

mente coltivare le sue pretese nei confronti del debitore principale entro il termine semestrale previsto dall'art. 1957 cc.

Venendo più specificamente alla fattispecie portata all'attenzione del Tribunale, dall'istruttoria compiuta dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato risulta che è stata sottoposta a vaglio, sotto il profilo della sua validità ai sensi dell'art. 2 L. n. 287/1990, proprio l'intesa tra le imprese bancarie, falsante in modo consistente la concorrenza su parte rilevante del mercato, quella relativa alla previsione nel contratto di fideiussione *omnibus* della clausola generalmente praticata della deroga alla disciplina di cui all'art. 1957 cc nella forma secondo cui «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro obbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cc che si intende derogato», in modo perfettamente collimante con la clausola prevista nel contratto 'a valle' per cui è questione.

Ebbene, che nel caso di specie vi sia una intesa anticoncorrenziale deriva dal fatto che la forma della clausola fideiussoria in questione risulta contenuta nel contratto *standard* proposto agli istituti di credito dall'Associazione Bancaria Italiana e risalente al 2002 e che il contenuto di detto schema negoziale è risultato sostanzialmente riprodotto nei contratti dalle banche con ampia diffusione, non potendosi ascrivere ad un fenomeno spontaneo del mercato, ma piuttosto agli effetti di una pratica concordata tra istituti di credito sul tema della contrattualistica e che l'analisi dei moduli contrattuali relativi alla fideiussione *omnibus* ha permesso all'Autorità Garante di rilevare la loro riconducibilità ad un unico modello. Inoltre, le verifiche compiute nella sede rammentata hanno mostrato, con riferimento alla clausola esaminata, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema *standard* dell'A.B.I., uniformità discendente da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema stesso e, all'epoca della verifica amministrativa, non ancora diffuso presso gli istituti associati, di modo che detto schema negoziale riconfermerebbe e consoliderebbe detta prassi preesistente.

Detta considerazione depongono in modo adeguato e sufficiente nel far ritenere che ben prima dell'elaborazione dello schema contrattuale in questione e già al momento della sottoscrizione della fideiussione di cui è giudizio vi fosse una consolidata e diffusa prassi bancaria, prassi bancaria che, in ragione della sua uniformità e diffusione deve reputarsi essere concordata e qualificabile come intesa, nel senso descritto dall'art. 2 L. n. 287/1990.

Che detta intesa sulla clausola di deroga alla disciplina prevista dall'art. 1957 c.c. possa reputarsi nulla, in quanto vietata, deriva dal fatto che essa ha lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, così imponendosi al fideiussore detta clausola e sostituendo il suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente.

Consegue, per quanto detto, che dalla nullità dell'intesa deriva l'impossibilità per l'istituto di credito convenuto di opporre all'attrice la clausola derogativa dell'art. 1957 cc prevista nel contratto di fideiussione 'a valle' ed oggetto del giudizio.

L'accoglimento della domanda principale assorbe ogni questione relativa alla domanda subordinata di risarcimento del danno, mentre non è possibile dichiarare la decadenza della creditrice dalla possibilità di escutere la fideiussione, essendo la questione oggetto del giudizio sospeso, pendente dinanzi al Tribunale di Treviso. Le spese di lite seguono la soccombenza. *Omissis*. (*Omissis*)

☆☆☆

[HTTPS://DOI.ORG/10.19272/201704702008](https://doi.org/10.19272/201704702008)

(1) SULLA NULLITÀ DELLA DEROGA
ALL'ART. 1957 C.C. (E DI ALTRE CLAUSOLE
DELLE FIDEIUSSIONI *OMNIBUS*) PER VIOLAZIONE
DELLA DISCIPLINA ANTITRUST
(ART. 2 L. N. 287/1990)

La sentenza in commento afferma la nullità della deroga all'art. 1957 c.c., che impone al creditore di coltivare con diligenza le proprie istanze verso il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza del debito principale a pena di decadenza, non perché la disposizione sia di per sé inderogabile, come da sempre ha ribadito il s.c. (1), ma in quanto la deroga risulti da un accordo restrittivo della concorrenza e dunque in violazione dello specifico divieto posto dall'art. 2 della L. n. 287/1990.

