parole di R. RORDORF, *op. cit.*, p. 785-786, secondo cui tale pregiudizialità giuridica non poteva sussistere, invece, quando il procedimento amministrativo era di competenza dell'Autorità nazionale; evidenzia la differenza tra le due ipotesi anche A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 433-434; in termini possibilisti, invece, si esprimeva C. TESAURO, *op. cit.*, 445, secondo cui il superamento di questo principio di «doppio binario» sarebbe stato auspicabile, quantomeno nel caso in cui la pronuncia dell'AGCM fosse in applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, sia per ragioni di certezza del diritto che per garantire l'effetto utile del Reg. 1/2003.

³⁴ P. FABBIO, *op. cit.*, 377, sottolinea come il giudice possa, tutt'al più, valutare l'opportunità di sospendere in giudizio in attesa che si definisca l'eventuale giudizio di impugnazione.

³⁵ Cfr. d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, *Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*: per delle interessanti considerazioni a livello di legislazione sovranazionale si veda J. BASEDOW, *Damages actions for breach of competition law: the contest between national judiciaries in the EU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 633 ss.

³⁶ In particolare, nella legislazione tedesca, il § 33.b del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (corrispondente alla nostra legge antitrust) prevede la vincolatività nel giudizio civile delle decisioni finali della Commissione Europea, dell'Autorità Garante della concorrenza nazionale e di quelle di altri Stati membri; in termini più restrittivi, invece, si esprime, ad esempio, il *Competition Act* britannico, che, ai sensi del combinato disposto tra le *sections* 47A e 58, limita tale effetto ai giudizi per danni intentati a seguito di provvedimenti definitivi resi dalla sola Autorità nazionale.

³⁷ Tuttavia, ciò non esclude che il vincolo di cui all'art. 7, d.lgs. 3/2017, possa trovare applicazione anche rispetto a rimedi civili diversi dal risarcimento per equivalente, quale quello della nullità, rilevante nella fattispecie oggetto del presente contributo: in senso favorevole all'interpretazione analogica cfr., *ex multis*, P. FABBIO, *op. cit.*, p. 390, e M. NEGRI, *op. cit.*, p. 486, testo e nt. 29.

³⁸ Per un'analisi del significato delle singole voci si veda P. FABBIO, *op. cit.*, p. 384 ss.

³⁹ Diversamente, l'art. 7, comma 2, d.lgs. 3/2017 – con quella che P. FABBIO, *op. cit.*, p. 375-376, definisce una «scelta di bandiera» volta a rispondere alla preoccupazione che in altri Stati membri dell'UE non sarebbe garantito il diritto di difesa dell'autore della violazione in sede amministrativa – stabilisce che le decisioni definitive di un'Autorità straniera costituiscono una prova «valutabile insieme ad altre prove».

giudicato⁴⁰. In sostanza, *rebus sic stantibus*, le statuizioni contenute nei provvedimenti del Garante della Concorrenza e del Mercato pubblicati e divenuti definitivi⁴¹ dopo l'entrata in vigore del decreto *enforcement* non potranno più essere messe in discussione nel successivo procedimento civile *follow-on* – quantomeno rispetto ai profili indicati nella legge – mentre quelle ricomprese in atti conclusivi di istruttorie provenienti da *Authorities* differenti o, comunque, terminate prima della vigenza del decreto *enforcement*, potranno considerarsi, ai fini processuali, come «prova privilegiata», qualunque sia il significato della locuzione *de qua*⁴².

