



### Euribor “a valle”: la questione alla Corte di Giustizia

Emanuela Zito

Dottoranda dell'Università di Roma Tor Vergata



**SOMMARIO:** 1. Il fatto. – 2. Gli antefatti. – 3. Il capitolo fideiussioni *omnibus*. – 4. Il capitolo Euribor. – 5. I quesiti pregiudiziali.

#### 1. Il fatto

Con l'ordinanza in commento, la Corte d'Appello di Cagliari ha rinviato alla Corte di Giustizia dell'Unione europea due quesiti relativi alla validità dei contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor, parametro inciso da un'intesa restrittiva della concorrenza.

Il contenzioso trae origine da un contratto di mutuo fondiario a tasso variabile stipulato nel dicembre 2005 e rinegoziato nel febbraio 2015. Per quanto ancora rileva, il mutuatario adiva il Tribunale di Oristano per ottenere la rideterminazione della somma dovuta a titolo di interessi corrispettivi, deducendo la nullità per indeterminatezza di alcune clausole contrattuali, tra le quali, quella contenente la determinazione della quota variabile del tasso tramite rinvio al parametro Euribor. Il giudice di prime cure non accedeva alle tesi attoree. L'attore impugnava la pronuncia del Tribunale adducendo, a fondamento della domanda di nullità della clausola contenente la *relatio* all'Euribor, l'avvenuta manipolazione del parametro, come accertata dalla Commissione europea con le decisioni del 4 dicembre 2013 e del 7 dicembre 2016. Inoltre, sul solco degli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità, l'appellante rilevava che la distorsione dell'indice doveva ritenersi provata in tutti i mercati ove ne fosse fatta applicazione, con la conseguenza che, dalla nullità dell'intesa antitrust *ex art. 101 TFUE* discenderebbe la nullità del parametro alterato e, dunque, la nullità della clausola contrattuale che lo recepisca.

Orbene, in linea con le richieste dell'appellante, la Corte cagliaritana ha reputato opportuno il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art. 267 TFUE*, sottoponendole i seguenti quesiti:

«5.1 Tanto premesso, si rende necessario chiarire se, alla luce del disposto dell'art. 16 comma 1 Reg. CE n. 1/2003, la prova delle manipolazioni dell'Euribor, come accertate nelle decisioni della Commissione sopra indicate e nella sentenza Corte di Giustizia nella causa C-883/19, HSBC Holdings e altri contro Commissione, debba ritenersi definitivamente raggiunta anche per le giurisdizioni nazionali e se la restrizione della concorrenza oggetto delle pronunce della Commissione e della CGUE costituisca intesa vietata dall'art. 101 soltanto nel mercato dei derivati o in qualunque mercato sia stato impiegato il parametro Euribor manipolato».

Alla Corte di Giustizia, dunque, il compito di interpretare due disposizioni, l'art. 16, comma 1 del Regolamento n. 1/2003 e l'art. 101 TFUE. *In limine*, tuttavia, indulgiamo su una premessa: la sensazione è che, per come formulati, i quesiti non siano in grado di sciogliere il nodo interpretativo trentennale sulla sorte dei contratti “a valle” delle intese antitrust.

Le ragioni sono essenzialmente due.

Anzitutto, i quesiti intrecciano le trame dell'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione ex art. 16 del Regolamento n. 1/2003, con quelle dell'efficacia probatoria delle pronunce dell'Autorità garante nazionale ex art. 7 d.lgs. n. 3/2017; una *reductio ad unum*, già di per sé singolare, che sconta anche l'esistenza dell'ulteriore congegno probatorio, di creazione pretoria, della “prova privilegiata”.

In secondo luogo, un risalente – ma mai smentito – precedente della Corte di Giustizia ci ricorda che l'art. 101 TFUE non si occupa dei contratti “a valle”<sup>1</sup>.

## 2. Gli antefatti

La manipolazione dell'Euribor – *recte*, l'intesa sugli Eird – è solo l'ultima stagione di una saga che procede per antologie, ciascuna delle quali fatica a trovare un epilogo: prima la vicenda dei cartelli bancari<sup>2</sup>, poi il caso del cartello rc auto<sup>3</sup> e, infine, il contenzioso

<sup>1</sup> Corte giust., sez. IV, 14 dicembre 1983, causa C-319/82, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA c. Kerpen und Kerpen GmbH und Co. KG*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Con la pronuncia, si ribadisce che la nullità delle intese ex art. 85 TCE è assoluta, ma è anche limitata a quelle clausole che realizzano una distorsione della concorrenza. Invece, le ripercussioni della nullità dell'intesa sugli altri elementi dell'accordo e «sugli ordini e consegne effettuati» in seguito all'accordo non dipendono dal diritto comunitario e sono riservate ai diritti nazionali (§§ 11 e 12). La motivazione è stata sostanzialmente confermata da Corte giust., sez. III, 13 luglio 2006, causa C295/04, *Manfredi e a. c. Lloyd Adriatico e a.* Per un approfondimento, v. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti “a valle”*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, 386 s., nonché, SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2022, 3, 699 s.

<sup>2</sup> V. decisioni dell'AGCM 6 ottobre 1994, n. 2341 e della Banca d'Italia, 3 dicembre 1994, n. 12.