Non si tratta quindi di impedire l'accordo tra creditore e garante in ordine a detta deroga, quanto di negare spazio a clausole che abbiano origine non da una specifica pattuizione o da condizioni generali predisposte da quel creditore, ma da un testo predisposto da un'associazione di categoria cui il creditore appartenga.

(1) Lo ha detto sia per consentire che il contratto autonomo di garanzia deroghi a tale meccanismo (vedasi ad es. Cass. 12 febbraio 2015 n. 2762), sia più in generale con la sentenza 2 febbraio 2006 n. 2263: «in tema di efficacia della fideiussione, una volta scaduta l'obbligazione principale, ai fini della determinazione della tempestività della escussione della relativa garanzia, le norme dell'art. 1957 c.c. possiedono carattere generale e derogabile».

Le ragioni sono ovvie se si tenga nel debito conto la disciplina *antitrust*, che vieta appunto «le intese» restrittive della concorrenza (art. 1 L. n. 287/1990) precisando che il termine si riferisce tanto agli accordi che alle pratiche concordate, allorché abbiano per oggetto o per effetto di impedire, falsare o restringere la concorrenza (art. 2).

La terminologia è all'apparenza forse troppo a trama aperta, ma almeno due ragioni militano a favore della scelta del legislatore.

Anzitutto la derivazione comunitaria delle regole, posto che sono le stesse parole dei (pre)vigenti artt. 84 e 85 del Trattato e del vigente art. 101 del Trattato di funzionamento dell'Unione Europea, sicché la conformazione del diritto interno alle fonti superiori è certamente positiva, anche se costringa il giurista ad adattarsi ad un modo diverso di formulare divieti o comandi.

In secondo luogo la materia regolata attiene agli effetti economici dei comportamenti diretti a contenere in modo illegittimo i benefici della concorrenza (2) e dunque solo una terminologia che contempli le conseguenze che si vogliono evitare risulta idonea, alla prova dei fatti, a perseguire gli obiettivi prefissati dal legislatore.

Basti pensare che se fossero stati vietati solo gli accordi, sarebbe stato ben difficile perseguire comportamenti attuativi di accordi di cui non si trovi traccia alcuna (3), come accade quasi sempre con qualche occasionale eccezione.

Avvalersi delle sole presunzioni, per dimostrare l'esistenza di accordi, può certo funzionare (4), ma lascia troppi spazi interpretativi rispetto alla certezza ed univocità degli elementi a tal fine necessari *ex art.* 2729 c.c.

La giurisprudenza ha quindi colpito pratiche concordate tra competitori sul mercato quando ha evidenziato che, ad un'analisi concreta, le tariffe applicate risultavano pressoché uguali per servizi simili (5),

(2) Ovvero riduzione dei prezzi e miglioramento della qualità del bene o servizio; per tutti vedasi MANGINI, OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2009, 1.

(3) Cfr. MANGINI, OLIVIERI, *op. cit.*, 26.

(4) Vedasi ad es. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2005, 75.

(5) In materia di telecomunicazioni vedasi Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2001 n. 1699, *Foro it.* 2001, III, 385: «posto che: a) il parallelismo consapevole (nella specie, identità di condizioni economiche di offerta) nelle condotte tenute da imprese operanti in un mercato oligopolistico può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti, rappresentati, alternativamente o cumulativamente, dall'impossibilità di spiegare la condotta parallela come frutto di autonome scelte imprenditoriali e dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione; b) grava sull'autorità garante della concorrenza e del mercato l'onere di dimostrare che il parallelismo delle condizioni di offerta praticate da imprese operanti in regime oligopolistico non sia frutto di razionali condotte imprenditive, salvo che

con il che i prezzi applicati diventavano meccanismi anticoncorrenziali perché non inducevano il cliente a cercare offerte migliori (6) o quando risultava un costante scambio di informazioni utilizzate di fatto per monitorare il mercato (7).

Il caso in esame non dimostra peraltro un effettivo restringimento del gioco della concorrenza, ma giunge ugualmente ad un risultato corretto.