Tale considerazione consente, in primo luogo, di apprezzare la crescente tendenza sistematica al rafforzamento dell'indissolubile legame tra *public* e *private enforcement*, valorizzandone l'indiscutibile complementarietà a fini rimediali; inoltre, rispetto allo specifico tema oggetto d'indagine, fornisce una chiave interpretativa d'indubbio rilievo nell'analisi sugli orizzonti temporali entro cui il provvedimento della Banca d'Italia sullo schema *ABI* possa considerarsi come elemento istruttorio preminente. Infatti, se è vero che quest'ultimo non può soggiacere al regime – particolarmente favorevole per i ricorrenti privati – di cui al d.lgs. 3/2017, essendo stato pubblicato ben prima della sua entrata in vigore, e, al contempo, può costituire, a rigore, «prova privilegiata» della condotta anticoncorrenziale posta in essere dai membri dell'associazione d'impresa *solo* con riguardo ai contratti sottoscritti durante il periodo oggetto di accertamento, è altrettanto chiaro che la sua rilevanza rispetto ai giudizi di nullità inerenti a fideiussioni *omnibus* risalenti ad un momento antecedente o successivo a quello di svolgimento dell'istruttoria amministrativa dovrebbe essere indagato alla luce delle riflessioni sopra svolte sul mutato quadro normativo. Tuttavia, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, tale questione problematica – la cui valutazione critica, per vero, è sostanzialmente

⁴⁰ La disposizione ha, inoltre, cura di precisare, in merito, che «il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima»: per una critica a tale formulazione cfr. P. FABBIO, *op. cit.*, p. 370-371, secondo il quale il dato testuale costituirebbe un travisamento di Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in quanto la Corte di legittimità avrebbe, in realtà, incluso all'interno degli aspetti sottoponibili a controllo giudiziale anche quei profili tecnici che presentino un obiettivo margine di opinabilità, alla luce di quell'orientamento della giustizia amministrativa secondo cui sarebbe ammissibile un sindacato pieno sui provvedimenti dell'AGCM, pur, ovviamente, senza attribuire al giudice la possibilità di sostituirsi all'Autorità stessa nell'emanazione del provvedimento.

⁴¹ Sempre nell'interessante ricostruzione di P. FABBIO, *op. cit.*, p. 377, quelli che non abbiano natura finale – essendo pendente il giudizio di impugnazione o, addirittura, ancora decorrente il termine per introdurlo – potrebbero comunque rilevare come «prova privilegiata».

⁴² In questo senso, si veda anche M. GOLIA, *La circolazione dell'accertamento dall'atto amministrativo al processo civile: intorno alla categoria di «prova privilegiata»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 398-399; analogamente cfr. E. CAMILLERI, *La prova privilegiata «sbiadita» e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti per una presunzione legale iuris tantum*, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1667 ss.

pretermessa nella sentenza delle Sezioni Unite⁴³ – è stata finora affrontata dalla giurisprudenza di merito mediante ragionamenti di carattere spesso formalistico e poco coerenti con la logica complessiva della disciplina dell'*enforcement* antitrust, sui quali, pertanto, appare opportuno soffermarsi.

4. Le fideiussioni *omnibus* anteriori o successive all'istruttoria: la necessaria prova dell'attualità dell'intesa restrittiva secondo le Corti di merito

Il problema del valore probatorio del provvedimento reso dalla Banca d'Italia nei giudizi caducatori aventi ad oggetto garanzie concluse anteriormente o successivamente al limitato arco temporale dell'istruttoria costituisce, anche alla luce dei quasi quattro lustri trascorsi dalla fine di quest'ultima, un argomento di difficile risoluzione pratica per i giudici civili, che saranno, peraltro, tenuti a confrontarsi con sempre maggiore frequenza.

Il procedimento all'esito del quale l'Autorità di vigilanza del mercato creditizio ha censurato alcune clausole dello schema *ABI* che, se applicate in modo uniforme, avrebbero determinato una restrizione del mercato concorrenziale, è stato avviato, ai sensi degli artt. 2 e 14, l. 287/1990 *ratione temporis* vigenti, nel mese di novembre 2003 e si è concluso con la pubblicazione del Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005. Pertanto, visto che l'esistenza di un'intesa vietata può considerarsi accertata soltanto per questo lasso di tempo – presumibilmente retrodatabile fino all'ottobre 2002, momento in cui il modello unilaterale poi sottoposto al vaglio dei soggetti competenti era stato concordato dall'Associazione Bancaria Italiana con alcune organizzazioni di consumatori – *solo* rispetto alle cause *follow-on* relative alle fideiussioni concluse in quell'intervallo biennale l'atto amministrativo potrà fungere da «prova privilegiata» della suddetta condotta anticoncorrenziale.