<sup>3</sup> V. decisione dell'AGCM 28 luglio 2000, n. 8546 (confermata da T.A.R. Lazio 5 luglio 2001, n.

sulle fideiussioni *omnibus*<sup>4</sup>. Ogni ricetta proposta ha sempre una controindicazione, al punto che neanche gli interventi nomofilattici della Suprema Corte sono riusciti a sortire alcun effetto taumaturgico.

Giova ricordare, inoltre, che alcuni tra gli archi narrativi che precedono il capitolo Euribor approdano ad un possibile finale di stagione: sia esso un rimedio di validità o di responsabilità. Tuttavia, sottostimano il peso dell'antecedente logico: prima di indicare il rimedio a disposizione del “contraente a valle”, occorrerebbe accordarsi su cosa s'intende per “contratto a valle”.

Invero, nella definizione di contratto “a valle” di un'intesa restrittiva della concorrenza, la giurisprudenza è solita inquadrare sia il contratto che recepisce l'intesa o la pratica concordata tra imprese in violazione del divieto di cui all'art. 2 della legge n. 287 del 1990, sia il contratto che “comunque” ne dà attuazione<sup>5</sup>. Tuttavia, se ci si muove sul terreno della ragionevolezza, occorrerebbe precisare che non tutti i contratti (comunque) “attuativi” dell'intesa dovrebbero considerarsi a valle della stessa. Viene alla mente la distinzione, tratta da autorevole dottrina<sup>6</sup>, tra contratti a valle attuativi dell'intesa, che si caratterizzano per l'esistenza di un accordo che coinvolge direttamente le parti del contratto (c.d. contratti a valle “in senso lato”); e contratti a valle che si caratterizzano per il fatto che le parti sono estranee al fatto illecito (c.d. contratti a valle “in senso stretto”).

Se per i primi si può continuare a dare per buona la tesi della nullità del contratto a valle, lo stesso non può dirsi per i secondi tra i quali – per l'appunto – rientrano i contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor.

---

6319, in *Foro amm.*, 2001, 2117 e poi da Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, 3, 482) che sanzionava ex art. 2, comma 2, l. n. 287/1990 un gruppo di trentanove società assicurative. I consumatori lamentavano di aver corrisposto premi assicurativi maggiorati rispetto a quelli di cui avrebbero potuto usufruire senza l'intesa illecita. A quel punto, il nodo da sciogliere era se il consumatore fosse o meno legittimato ad agire ex art. 33, comma 2, l. n. 287/1990. A porre fine alla *querelle* interviene Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, 1, 1014, che riconosce al consumatore la legittimazione ad adire la Corte d'Appello ai sensi della disposizione citata, al fine di far valere la nullità del contratto “a valle” dell'intesa concorrenziale, ovvero l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c.

<sup>4</sup> Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, con nota di MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*. In dottrina, ex plurimis, SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle*, cit., 694; MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni Unite n. 41994/2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, 682. Prima dell'intervento delle Sezioni Unite, sul tema delle fideiussioni *omnibus* “a valle”: CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 397; GENTILI, *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 4, 676; CALABRESE, *Fideiussione omnibus “a valle”: illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 517.

<sup>5</sup> Ex plurimis, Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

<sup>6</sup> Per questa distinzione, CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus*, cit., 397 ss.

La ragione si spiega ripercorrendo brevemente i termini del problema. Anzitutto, alcuni dati certi.

Il legislatore ha previsto che le intese sono «*nulle ad ogni effetto*» (art. 2, ult. comma, l. antitrust); nonché, che le azioni volte all'accertamento della nullità dell'intesa e al risarcimento del danno si propongono dinanzi al giudice ordinario (art. 33 l. antitrust). Per converso, l'espressione "contratto a valle" è del tutto estranea alla legge n. 287/1990; la normativa antitrust non si preoccupa di stabilire le conseguenze della violazione del divieto di cui all'art. 2 che derivano sul singolo rapporto individuale<sup>7</sup>; né prevede uno specifico rimedio negoziale a tutela degli interessi del contraente a valle estraneo all'accordo o alla pratica illecita<sup>8</sup>, nemmeno ove l'illecito sia già stato accertato dall'autorità antitrust o, in caso di contestazione, da parte dell'autorità giudiziaria.

Nel silenzio del legislatore, la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate sui rimedi esperibili dal contraente a valle. In particolare, i diversi orientamenti si sono mossi lungo due linee direttrici contrapposte: rimedi di validità o rimedi di responsabilità<sup>9</sup>.

Secondo un primo indirizzo, il contratto che recepisce o dà attuazione ad un'intesa anticoncorrenziale deve considerarsi nullo, con indicazioni diverse in ordine alla natura della nullità<sup>10</sup>, tanto da poter solo provare a richiamarne qualcuna: nullità testuale<sup>11</sup>; nullità virtuale<sup>12</sup> per violazione della norma imperativa, entrambe argomentate ex art. 2, comma 3, l. n. 287/1990; nullità "derivata" dalle norme antitrust<sup>13</sup>; nullità per illiceità

<sup>7</sup> A meno da non voler accedere alla tesi della nullità testuale, di cui si darà conto nel prosieguo.

<sup>8</sup> L'introduzione della tutela risarcitoria (peraltro, di marca aquiliana) avverrà solo con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3; in particolare, l'art. 1 prevede il diritto al risarcimento «*in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese*».