Ciò che non è stato detto, forse in quanto superfluo, ma che è meccanismo valutativo delle intese, è che esistono accordi vietati *tout court* (divieto cd. 'per sé' o 'per oggetto') (8), salva la possibilità di au-

emergano altri indizi gravi, precisi e concordanti (ad es., contatti o scambi di informazioni tra le imprese), nel qual caso spetta alle imprese, che neghino la sussistenza di un'intesa vietata, provare la razionalità delle proprie condotte, va parzialmente riformata la sentenza di rigetto dei ricorsi proposti dai due primi gestori di telefonia cellulare mobile avverso il provvedimento con cui l'autorità garante della concorrenza e del mercato aveva inflitto loro sanzioni pecuniarie relative, fra l'altro, ad un'intesa sulla fissazione di prezzi identici per i servizi di comunicazione fisso-mobile».

(6) Il meccanismo può essere attuato anche mediante accordi ritenuti collusivi nella partecipazione alle gare d'appalto: si veda il caso INAIL Affidamento servizi di cassa, in cui l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha ravvisato un'intesa vietata nelle modalità con cui 4 banche apparivano competere per l'affidamento del servizio mediante costituzione di un apposito raggruppamento temporaneo di imprese, mentre, in concreto, vi sarebbe stato «un esplicito intento di aggregare più banche non alla luce della necessità di aumentare la probabilità di vincita, bensì per escludere rischi di pressioni competitive da parte di banche in grado di essere concorrenti nel fornire il servizio» (provvedimento 11 dicembre 2008 n. 19251).

(7) È il caso degli «Amici della banca» su cui vedasi Banca d'Italia, 18 gennaio 2000 n. 31, *Foro it.* 2000, III, 290: «costituisce intesa restrittiva della concorrenza il sistematico scambio di informazioni aventi ad oggetto dati disaggregati relativi all'attività di ciascuna delle imprese concorrenti, realizzato nell'ambito di un sistema permanente di riunioni periodiche nelle quali sono discussi congiuntamente aspetti strategici e commerciali relativi all'attività di ciascuna impresa (nella specie, si trattava di intesa realizzata in forma di pratica concordata fra un gruppo di banche)».

(8) Per la nozione vedasi ad es. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, 88; FATTORI, TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, 42 e ss.; il divieto nasce dalla giurisprudenza americana: FATTORI, TODINO, *ibidem*; MANGINI, OLIVIERI, *op. cit.*, 11. Tale ipotesi di divieto è oggetto ad es. della sentenza della CGUE 11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires* (CB), ove nei par. 498/53 ss. si legge che «occorre ricordare che, per ricadere nel divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE, un accordo, una decisione di associazione di imprese o una pratica concordata devono avere "per oggetto o per effetto" di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno. A tal proposito, dalla giurisprudenza della Corte risulta che alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario [vedasi, in tal senso, in particolare, le sentenze LTM, 56/65, EU:C:1966:38, 359 e 360; BIDS, punto 15, nonché Allianz Hungária Biztosító e a., C-32/11, EU:C:2013:160, punto 34 e giurisprudenza ivi citata]. Tale giurisprudenza si fonda sul fatto che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza [vedasi, in tal senso, in particolare, sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 35 e giurisprudenza ivi citata]. È quindi pacifico che la probabilità che certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte

torizzarli temporaneamente ove vi sia la prova che possano comportare benefici sostanziali per il mercato (art. 101, co. 3 T.F.U.E.; art. 4 L. n. 287/1990) e accordi vietati in quanto producano l'effetto concreto di falsare la concorrenza e dunque che devono essere verificati specificamente.