Con riguardo ai contratti conclusi prima del 2002 è plausibile immaginare che, soprattutto quando la garanzia sia stata sottoscritta in prossimità dell'inizio dell'indagine, l'allegazione del provvedimento *de quo* esoneri il ricorrente dal dover dimostrare la sussistenza del comportamento vietato da parte dell'impresa, risultando sufficiente, ai fini dell'assolvimento dell'onere probatorio a carico di quest'ultimo, la deduzione sulla corrispondenza tra le condizioni negoziali concretamente accettate e quelle del modello *ABI* censurate. D'altro canto, che l'intesa fosse già operante prima dell'avvio dell'istruttoria sembra paventato, oltre che dalla Corte di Cassazione⁴⁴, anche dalla stessa Banca d'Italia, la quale ha precisato che l'adozione uniforme delle condizioni illegittime sarebbe discesa da «una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'*ABI* (non ancora diffuso presso le associate),

⁴³ La sentenza, infatti, sanziona con la declaratoria di nullità parziale tanto la fideiussione sottoscritta nel 2004 – e, dunque, coperta dall'accertamento – quanto quella, del giugno 2006, posteriore alla conclusione dell'istruttoria di circa un anno.

⁴⁴ Si veda, in tal senso, Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, cit.

che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo»⁴⁵. Al contrario, la giurisprudenza di merito che ha affrontato *ex professo* la questione si è dimostrata piuttosto rigorosa nel sottolineare come in tali ipotesi la dimostrazione di esistenza dell'intesa – da cui far discendere la caducazione parziale della garanzia ad essa funzionalmente collegata – debba essere fornita dalla parte che si dolga della validità del contratto⁴⁶, essendo «ben possibile, infatti, che lo schema elaborato dall'ABI nel 2002 abbia solo preso atto di clausole applicate nella pratica senza che, tuttavia, prima vi fosse un effettivo accordo anticoncorrenziale tra gli istituti di credito»⁴⁷.

Anche per quanto concerne le fideiussioni sottoscritte dopo il 2005, allo stato statisticamente più frequenti, la Corte di Cassazione sembrerebbe aver fornito, mediante la dichiarazione di nullità *in parte qua* di un accordo risalente al giugno 2006, un indizio inequivoco circa la persistenza del valore di «prova privilegiata» del Provvedimento n. 55/2005⁴⁸. Infatti, sul punto il Collegio ha evidenziato come al giudice di merito, da un lato, spetti il compito di un apprezzamento del contenuto negoziale in termini complessivi, senza limitarsi ad esaminarne parti isolate, e, dall'altro, competa una valutazione relativa alla coincidenza delle disposizioni convenute contrattualmente con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva⁴⁹. Benché tale riflessione appaia indiscutibilmente coerente con la *ratio* della disciplina antitrust, volta ad attribuire rilevanza non tanto all'efficacia giuridica in termini formali della delibera associativa (nel caso di specie, l'approvazione dello schema da parte dell'ABI) quanto piuttosto alla sua pratica idoneità – evidentemente passibile di dilatazione nel tempo – ad orientare i contegni delle imprese consociate⁵⁰, è, altresì, vero che, per poterne accogliere le conclusioni, sarebbe

⁴⁵ Cfr. Provvedimento 55/2005, cit., Punto 93. Peraltro, secondo quanto affermato dall'AGCM nel parere n. 14251/2005, reso in sede consultiva nell'ambito del medesimo procedimento istruttorio, la condotta uniforme sarebbe temporalmente retrodatibile, addirittura, al 1987, in quanto «lo schema negoziale in esame ripropone, infatti, sostanzialmente clausole già presenti nelle condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni omnibus, da essa elaborate e diffuse con la circolare serie tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987» (cfr., in proposito, il Punto 37).

⁴⁶ In tal senso, qualificando esplicitamente l'azione avente riguardo ad una fideiussione sottoscritta nel 1992 come *stand-alone*, si è espresso, da ultimo, Trib. Roma, sez. Impr., 28 aprile 2023, n. 6749.

⁴⁷ Cfr. App. Napoli, sez. Impr., 23 febbraio 2023, n. 815.