<sup>9</sup> Per una rassegna delle diverse tesi, sia in dottrina che in giurisprudenza, si v. D'ORDI, *Nullità dell'intesa e contratto "a valle" del diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, 575 ss.; LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 378 ss.

<sup>10</sup> A titolo esemplificativo: in giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2020, n. 4175; Sez. I, 4 aprile 2019, n. 24044; Sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810; in dottrina, FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Corr. giur.*, 2018, 1063.

<sup>11</sup> Di recente, Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2023, n. 34889, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 5, 1075 ss.

<sup>12</sup> DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, 1, spec. 265.

<sup>13</sup> In giurisprudenza, Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41998, cit.; nonché, Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, 1, 158.

della causa<sup>14</sup> o per illiceità dell'oggetto<sup>15</sup>, per contrarietà all'ordine pubblico economico<sup>16</sup>. Oppure, quali varianti del rimedio di validità, si sono articolate le tesi sull'annullabilità per vizio del consenso<sup>17</sup>.

Secondo un diverso orientamento, invece, il contratto non può considerarsi nullo, per la sua autonomia rispetto all'intesa e perché, almeno per i sostenitori della tesi della nullità totale, comporterebbe l'impossibilità per la parte che subisce l'illecito di mantenere il bene della vita per il quale ha inteso contrattare. Allora, il contratto a valle sarebbe valido ed efficace, salvo impegnare la responsabilità di chi se n'è valso per realizzare il profitto anticompetitivo<sup>18</sup>.

Sul quadro sin qui delineato è intervenuto il legislatore europeo a disciplinare la materia con la Direttiva 2014/104/UE<sup>19</sup>. La Direttiva ha ricevuto attuazione interna con il decreto legislativo del 19 gennaio 2017, n. 3, che ha disciplinato il c.d. “danno antitrust”, ossia il «diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione della concorrenza [...]» (art. 1, comma 1)<sup>20</sup>.

Invero, il *novum* legislativo non tempera il magnetismo della nullità negoziale rispetto alla quale, di lì a poco, le Sezioni Unite continueranno a discorrere<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> GUCCIONE, *Intese vietate e contratti individuali a valle: alcune considerazioni sulla invalidità derivata*, in *Giur. comm.*, 1999, 2, 449.

<sup>15</sup> Cfr. BERTOLOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU) per contrasto con le regole anti-trust, ed effetti sui “contratti a valle”: un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, 4, 1034 ss.; CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 5, 469 ss.; ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 12, 1165 ss.

<sup>16</sup> Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

<sup>17</sup> BIVONA, *Euribor “manipolato” e ricadute sul contratto tra diritto antitrust e diritto contrattuale*, in *Pactum Online*, 3 luglio 2024, spec. 6 ss. Negli stessi termini, da ultimo, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite: Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2024, n. 19900, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 5, 1082.

<sup>18</sup> In dottrina, CAMILLERI, *Intesa sugli EIRD e finanziamento indicizzati all'Euribor: il magnetismo resistibile della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 5, 1075; con riguardo alle fideiussioni omnibus, anche RENNA, *La Fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, spec. 597 ss; in giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384. Giova rilevare che, anche l'orientamento che nega il rimedio caducatorio e ritiene più congruo quello risarcitorio, si dirama in una pluralità di orientamenti, sui quali, v. BIVONA, *Sull'uso e l'abuso della nozione di contratto a valle e tecniche rimediale: tra rebalancing rules e rimedio aquiliani*, in *Banca borsa*, 2024, 6, 2 ss.

<sup>19</sup> Sul tema, GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, comma 1, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento del danno nei rapporti privatistici*, in *Riv. it. dir. pubb. comm.*, 2016, 77 ss.

<sup>20</sup> CORRENTI, *Il danno antitrust tra private e public enforcement; le prospettive dopo il recepimento della direttiva 2014/104/UE: luci e ombre*, in *Giust. civ.*, 2017, 2 ss.

<sup>21</sup> Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

### 3. Il capitolo sulle fideiussioni omnibus

Con la sentenza del 30 dicembre 2021, n. 41994, le Sezioni Unite tentano di chiudere la partita, ritenendo che, accanto al rimedio risarcitorio legislativamente previsto dall'art. 1 d.lgs. 2017, al contraente a valle spetti anche una tutela "reale" a carattere caducatorio del vincolo contrattuale.

La stessa ordinanza in commento dà conto del precedente,

*«4.4 Non è un fuor d'opera richiamare anche la decisione resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite (n. 41994/21) in materia di fideiussioni omnibus conformi al modello ABI dichiarato in parte qua anticoncorrenziale dal provvedimento n. 55/05 della Banca d'Italia.».*

Nel caso in parola, il Supremo Consesso si esprime in termini di nullità delle clausole dei contratti di fideiussione *omnibus* che avevano recepito le condizioni di cui allo schema ABI, ancorando la complementarietà tra il rimedio risarcitorio e il rimedio caducatorio alla necessità di assicurare la funzione della normativa antitrust<sup>22</sup>.

In particolare, le Sezioni Unite descrivono una nullità derivata, da collegamento funzionale, speciale, ancorata al dato testuale, per contrarietà all'ordine pubblico economico, parziale.