Tale distinzione è stata oggetto anche della valutazione della Banca d'Italia nel provvedimento richiamato nella decisione (2 maggio 2005 n. 55), il cui par. 94 indica che

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

È proprio su questa base che la Banca d'Italia, qui discostandosi dal parere reso da A.G.C.M. (9), ha rite-

di cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi, è talmente alta che può essere ritenuto inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, dimostrare che tali comportamenti hanno effetti concreti sul mercato [vedasi, in tal senso, in particolare, sentenza Clair, 123/83, EU:C:1985:33, punto 22]. L'esperienza, infatti, dimostra che tali comportamenti determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori. Nel caso in cui l'analisi di un tipo di coordinamento tra imprese non presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà, per contro, esaminarne gli effetti e, per vietarlo, dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo [sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 34 e giurisprudenza ivi citata]. A mente della giurisprudenza della Corte, per valutare se un accordo tra imprese o una decisione di associazione di imprese presentano un grado sufficiente di dannosità per essere considerati come una restrizione della concorrenza "per oggetto" ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, occorre riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che essi mirano a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione [vedasi, in tal senso, Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 36 e giurisprudenza ivi citata]. Per la giurisprudenza domestica vedasi ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015 n. 3291, *Foro amm.* 2015, 1981.

(9) Nel parere reso con provvedimento 20 aprile 2005 n. 14251 non vi è alcuna salvaguardia di questa clausola, pur esaminata. Il riferimento è solo nel punto 37: «Vale, infine, chiudere le osservazioni di carattere generale sottolineando che la portata restrittiva dello schema negoziale in esame, almeno per quanto riguarda gli articoli 7 (obbligo di pagamento a prima richiesta) e 8 (sopravvivenza della garanzia) avrebbe dovuto essere ben chiara all'ABI. 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. Quelle clausole, oggetto di una precedente istruttoria, erano state ritenute anche

nuto valida la clausola che prevede il pagamento a prima richiesta, che in sostanza riproduce la previsione dell'art. 1462 c.c. (10), al contrario della deroga in esame (11) ed al pari di altre due ipotesi di limitazioni dei diritti del fideiussore (12).

dalla Banca d'Italia lesive della concorrenza, in quanto espressione di uno standard uniforme che inciderebbe in senso peggiorativo sulle condizioni economiche del complessivo servizio reso dalla banca. Esse avrebbero dovuto essere modificate dall'ABI stessa, non certo reintrodotte o addirittura mantenute, come lascerebbe intendere l'assunto principale delle argomentazioni dell'ABI, ovvero che l'articolazione data alla fideiussione omnibus dallo schema negoziale in esame sia da lungo tempo in uso nel settore e richiesta dal mercato».

(10) «95. In questo senso, non è ingiustificato l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola "a prima richiesta". Come emerso nel corso dell'istruttoria - infatti - essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario. Tale valutazione trova conferma nel raffronto con le esperienze estere, da cui emerge un'ampia diffusione della clausola in questione, e in quanto previsto nell'Accordo di Basilea 2, che considera la clausola stessa essenziale ai fini del riconoscimento delle garanzie personali come strumenti di attenuazione del rischio». La clausola ritenuta valida è descritta nel punto 16: «ai sensi dell'articolo 7 dello schema, "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio". In caso di ritardo nel pagamento, inoltre, il garante è tenuto nei confronti della banca a corrispondere gli interessi moratori, alle condizioni previste per il debitore principale. Egli sopporta altresì le conseguenze negative di un'eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine. Ne deriva che il fideiussore non può opporsi al pagamento immediato di quanto richiesto dalla banca - che non è tenuta a rivolgersi preventivamente al debitore principale - ma mantiene la facoltà di proporre eventuali eccezioni in un momento successivo all'avvenuto pagamento».

(11) «96. Viceversa, per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'articolo 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa». La clausola ritenuta invalida è descritta nel punto 17: l'art. 6 dello schema prevede che «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'articolo 1957 cod. civ., che si intende derogato».

(12) Nel provvedimento la Banca d'Italia ha detto che «gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90». Nel punto 19 si legge: «L'articolo 2 dello schema (noto anche come "clausola di reviviscenza") dichiara il fideiussore tenuto "a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo". Nel punto 20: «l'articolo 8 sancisce l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate"».

Il fatto è che nel ragionamento della Banca d'Italia vi è un errore: in presenza di un accordo tra imprese, di cui l'ABI è l'esponente (13), diretti a fissare clausole di contratto da applicare in via generalizzata da parte degli associati, si è in presenza di un comportamento vietato «per sé», in quanto ricade nella lett. a) del comma 2 dell'art. 2 L. n. 287/1990 (al pari della lett. a) dell'art. 101 TFUE) e dunque è «nullo ad ogni effetto» ai sensi del terzo comma della medesima disposizione.