⁴⁸ D'altronde, nell'atto reso a conclusione dell'istruttoria la Banca d'Italia non si soffermava tanto sui profili relativi alla delimitazione soggettiva o temporale del provvedimento – che, anzi, appaiono esposti in forma quasi sbrigativa – quanto piuttosto sulla rilevanza della (oggettiva) riproposizione uniforme delle condizioni contrattuali censurate, che si appalesa, dunque, come elemento preponderante della valutazione giudiziale.

⁴⁹ Sul punto cfr. Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., § 2.19, che, riprendendo testualmente le affermazioni di Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, cit., conclude nel senso che, a tale scopo, non si possa attribuire «rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento, con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario».

⁵⁰ Ne è convinto M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 31-32, secondo il quale nulla esclude che anche una delibera revocata possa continuare ad avere, di fatto, un «effetto inerziale» tale da continuare ad orientare in senso uniforme le condotte delle imprese; sensibile al problema si mostra anche E. CAMILLERI, *op. cit.*, p. 1667 ss.; in giurisprudenza, d'altronde, già Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, cit., segnalava come, addirittura, un effetto distorsivo della concorrenza sanzionabile ai sensi della l. 287/1990 potesse

necessario procedere all'ardua individuazione del momento fino al quale l'uniformità delle condotte possa considerarsi funzionalmente riconducibile all'intesa vietata e non, piuttosto, ad una pratica concordata successiva ed autonoma ovvero, addirittura, ad un parallelismo, spontaneo e non concertato, di comportamenti⁵¹.

Proprio la difficoltà nel fissare un simile *dies ad quem* ha, probabilmente, indotto le successive pronunce di merito ad optare per un orientamento maggiormente restrittivo in relazione alla distribuzione degli oneri della prova, come plasticamente confermato, ad esempio, da due sentenze di recente rese dal Tribunale di Torre Annunziata, che, vista la loro chiarezza espositiva, garantiscono un punto di vista privilegiato sullo stato dell'arte del formante giurisprudenziale in materia. Il primo dei due arresti, emesso all'esito di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo⁵², ribadisce, innanzitutto, la sottoposizione al principio di allegazione del provvedimento della Banca d'Italia, in quanto, vista la sua natura di atto amministrativo, a quest'ultimo non sarebbe applicabile il noto brocardo *iura novit curia* di cui al combinato disposto degli artt. artt. 113 c.p.c. e 1, *Preleggi*⁵³, né, dato il carattere settoriale della questione sottostante, circoscritta all'ambito creditizio, gli sarebbe attribuibile la qualifica di «fatto notorio»⁵⁴. Inoltre, spetterà, ovviamente, al garante dimostrare – in questo caso con un mero raffronto *per tabulas* – la corrispondenza delle condizioni contrattuali espressamente accettate con quelle predisposte in via standardizzata all'interno degli artt. 2, 6 e 8 dello schema *ABI* e censurate dall'Autorità Garante dell'epoca.

realizzarsi anche quando la fonte dello stesso fosse riconducibile ad un momento anteriore rispetto all'entrata in vigore della disciplina antitrust.

⁵¹ Sul punto, M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 32, dopo aver evidenziato come la soluzione adottata dalle Sezioni Unite sia quella del collegamento funzionale tra intesa «a monte» e contratto «a valle», sembra, comunque, escludere che le condotte odierne delle banche possano essere ragionevolmente ricondotte allo schema *ABI* del 2002.

⁵² Cfr. Trib. Torre Annunziata, sez. III, 1 aprile 2022, n. 692, cit.

⁵³ Incidentalmente, è possibile notare come la questione relativa all'applicabilità del principio *de quo* abbia trovato differente soluzione, nella recente giurisprudenza di legittimità, con riguardo ai decreti ministeriali di rilevazione trimestrale dei T.E.G.M. in materia di usura bancaria, indispensabili ai fini dell'individuazione dei tassi-soglia di riferimento: secondo Cass., 29 novembre 2022, n. 35102, infatti, trattandosi di atti amministrativi di carattere generale ed astratto – ma anche innovativo, e quindi normativo, perché completano i precetti di rango primario in materia di usura inserendo una normativa di dettaglio – tali decreti, pubblicati in Gazzetta Ufficiale, vanno considerati quali fonti integrative del diritto, che il giudice deve conoscere a prescindere dalle allegazioni delle parti; in senso analogo cfr. anche Cass., 13 maggio 2020, n. 8883. Peraltro, Cass., 6 luglio 2022, n. 21407, ha ritenuto che il principio *iura novit curia* possa operare anche rispetto a quelle delibere di Autorità Amministrative Indipendenti che siano provviste del valore di fonte normativa regolamentare.