La scelta del Supremo Consesso sembra – *prima facie* – equilibrata, contempera le posizioni antagoniste che si erano espresse nel corso del dibattito trentennale, rappresenta una reazione proporzionata, adeguata al caso concreto. Tuttavia, al di là della fati-specie concreta, le Sezioni Unite rivelano l'impiego di un metodo poco persuasivo<sup>23</sup>, a tratti pericoloso, nella misura in cui – se replicato – rischia di produrre soluzioni incongrue. Ciascuno dei termini definitori porta con sé dei nodi problematici; tuttavia, il vero

<sup>22</sup> Le Sezioni Unite precisano che l'interesse protetto dalla legge n. 287/1990 è principalmente quello del mercato in senso oggettivo e – solo indirettamente – la tutela dell'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato. Se, dunque, occorre garantire primariamente il mercato in senso oggettivo, il rimedio risarcitorio non è da solo sufficiente, ma è necessario un rimedio in grado di tutelare gli interessi generali – per l'appunto, l'azione di nullità del contratto a valle. In particolare, secondo il Supremo Consesso, la sola obbligazione risarcitoria mancherebbe di efficacia dissuasiva nei confronti delle imprese che hanno aderito – in senso stretto o in senso lato – all'intesa, dal momento che i vantaggi conseguiti dagli autori dell'illecito sarebbero superiori rispetto ai danni patiti dalle vittime, le quali non sempre agiscono in giudizio per ottenere la riparazione dei pregiudizi subiti e, quondanche agiscano, difficilmente riescono a dimostrare gli elementi costitutivi dell'azione risarcitoria.

<sup>23</sup> Cfr., per tutti, PARDOLESI - PALMIERI, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2002, 1, 514 ss.; LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti dir. comm.* 2022, 1, 13 ss.; SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle*, cit., 694.



*punctum dolens* del rimedio invalidante disegnato dalle Sezioni Unite è proprio la nullità parziale c.d. eventuale.

Infatti, ancorare la conservazione del contratto – epurato dalle clausole o parti di esso che recepiscono l'intesa – al test di essenzialità di cui all'art. 1419 c.c. porta con sé il rischio di giungere a soluzioni, che mal si conciliano con l'obiettivo di tutela del contraente estraneo all'intesa, quanto meno nei contratti diversi dalle fideiussioni. A voler ragionare in termini di nullità parziale codicistica, nel caso di contratto a valle che recepisca un cartello sul prezzo di beni o servizi<sup>24</sup>, il giudizio “caso per caso” postulato dall'art. 1419, comma 1, c.c. funziona sempre in un unico modo: il contratto a valle è sempre nullo per intero perché il prezzo è elemento essenziale. Il contraente estraneo perde sempre la prestazione anzi, il più delle volte, dovrà restituirla (sempre che il prezzo non possa essere sostituito ex artt. 1419, comma 2 e 1339 c.c.)<sup>25</sup>.

Il rischio di esiti contraddittori rispetto allo scopo della tutela, si verifica anche se si applicano le medesime coordinate ai contratti di finanziamento parametrati all'Euribor. In questo caso, il pericolo non discende dal meccanismo della nullità “eventualmente” parziale che si irradia all'intero contratto, potendo operare un meccanismo di sostituzione del tasso di interesse<sup>26</sup>. Tuttavia, è comunque possibile scorgere potenziali effetti nocivi sul contraente estraneo che – direttamente o indirettamente – s'intende tutelare. Tanto sul presupposto che la manipolazione dell'Euribor ha inciso (per quanto *funditus* si dirà) sia al rialzo che al ribasso, con la conseguenza che il mutuatario potrebbe aver ricevuto effetti favorevoli dalla distorsione che non ha interesse a restituire; vieppiù, in virtù del medesimo rilievo, anche l'istituto di credito potrebbe avere interesse ad invocare la nullità del contratto<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Il rischio non è nuovo, la stessa Corte di Cassazione aveva accordato il solo rimedio risarcitorio ai clienti che avevano pagato un sovrapprezzo anticompetitivo dovuto a un cartello di prezzo a monte tra alcune imprese di fornitura di gas; v. Cass. civ., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384, con nota di SEBASTIO, *I negozi vincolati in diritto civile e in diritto antitrust*, in *Giust. civ.*, 2004, 11, 2756.

<sup>25</sup> L'invalidità è circoscritta alle sole clausole riproducenti le norme bancarie uniformi dichiarate nulle dall'Autorità garante, salvo il contratto per il resto in applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. che importa la caducazione dell'intero contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte viziata. Nel caso concreto dei contratti di fideiussione, le Sezioni Unite ritengono che il fideiussore che aveva prestato la garanzia nonostante le clausole invalide rendessero la disciplina per lui più gravosa, a maggior ragione avrebbe stipulato in assenza delle medesime; e la banca avrebbe comunque interesse al mantenimento del contratto, anche espunte le suddette clausole, posto che l'alternativa sarebbe l'assenza di garanzia del credito. Tuttavia, emergono numerosi rilievi critici, tra gli altri: la lettera dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. postula un test da svolgere ora per allora, avendo come punto di riferimento il momento della conclusione del contratto e non una valutazione di convenienza attuale o successiva; inoltre, le Sezioni Unite resuscitano l'ermeneusi più antica dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. che fa riferimento alla congettura della volontà ipotetica dei contraenti, piuttosto che allo scopo pratico perseguito dalle parti (*recte*, causa concreta del contratto).