Per la sua (temporanea) efficacia occorre semmai un provvedimento autorizzativo espresso dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato (AGCM), ma appunto nei limiti consentiti dall'art. 4 della Legge, che impone che gli accordi producano «effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto delle necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico».

Che possa concretamente essere che il patto oggetto di accordo tra imprese sia meritevole di ammissibilità deve infatti risultare dalla valutazione dell'AGCM, la quale ha già precisato che «tali condizioni devono essere cumulativamente soddisfatte. La mancata sussistenza di una sola di esse comporta, pertanto, il diniego dell'autorizzazione in deroga» (14) e comunque la sua autorizzazione può essere concessa «per un periodo limitato» e non vale quindi a derogare al divieto generale di dar vita ad accordi che fissino «direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali».

Ora una volta rilevato che le clausole che regolano in modo uniforme le fidejussioni omnibus sono applicate in linea generale su gran parte del territorio italiano (15), la considerazione da fare è quella già espressa di recente dall'AGCM:

nel caso di specie si rileva che, poiché le condotte oggetto del presente procedimento investono l'intero territorio nazionale, esse devono essere valutate ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, potendo recare pregiudizio al commercio intracomunitario. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha a più riprese confermato l'indirizzo secondo

cui, in presenza di una pratica restrittiva della concorrenza applicata all'insieme del territorio di uno Stato membro, quale è quella in esame, sussiste «una forte presunzione» che tale pratica «possa contribuire alla compartimentazione dei mercati e pregiudicare gli scambi intracomunitari» anche eventualmente nel senso di un aumento dei volumi di beni o servizi importati dagli altri Stati Membri in Italia, ingenerati dal prezzo più alto risultato dal coordinamento (16).

Insomma: sono clausole nulle per sé in quanto predisposte a monte (17) e per non aver altri dubbi basterebbe leggere il provvedimento AGCM 10 luglio 2007 n. 17046, con cui era stata analizzata la circolare ABI del 7 agosto 2006 n. 23, contenente un commento all'art. 10, intitolato *Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali*, della Legge 4 agosto 2006 n. 248, rispetto alla quale l'Autorità ha rilevato nel punto 185 che «la Circolare ABI costituisce un'intesa restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'articolo 81, par. 1 TCE, avendo un impatto potenzialmente significativo sull'assetto concorrenziale dei mercati dei servizi finanziari e bancari» (18).

(16) È il punto 412 del provvedimento 8 giugno 2016 n. 26064. La giurisprudenza richiamata è citata ivi, nella nota 810 in questi termini: «Consiglio di Stato sentenza n. 896 del 9 febbraio 2011. Né, secondo il Consiglio di Stato, vi è «alcuna contraddizione tra la definizione del mercato geografico come mercato nazionale e l'applicazione dell'art. 81 TCE» (ora 101 TFUE). In ogni caso, il Consiglio di Stato ha anche aggiunto nella sentenza n. 102 del 17 gennaio 2008, n. 102 (Prezzi del latte per l'infanzia), che l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale, quand'anche fosse riconducibile ad un errore, non determina illegittimità del provvedimento dell'Autorità, poiché non potrebbe in alcun modo ledere il diritto di difesa delle società coinvolte, avendo, anzi, l'effetto di «comportare delle garanzie procedurali aggiuntive per tutte le società coinvolte» (cfr. in senso analogo Tar Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2312, Pannelli truciolari)».

(17) Si veda il punto 28 del già citato provvedimento 20 aprile 2005 n. 14251: «Infatti, le deliberazioni di associazioni di impresa, ancorché non formalmente vincolanti, esplicano comunque una funzione di orientamento delle condotte degli associati. Le norme predisposte dall'ABI non fanno eccezione a tale principio, in quanto, come già affermato da questa Autorità con riferimento a comportamenti analoghi, esse costituiscono quanto meno un sicuro punto di riferimento e riducono il livello di incertezza circa il comportamento dei concorrenti sul mercato, risultando quindi suscettibili di uniformare aspetti delle strategie commerciali dei soggetti che offrono i servizi interessati». Per altro verso, le stesse Istruzioni di Vigilanza predisposte dalla Banca d'Italia invitano gli operatori del mercato a guardare agli schemi delle associazioni di categoria come fonte integrativa della normativa vigente. Infine, si ricorda che, come affermato anche dalla Banca d'Italia fin dal provvedimento di avvio, l'ABI si è spinta oltre la definizione di mere tracce indicative utili per le banche nella redazione dei contratti, predisponendo testi contrattuali di dettaglio. Ne discende che la puntuale disciplina contrattuale di questi profili, se lasciata alla libera determinazione della singola banca, avrebbe potuto costituire una forma di differenziazione dell'offerta a scopo concorrenziale».