⁵⁴ In senso espressamente contrario si esprime condivisibilmente E. PANZARINI, *Ancora sulla nullità parziale delle fideiussioni omnibus redatte in conformità allo schema ABI 2003: questioni rimaste irrisolte*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, p. 70, la quale, peraltro, prim'ancora di sottolineare come la nozione di «fatto notorio» di cui all'art. 115, comma 2, c.p.c., possa ricomprendere anche i «fatti acquisiti alla "collettività giuridico-bancaria" in un dato tempo e luogo», evidenzia che, qualora la Banca non proceda a disconoscere l'affermazione del fideiussore di sovrapposibilità delle clausole contrattuali con quelle dello schema *ABI*, opererebbe comunque il principio di non contestazione di cui al primo comma della medesima disposizione del codice di rito.

Tuttavia – continua il Tribunale oplontino affrontando *ex professo* l'argomento nella seconda pronuncia citata, redatta dal medesimo estensore⁵⁵ – qualora s'invochi l'invalidità parziale di una fideiussione *omnibus* conclusa dopo il termine dell'istruttoria amministrativa, l'istante sarà tenuto a provare, trattandosi di fatto costitutivo della domanda⁵⁶, anche la persistenza dell'intesa anticoncorrenziale alla data di sottoscrizione della garanzia⁵⁷, nonché la perdurante idoneità della stessa ad incidere sulle condotte degli intermediari bancari, determinandone orientamenti uniformi⁵⁸. Tale ragionamento, tendente a valorizzare l'idea secondo cui le clausole censurate dalla Banca d'Italia non hanno natura anticoncorrenziale *ex se*, ma solo «nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme»⁵⁹, pur se ineccepibile nel suo formalistico rigore processuale, non appare altrettanto soddisfacente se analizzato nel prisma di parametri di «giustizia sostanziale». Infatti, inevitabile conseguenza della ricostruzione sopra riproposta è che al contraente debole sia addossato l'onere – pressoché impossibile da ottemperare – di riuscire a provare l'esistenza di una circostanza indissolubilmente connessa a dinamiche generali di mercato, privando, di fatto, l'accertamento da parte della Banca d'Italia di qualsivoglia rilevanza processuale *pro futuro*.

5. (segue) L'istanza di esibizione quale temperamento del rigorismo formalistico

Allo scopo di agevolare la difficile incombenza istruttoria posta in capo al fideiussore si è, dunque, tentato di introdurre dei temperamenti di natura processuale che possano alleggerirne la posizione. In particolare, sul punto, si registra un orientamento inaugurato dal Tribunale di Milano volto a ritenere ammissibili e rilevanti le istanze di esibizione proposte ai

⁵⁵ Trib. Torre Annunziata, sez. III, 16 luglio 2022, n. 1795, cit.

⁵⁶ Peraltro – sottolinea la pronuncia *de qua* – tale onere potrebbe essere assolto anche «mercé elementi [non meglio specificati, *n.d.r.*] capaci di provare, anche solo a livello indiziario, l'esistenza dell'illecito concorrenziale dedotto in giudizio».

⁵⁷ In termini cfr. anche la recentissima App. Napoli, sez. III, 30 settembre 2023, n. 4317.