<sup>26</sup> Ex art. 117, comma 7, Tub o ex art. 1284, comma 3, c.c.

<sup>27</sup> Il paradosso è lucidamente chiarito da CAMILLERI, *Intesa sugli Eird*, cit., 1072.

Non si fatica, dunque, a comprendere perché le Sezioni Unite non siano state in grado di chiudere la partita che, invero, si sposta su un altro campo<sup>28</sup>: dall'individuazione del rimedio alla definizione del contratto a valle.

## 4. Il capitolo Euribor

L'*Euro Interbank Offered Rate* (c.d. Euribor, appunto) è l'indice finanziario che indica il tasso medio applicato nelle operazioni di prestito interbancario (a breve termine, in euro e senza garanzie) dalle principali banche europee. L'indice è computato da un'apposita agenzia, la *Global Rate Set Systems* (GRSS) alla quale la singola banca di un gruppo di banche primarie (c.d. *panel*) invia segnalazioni giornaliere indicando a quale tasso d'interesse concluderebbe un'operazione di prestito con un'altra banca primaria (*primary bank*)<sup>29</sup>. La selezione delle banche del panel e la pubblicazione ufficiale dell'indice Euribor spetta, invece, all'*European Money Markets Institute* (EMMI). Occorre precisare che, all'epoca dei fatti, il gruppo selezionato era composta da 44 banche europee e che la pubblicazione dell'indice, oggi di competenza dell'EMMI, spettava all'*European Banking Federation* (EBF)<sup>30</sup>.

Le quotazioni dell'Euribor rappresentano un parametro di riferimento ampiamente utilizzato nel mercato obbligazionario, in quello creditizio e, in particolare, nel comparto dei derivati, dove costituiscono la base di riferimento per la determinazione del prezzo degli *Euro Interest Rate Derivatives* (Eird). I contratti derivati c.d. Eird si presentano normalmente come *Interest Rate Swap*, *Forward Rate Agreement*, *Interest Rate Futures*, *Cap* e *Floor*; tuttavia, a prescindere dalla tipologia contrattuale, ciò che rileva in questa sede è che le oscillazioni dell'Euribor incidono direttamente sul *pricing* dei derivati.

Orbene, tra il 2005 e il 2009, diverse grandi banche europee (tra cui Barclays, Deutsche Bank, Société Générale, Royal Bank of Scotland), tentavano di rendere per sé prevedibili i prezzi dei derivati Eird, ovvero di "aggiustare" quegli stessi prezzi, provando

<sup>28</sup> Invero, anche sulla validità delle fideiussioni *omnibus* il contenzioso non si è spento. A seguito di Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., sono gemmate ulteriori questioni tra le quali il rapporto tra la tutela reale atipica derivante dal *decisum* della Corte e la tutela consumeristica; o, ancora, la possibile efficacia estensiva del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nel caso di fideiussioni specifiche che recepiscono lo schema ABI; nonché, i limiti di efficacia temporale dell'accertamento compiuto da Banca d'Italia rispetto alle fideiussioni prestate in un periodo diverso rispetto a quello a cui si riferisce l'indagine dell'autorità garante. In argomento, v. Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2024, n. 6685; Trib. Lucca, 13 aprile 2024; Trib. Torino, 15 marzo 2024, tutte in *Foro it.*, 2024, 6, 1854 ss., con nota di PAGLIANTINI - SANTARPIA.

<sup>29</sup> Cfr. CALABRESE, *Effetti della manipolazione dell'Euribor sul mutuo bancario a tasso variabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 3, 2; nonché, CAMPAGNA, *Osservazioni a valle dell'intesa sull'Euribor*, in *Foro it.*, 2024, 5, 1452.

<sup>30</sup> La competenza passa all'EMMI in attuazione del Regolamento (UE) 2016/1011, *Benchmark Regulation* (BMR).



a manipolare proprio l'indice di riferimento alla base del *pricing*: l'Euribor. Avendo gioco facile, posto che – come detto – il processo di *fixing* dell'Euribor dipendeva dai dati sui tassi interbancari che le medesime comunicavano.

Tanto premesso, la Commissione europea accertava una serie di condotte integranti il divieto di intese restrittive ex art. 101 TFUE, poste in essere da alcune delle primarie banche europee, nel tentativo di distorcere il normale corso dei componenti di prezzo degli Eird<sup>31</sup>. In particolare, con il provvedimento C(2013)8512/1 del 4.12.2013 venivano sanzionate quattro banche facenti parte del *panel*, per comportamenti nel periodo che va da settembre 2005 a maggio 2008; con il provvedimento C(2016)8530 del 7.12.2016<sup>32</sup>, la Commissione sanzionava altri tre operatori, per il periodo da settembre 2006 a marzo 2007.

Inizia così l'ultimo dei nostri archi narrativi: il contenzioso sulla sorte dei contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor manipolato.

L'ordinanza in epigrafe dà conto del trittico di pronunce, rese tra il 2023 e il 2024, con cui la Suprema Corte<sup>33</sup> affronta il problema delle ripercussioni che l'intesa sugli Eird – e, indirettamente, sull'Euribor – potrebbe aver determinato a carico dei contratti di finanziamento che, per la determinazione del tasso di interesse, facevano riferimento all'indice manipolato e che erano stati stipulati dalla clientela con banche estranee al cartello nel medesimo intervallo temporale in cui le pratiche collusive erano state realizzate (da settembre 2005 a maggio 2008)\*.