(18) Molto opportunamente quindi il giorno successivo AGCM ha pubblicato un comunicato stampa in cui si dava atto del ritiro della circolare da parte dell'ABI e la conclusione del procedimento senza irrogazione di sanzioni, secondo quanto già si era prospettato in corso di istruttoria.

(13) Che ABI vada considerata associazione tra imprese, oltre ad essere evidente, è detto comunque dall'AGCM nel punto 17 del parere reso con Provvedimento 20 aprile 2005, n. 14251.

(14) Provvedimento 18 luglio 2002 n. 10985, punto 27.

(15) Si veda il punto 188 del provvedimento AGCM 10 luglio 2007 n. 17046: «L'intesa in esame è consistente in quanto riguarda i principali servizi bancari offerti alla clientela e coinvolge l'ABI che è l'associazione di categoria che riunisce l'insieme delle banche e intermediari finanziari che operano su tutto il territorio nazionale».

In conclusione nel mentre può dirsi che la sentenza in commento abbia esattamente affermato la nullità della deroga all'art. 1957 c.c., altrettanto non può dirsi del provvedimento della Banca d'Italia, diverso tra l'altro da quello precedente (19), sicché la questione, da questo profilo, resta ancora aperta (20).

GIANLUCA SICCHIERO

Avvocato,

*Professore Ordinario di Diritto Privato
all'Università Ca' Foscari di Venezia*

★★★

(19) Con riferimento alle precedenti norme bancarie uniformi la Banca d'Italia, con provvedimento 3 dicembre 1994 n. 12 (*Banca, Borsa* 1995, II, 393) ritenne infatti che «le disposizioni delle c.d. norme bancarie uniformi promosse dall'ABI, seppure disposte e divulgate solo a titolo indicativo, costituiscono «intese» vietate perché lesive della concorrenza solo quando fissano condizioni economiche tali da precludere o limitare la possibilità di differenziare in modo significativo il contenuto dei contratti stipulati dalle banche associate con la clientela». Le precedenti indicazioni dell'ABI per le fideiussioni *omnibus* si possono esaminare in *Contr. Impr.* 1985, 969 (ove vedasi, altresì, VIALE, *I nuovi modelli ABI di fideiussione omnibus*, ivi 1988, 302).

(20) Sempre nel provvedimento 20 aprile 2005 n. 14251, al punto 35, AGCM dice che «trattasi di considerazioni non nuove, posto che, fin dal primo procedimento riguardante le Norme Bancarie Uniformi predisposte dall'ABI, si era messo in evidenza che proprio la disciplina della fideiussione *omnibus* violava l'articolo 2 della l. n. 287/90, in quanto riguardava la «fissazione di condizioni aventi incidenza economica, determinando un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti. Tali condizioni vanno pattuite dalle singole banche nei rapporti con la clientela, proprio per salvaguardare la possibilità del consumatore di operare una scelta tra gli intermediari sulla base dell'assetto economico definito dal contratto. I contratti bancari e finanziari sono necessariamente dettagliati e complessi e per la clientela assumono propriamente rilevanza gli elementi contrattuali che, insieme ad altri fattori esterni al contratto stesso, sono concretamente in grado di orientarne le scelte» (la parte virgolettata è indicata da AGCM in nota 8 essere tratta dal Caso I/105B, Associazione Bancaria Italiana, Parere dell'Autorità del 6 ottobre 1994 e provvedimento della Banca d'Italia del 3 dicembre 1994, entrambi in *Boll. AGCM*, 48, 1994).