⁵⁸ Nel caso di specie, la fideiussione *omnibus* di cui si denunciava l'illegittimità era stata prestata nel 2006, analogamente rispetto ad una di quelle sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite: ciononostante, il giudice rigetta la domanda, ritenendo non provata la circostanza che nel periodo successivo a quello oggetto di accertamento «un numero significativo di istituti di credito (con adeguata rappresentatività sul territorio) abbiano, all'interno del medesimo mercato, coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussione *omnibus* tali da privare quella stessa clientela del diritto ad una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza a dimostrazione di un'intesa, anteriore o coeva alla stipulazione della garanzia qui considerata»; di recente nel medesimo senso cfr. anche ABF, Coll. Coord., 29 dicembre 2022, n. 16511, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1659 ss., con commento critico di E. CAMILLERI, *op. cit.*, 1667 ss., il quale evidenzia come l'idea che la prova privilegiata debba essere interpretata in termini meramente storici, costringendo il contraente a valle ad agire quale promotore di azione *stand-alone* piuttosto che *follow-on*, sembrerebbe contraddittoria dal punto di vista della politica del diritto, in quanto, a fronte di un'ormai acclarata tutela caducatoria in favore del garante, ne renderebbe praticamente impossibile l'accesso in punto di prova.

⁵⁹ Afferma espressamente che la dimostrazione della suddetta conformità sia posta in capo all'attore ai sensi dell'art. 2697 c.c., Cass., 28 novembre 2018, n. 30818, reperibile in www.dirittobancario.it.

sensi dell'art. 210 c.p.c. e dell'art. 3, decreto *enforcement*⁶⁰, che siano finalizzate ad ottenere i modelli contrattuali di fideiussione *omnibus* in uso presso istituti bancari, diversi da quelli interessati come parte in causa, nel periodo di tempo in cui sia stato sottoscritto l'accordo di garanzia oggetto dell'accertamento di invalidità, onde verificarne la sostanziale uniformità⁶¹. Qualora l'esito di tale indagine – in alcuni casi, è bene precisarlo, considerata, comunque, come strumento «complementare» e non «sostitutivo» rispetto all'adempimento dell'onere probatorio posto in capo al garante⁶² – fosse positivo, si dovrebbe ritenere dimostrata l'esistenza dell'intesa vietata con riguardo al lasso temporale vagliato.

Orbene, benché una soluzione di questo genere sia da accogliere con indubbio favore, è evidente che anche il mezzo processuale *de quo* non possa essere sempre risolutivo ai fini che ci occupano. È fin troppo semplice sottolineare, infatti, come in tal modo si finisca per attribuire un'eccessiva discrezionalità – quasi ai limiti dell'arbitrio – al giudice civile, in relazione al campione statistico da assumere quale rilevante, tanto da un punto di vista numerico⁶³, quanto in termini qualitativi⁶⁴. Inoltre, residuano delle remore sulla reale efficacia – in termini sostanziali – dell'ordine di esibizione, il cui inadempimento, sia nel precetto contenuto nel codice di rito che in quello della legge speciale, non è assistito da sanzioni particolarmente afflittive⁶⁵, e, dunque, rischia di costituire una prescrizione priva di portata dissuasiva rispetto a condotte ostruzionistiche di soggetti professionali e solvibili quali gli intermediari bancari⁶⁶. In proposito, è, quindi, da accogliere con assoluto favore l'introduzione

⁶⁰ Sul rapporto tra le due disposizioni cfr. P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 998, il quale evidenzia come la norma di settore manifesti un'evidente attenuazione dei requisiti di ammissibilità dell'ordine di esibizione rispetto a quelli previsti all'interno del codice di rito.

⁶¹ Cfr., in tal senso, l'ordinanza istruttoria di Trib. Milano, sez. Impr. A, 25 gennaio 2022, (est.: dott. Carni), reperibile in www.diritto bancario.it, che ha ordinato ad otto istituti bancari di esibire i modelli standard di fideiussione *omnibus* utilizzati in quattro periodi differenti (agosto 2006; febbraio 2008; maggio 2008 e giugno 2014); nel medesimo senso, si veda, ancor più di recente, sempre Trib. Milano, sez. Impr. A, 9 gennaio 2023, n. 107, che ha successivamente accolto, anche a seguito di un ordine ex art. 210 c.p.c. nei confronti di dieci intermediari, sia di carattere locale che a diffusione nazionale, la domanda di nullità parziale di una fideiussione *omnibus* del 2011.

⁶² In tal senso si esprime, infatti, il Collegio di Coordinamento ABF nella citata decisione n. 16511/2022.