In ordine temporale, la prima ordinanza del 13 dicembre 2023, n. 34889 riguarda un contratto di leasing finanziario. La società debitrice denunciava la nullità del contratto siccome recante la clausola determinativa *per relationem* degli interessi dovuti, per l'appunto, mediante rinvio al parametro Euribor, interessato dall'intesa illecita accertata dalla Commissione europea. Il Tribunale e la Corte d'Appello di Milano rigettavano l'opposizione e il gravame della società, sul presupposto dell'estraneità della banca creditrice alla violazione concorrenziale. La Suprema Corte ragiona diversamente.

<sup>31</sup> Le pratiche collusive accertate consistevano nella condivisione di informazioni non pubbliche sulle rispettive posizioni di negoziazione in derivati e sulle connesse preferenze sul *fixing* del prezzo di riferimento; nonché, nell'aver trasmesso quotazioni artatamente allineate (al rialzo o al ribasso), utili ad incidere sulla determinazione finale dell'Euribor, onde orientarlo alla propria maggiore convenienza, legata di volta in volta ai derivati da scambiare. A margine, occorre precisare che sebbene le pratiche collusive siano state accertate dalla Commissione, lo stesso non può dirsi circa la manipolazione dell'indice che non risulta essere stata effettivamente conseguita, bensì solo tentata (è sufficiente qui ricordare che il numero di banche colluse è esiguo rispetto alle 44 facenti parte del *panel*).

<sup>32</sup> Di fatto confermate dalla decisione da Corte giust., sez. III, 12 gennaio 2023, causa C-883-19, *HSBC Holdings plc e a. c. Commissione europea*, in «[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)».

<sup>33</sup> Si fa riferimento a Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2023, n. 34889 e 3 maggio 2024, n. 12007; nonché, Cass. civ., Sez. I, 19 luglio 2024, n. 19900; tutte in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 4, 1074, con nota di CAMILLERI, *Intesa sugli Eird*, cit.

Infatti, a giudizio della Terza Sezione, allorché l'art. 2, comma 3, della legge antitrust dispone che le intese anticoncorrenziali siano «*nulle ad ogni effetto*», non predica unicamente la nullità dell'intesa – che, ben può avere, come nel caso Euribor, indole non negoziale – ma a tutta la complessiva situazione, anche successiva alla pratica originaria, che realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza. Vieppiù, la decisione della Commissione europea di accertamento della violazione concorrenziale assurge a “prova privilegiata” della violazione stessa, spendibile in seno al giudizio civile sulla nullità della clausola del contratto “a valle” che costituisca applicazione dell'intesa illecita. Ne consegue, nel caso concreto, la nullità della clausola avente ad oggetto tassi convenzionali determinabili in forza del rinvio al parametro illecitamente “manipolato” e, tanto, «*a prescindere*» dal fatto che all'intesa illecita abbia o meno partecipato l'istituto bancario contraente, giacché comunque raggiunto dal divieto di cui all'art. 2 della l. 287/1990.

Alcune annotazioni, *a latere*. Si ha l'impressione che la pronuncia intenda guardarsi bene dal conversare di “contratto a valle”, tanto che lo menziona solo ove narra le doglianze della ricorrente e cita i propri precedenti. Il silenzio non sembra casuale. Nel ragionamento della Suprema Corte del dicembre 2023, è inutile dover distinguere tra intesa “a monte” e contratto “a valle”, e ciò emergerebbe *apertis verbis* dall'art. 2, comma 3, della legge antitrust. Non si tratta – allora – di una nullità derivata, né da collegamento negoziale o funzionale, che dir si voglia; ma di una nullità testuale che colpisce l'intera sequenza comportamentale. Il che appare lontano dalle stesse Sezioni Unite del 2021. Nel caso delle fideiussioni *omnibus*, il Supremo Consesso discorre di nullità derivata da collegamento funzionale “ancorata al dato testuale” che colpisce l'intera sequenza di atti – negoziali e non – successivi all'intesa antitrust, fideiussioni comprese (*in parte qua*), poiché rappresenta quell'effetto della violazione a cui l'art. 2, comma 3, l. 287/90 si rivolge quando sancisce che «*Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*». Diversamente, la Terza Sezione – pur formalmente in ossequio alla pronuncia del 2021 – elimina il medio dell'effetto anticoncorrenziale, giungendo a ritenere che i contratti o, comunque, le pratiche della sequenza accedano alla violazione, ossia integrino esse stesse il divieto.

Anche qui, la precisazione non è frutto di virtuosismo giuridico; piuttosto, sottolinea che – così ragionando – lo stigma della violazione si trasmette automaticamente a parti ignare della stessa.

La seconda pronuncia del 3 maggio 2024, n. 12007 ha ad oggetto un contratto di mutuo immobiliare a tasso variabile indicizzato all'Euribor. La mutuataria ingiunta proponeva opposizione all'esecuzione, rigettata dal Tribunale di Busto Arsizio con decisione successivamente confermata anche dalla Corte d'Appello di Milano; avverso tale pronuncia, veniva proposto ricorso per cassazione, articolato in plurimi motivi, tra cui la doglianza relativa all'invalidità della “clausola Euribor”. A quel punto, la Terza Sezione corregge il tiro dell'ordinanza n. 34889/2023.