⁶³ La Banca d'Italia svolse, infatti, la propria istruttoria chiedendo informazioni ad un campione di sette banche di differente dimensione, ma nulla esclude che il giudice possa ritenere tale numero inidoneo a dimostrare l'intesa o addirittura eccessivamente elevato allo scopo.

⁶⁴ Non esistono, infatti, indicazioni univoche né in termini di grandezza degli istituti da analizzare né, soprattutto, in relazione alla loro diffusione sul territorio nazionale.

⁶⁵ D'altronde, che l'efficacia di un provvedimento istruttorio dipenda dalle sanzioni in caso di sua inottemperanza è ricordato da P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 1001.

⁶⁶ In proposito è opportuno segnalare come non appaia idoneo ad indurre ad una rimeditazione dell'opinione riportata nel testo né la previsione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. 3/2017, stabilita in un *range* oscillante tra i 15.000 e 150.000 euro da devolversi in favore della Cassa delle ammende, né, a maggior ragione, la recente modifica all'art. 210, c.p.c., avvenuta ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con cui, aggiungendosi un ultimo comma alla disposizione, si è stabilito come, in caso di inadempimento del terzo all'ordine di esibizione, il giudice potrà condannarlo ad un'irrisoria pena pecuniaria dai 250 ai 1.500 euro.

della sanzione di natura processuale di cui all'art. 6, comma 6, d.lgs. 3/2017⁶⁷, volta a punire il rifiuto senza giustificato motivo di rispettare l'ordine giudiziale o di adempiere allo stesso, consentendo, in simili ipotesi, al giudice, valutato ogni elemento istruttorio, di «ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce»⁶⁸.

6. Quali prospettive?

In conclusione, anche alla luce di quanto finora affermato e dei *vulnera* della soluzione formalistica, si potrebbero provare ad immaginare delle prospettive interpretative che, in un'ottica di riequilibrio dell'assetto di interessi rilevanti, conducano ad un alleggerimento della posizione del contraente debole. Analizzando la vicenda dal punto di vista del *public enforcement*, sarebbe senz'altro auspicabile l'avvio di una nuova istruttoria che indaghi sull'attuale esistenza di condotte degli operatori del settore creditizio che, caratterizzandosi secondo i canoni di un'intesa vietata ex art. 2, l. 287/1990, abbiano come conseguenza l'uniformazione degli schemi contrattuali offerti sul mercato dei consumatori, analogamente a quanto avveniva ad inizio millennio. In questo caso, ovviamente, gli esiti della procedura amministrativa – la cui competenza sarebbe dell'AGCM – risulterebbero vincolanti, nei limiti dell'art. 7, decreto *enforcement*, per il giudice civile adito nell'eventuale causa *follow-on* e, dunque, particolarmente utili a rafforzare la tutela dei fideiussori⁶⁹.

In attesa di tale intervento pubblicistico, in ogni caso, sarebbe da valutarsi favorevolmente un *revirement* da parte della giurisprudenza di merito, che, a prescindere dal momento storico in cui si sia concluso il contratto oggetto di causa, consenta di ritenere sufficiente ai fini della dimostrazione dell'anticoncorrenzialità della condotta, la corrispondenza delle clausole negoziali con quelle censurate dal provvedimento amministrativo⁷⁰, spettando così – magari

⁶⁷ Si tratta, ovviamente, di una norma il cui ambito di applicazione è circoscritto alla sole specifiche fattispecie sottoposte alla disciplina speciale.

⁶⁸ Accoglie con favore tale prescrizione, equiparandola ad una *ficta confessio* o, quantomeno, ad un'inversione dell'onere probatorio, P. COMOGLIO, *op. cit.*, p. 1003.

⁶⁹ Nelle cause *stand-alone*, invece, aderendo ad una tesi già espressa da R. RORDORF, *op. cit.*, p. 788, si potrebbe immaginare di attribuire all'Autorità di vigilanza il ruolo di *amicus curiae*, che funga da ausilio alla raccolta dei dati necessari alla ricostruzione dello scenario processuale.