Anzitutto, esclude l'automatismo caducatorio: le clausole del contratto di mutuo che per la determinazione del tasso d'interesse facciano rinvio ad un parametro esterno – qui, l'Euribor – interessato da intese o pratiche restrittive della concorrenza, ma stipulate da parti estranee alla medesima, non possono considerarsi contratti stipulati “in applicazione” delle suddette intese o pratiche. Ciò, salvo che sussista la prova che

l'istituto di credito stipulante fosse o direttamente partecipe di quell'intesa o, almeno, a conoscenza della stessa, nonché della circostanza che abbia inteso avvalersi del suo risultato oggettivo.

In tal caso, dunque, la Suprema Corte intende il contratto a valle nei seguenti termini: quel contratto che dà applicazione consapevole o volontaria, da parte di almeno uno dei contraenti, alla pratica collusiva ex art. 2, l. n. 287/90. Solo in questo caso potranno essere invocati «*i rimedi apprestati dall'ordinamento di origine sovranazionale in tema di concorrenza e, in particolare, quelli di cui all'art. 2 della legge n. 287 del 1990 e dall'art. 101 TFUE*»<sup>34</sup>.

Orbene, questa volta la terza sezione offre una definizione di contratto a valle, quantanche non identifichi quali siano i «*rimedi di origine sovranazionale*» applicabili. È vero, tuttavia, che il riferimento alla pronuncia n. 41994/2021 è ridondante nella sentenza e, pertanto, si può supporre che si tratti della stessa nullità descritta dalle Sezioni Unite nel 2021.

Ad ogni modo, l'iter argomentativo prosegue, perché la tensione verso il rimedio caducatorio pare avere un fascino irresistibile. E, infatti, la Suprema Corte rileva che, ancorché non sia possibile applicare i rimedi della normativa antitrust, poiché i contraenti sono estranei all'intesa – dunque, nemmeno può parlarsi di contratto a valle – ciò non esclude la possibilità di attivare i rimedi negoziali.

Il rimedio negoziale individuato è quello della nullità parziale – originaria o sopravvenuta – per impossibilità anche solo temporanea di determinazione dell'oggetto contrattuale.

*In parte qua*, a sorpresa, la Terza Sezione si aggancia ai precedenti di legittimità sulla validità della clausola determinativa degli interessi convenzionali *per relationem*, che escludono la nullità ex art. 1346 c.c., laddove la *relatio* risulti da «*criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché questi siano oggettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del tasso e non determinati unilateralmente dalla banca*».<sup>35</sup>

Nelle intenzioni della Sezione Terza, i precedenti sono utili a sostenere che, quando le parti di un contratto assumono l'Euribor quale indice per il calcolo del saggio degli interessi non indicato esattamente in cifre nel contratto, intendono far riferimento a un parametro non del tutto casuale e aleatorio, ancorato a dati oggettivi di agevole e pubblico riscontro; tuttavia, ove si accerti che il parametro richiamato sia stato alterato da un'attività illecita posta in essere da terzi, viene meno il presupposto per cui le parti hanno scelto quel parametro e, dunque, quest'ultimo non è più in grado di esprimerne l'effettiva volontà negoziale, quanto meno per il tempo in cui l'alterazione del meccanismo di determinazione dell'Euribor abbia prodotto i suoi effetti. Da qui, il salto logico dalla volontà

<sup>34</sup> Cass. Civ., sez. III, 3 maggio 2024, n. 12007, cit., § 6.1.

<sup>35</sup> In argomento, sia permesso rinviare a ZITO, *Omissione del Tan nei contratti di finanziamento: dalla trasparenza alla “determinabilità” bancaria*, in *Foro it.*, 2024, 10, 2739, e alla giurisprudenza ivi citata.

all'oggetto negoziale è breve: quando l'oggetto contrattuale non è più espressione della volontà negoziale delle parti, il contratto è nullo per indeterminabilità dell'oggetto. E qui, oltre all'Euribor, ad essere adulterate sembrano anche le tassonomie della nullità codicistica.

In particolare, le clausole potranno dirsi viziose da nullità – originaria o sopravvenuta – per impossibilità anche solo temporanea di determinazione del loro oggetto, quante volte risulti provato che la condotta anticoncorrenziale involgente l'Euribor abbia per un certo periodo conseguito il proprio effetto distorsivo, rendendo quel parametro esterno, richiamato contrattualmente, in realtà non corrispondente all'intendimento perseguito dalle parti. Quanto alle conseguenze della nullità parziale, possono verificarsi due ipotesi: se è possibile ricostruire la misura del tasso “depurandola” dagli effetti delle pratiche illecite che lo hanno alterato, occorrerà applicare quella misura, cioè il suo valore “genuino”; se, invece, ciò non sia possibile, occorrerà rivolgersi ai criteri che regolano la sua sostituzione in via normativa. Quali scegliere – tra il meccanismo sostitutivo di diritto comune *ex art. 1284, comma 3, c.c.* e il meccanismo speciale *ex art. 117, comma 7, TUB* – non è dato saperlo<sup>36</sup>, posto che è «*estranea all'oggetto del presente ricorso [...] la questione delle modalità di sostituzione del tasso di interesse*»<sup>37</sup>.