⁷⁰ Ad esempio, Trib. Vicenza, sez. I, 12 gennaio 2023, n. 66, sembra ritenere sufficiente, ai fini di una presunzione *iuris tantum* di illegittimità, la sola corrispondenza letterale delle clausole contrattuali con quelle dello schema ABI; in un *obiter dictum* si esprime analogamente anche Trib. Roma, sez. Impr., 31 marzo 2023, n. 5288, il cui testo è riportato in www.foroplus.it, e che, dopo il richiamo alla citata Cass. n. 13846/2019, conclude nel senso che «il giudice, lungi dal dover accertare se l'intesa restrittiva della concorrenza persista al momento della sottoscrizione della fideiussione omnibus o se, successivamente al Provv. della B.I. n. 55 del 2005, le banche hanno dato concreta attuazione all'intesa restrittiva della concorrenza attraverso l'uniforme applicazione delle clausole (nn. 2, 6 e 8) dello Schema abi ritenute illecite dal citato provvedimento della B.I., deve limitarsi a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente (anche a distanza di anni dal citato provvedimento) coincidono o meno con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva della concorrenza».

anche alla luce di eventuali, ulteriori, elementi indiziari⁷¹ – alla banca convenuta l’onere di fornire prova contraria⁷². È bene, comunque, precisare che l’impresa potrebbe assolvere a quest’ultimo tanto mediante la produzione in giudizio del testo di analoghi negozi di garanzia che, sottoscritti da clienti differenti presso proprie filiali o presso altri istituti di credito nel medesimo arco temporale, non contengano le condizioni illegittime⁷³ quanto con la dimostrazione – invero piuttosto complicata – che le fideiussioni *omnibus*, seppur conformi allo schema ABI, nel caso concreto non siano attuazione dell’intesa vietata, ma costituiscano esito di un’espressa pattuizione con la controparte. Soprattutto con riguardo a tale secondo profilo, è evidente che la prova a carico dell’intermediario sarà senza dubbio più agevole per garanzie concluse in momenti cronologicamente distanti dal 2005, risultando più facile ricondurre le clausole a fattori connessi allo specifico interesse del singolo intermediario, piuttosto che ad un’uniformazione illegittima⁷⁴.

Lorenzo Mariconda

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

⁷¹ Trib. Napoli Nord, sez. III, 22 marzo 2023, n. 1179, con riferimento ad una garanzia stipulata nel giugno 2007, ha, dunque, attribuito rilevanza all’allegazione, da parte di un opponente a decreto ingiuntivo, di cinque contratti stipulati in un arco temporale dal 2007 al 2011 che, seppur conclusi con banche differenti, prevedevano tutti la compresenza delle clausole censurate.

⁷² D’altronde, si tratta del medesimo ragionamento svolto per le garanzie *ante* 2002 da E. PANZARINI, *op. cit.*, p. 67 ss.

⁷³ In tal senso, Trib. Napoli Nord, sez. III, 22 marzo 2023, n. 1179, cit.; analogamente, con riferimento specifico alle fideiussioni *omnibus* antecedenti rispetto all’avvio dell’istruttoria, cfr. E. PANZARINI, *op. cit.*, 70, testo e nt. 30.

⁷⁴ In termini, cfr. Trib. Vicenza, sez. I, 12 gennaio 2023, n. 66, cit.; sembra questo il senso letterale anche di Trib. Napoli, sez. II, 9 febbraio 2023, che, analizzando i profili di invalidità di una garanzia fideiussoria *omnibus* sottoscritta nel novembre 2006, ne ha dichiarato la nullità parziale osservando come fosse evidente che il contratto oggetto di causa rappresentasse una «derivazione» dell’intesa anticoncorrenziale, non soltanto in ragione della conformità del testo rispetto alle clausole dello schema ABI, ma anche per la «contiguità temporale tra le condotte anticoncorrenziali accertate dall’ABI e le fideiussioni rilasciate nel 2006, non essendo per converso stata fornita alcuna prova contraria da parte della Banca opposta rispetto alla cennata prova privilegiata»; valorizza tale profilo, da ultimo, Trib. Napoli Nord, sez. III, 22 marzo 2023, n. 1179, cit.