Pochi mesi dopo, arriva il terzo arresto, questa volta della Prima Sezione che – con ordinanza del 19 luglio 2024, n. 1900 – richiede l'intervento delle Sezioni Unite.

Ancora una volta, si tratta di un contratto di finanziamento indicizzato all'Euribor e, anche questa volta, sia in primo che in secondo grado, la clausola determinativa degli interessi veniva giudicata valida, stante l'estraneità della società finanziatrice al cartello illecito. Investita della questione, la Suprema Corte è dura nei confronti delle due pronunce rese dalla Terza Sezione.

I contratti come quello dedotto in giudizio e, del pari, quelli che avevano interessato le due precedenti pronunce di legittimità, non possono considerarsi “a valle” rispetto alle pratiche collusive, data l'estraneità oggettiva e soggettiva dei primi rispetto alle seconde. Dal punto di vista oggettivo, il mercato dei mutui a tasso variabile è altro rispetto al mercato dei derivati inciso dall'intesa sugli Eird; dal punto di vista soggettivo, il mutuante è estraneo all'intesa anticoncorrenziale. Cosicché, non può postularsi che il mutuo sia lo sbocco del cartello collusivo che ne realizza ed attua gli effetti.

E tanto, a sentire la Prima Sezione, a prescindere dal ricorso dei presupposti ai quali la Terza Sezione ancora la configurabilità del contratto a valle: conoscenza dell'intesa e approfittamento del risultato.

Dunque, in primo luogo si esclude la possibilità di inquadrare la fattispecie concreta nella dogmatica del “contratto a valle” e, dunque, di invocare un qualche rimedio discendente dalla normativa antitrust. In secondo luogo, la Prima Sezione smonta anche

---

<sup>36</sup> Per le critiche sulla mancata indicazione del meccanismo sostitutivo del tasso di interesse, CAMILLERI, *Intesa sugli Eird*, cit., 1073, in particolare nota 56.

<sup>37</sup> Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2024, n. 12007, cit., § 6.2.1.

la possibilità di invocare la nullità codicistica, quanto meno nei termini descritti dalla Terza Sezione. Infatti, se il parametro al quale le parti hanno inteso agganciare la determinazione degli interessi – l'Euribor – è manipolato dal fatto illecito del terzo e di tale artificio almeno uno dei contraenti sia consapevole e intenda approfittarsi, piuttosto che venire in rilievo la nullità per indeterminabilità dell'oggetto della clausola sugli interessi, si dovrebbe ragionare in termini di annullabilità per dolo del terzo ex art. 1439, comma 2, c.c. Dunque, la manipolazione dell'Euribor, avvenuta ad opera di terzi, può integrare gli estremi del vizio del consenso nel processo formativo della volontà contrattuale e assumere i contorni del dolo del terzo, fonte di annullabilità del negozio, quante volte abbia determinato il consenso, una delle parti ne abbia avuto conoscenza e ne abbia tratto vantaggio. Al contrario, se i presupposti per l'annullabilità non sussistono, l'unica strada pare essere la pretesa risarcitoria nei riguardi dell'autore della condotta<sup>38</sup>.

L'inferenza è corretta dal punto di vista logico e giuridico. Inoltre, la Prima Sezione non si esime dal rilevare il contrasto interpretativo in seno alla sua giurisprudenza e, allora, si conclude a trasmettere gli atti alla Prima Presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare la causa alle Sezioni Unite. In particolare, l'intervento è invocato al fine di stabilire se i contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor costituiscano effettivamente contratti a valle dell'intesa illecita accertata dalla Commissione; e, inoltre, per chiarire quale sia il rimedio esperibile dinanzi alla manipolazione dell'indice, nell'alternativa tra nullità (diretta *ex lege* antitrust o indiretta da indeterminabilità dell'oggetto) della clausola che vi faccia rinvio, vizio del consenso (*sub specie* dolo del terzo ex art. 1439 c.c.) ovvero fatto produttivo di danni.

## 5. I quesiti pregiudiziali

La rassegna dei precedenti di legittimità porta la Corte d'Appello di Cagliari a ritenere necessario l'intervento della Corte di giustizia, sul duplice presupposto della rilevanza delle questioni rispetto al giudizio instaurato dinanzi ad essa, nonché per la decisione di numerose controversie pendenti in ordine alla nullità contrattuale della “clausola Euribor”.

Invero, dalla lettura delle sentenze di merito sul tema, risulta evidente che i dettami della Suprema Corte siano stati spesso sconfessati<sup>39</sup>. Inoltre, per quanto la giurisprudenza “ribelle” proceda in ordine sparso, è possibile segnalare un elemento costante: la diffi-

<sup>38</sup> Invero, comprensibilmente CAMILLERI, *Intesa sugli Eird*, cit., 1069, spec. nota 19, rileva che quest'ultima ipotesi andrebbe ulteriormente differenziata tra rimedio risarcitorio di marca contrattuale ex art. 1440 c.c. e tutela aquiliana a seconda della sussistenza o meno del requisito della conoscenza dell'alterazione del parametro Euribor ad opera di terzi.

<sup>39</sup> V. App. Firenze, 15 aprile 2024; Trib. Nola, 28 febbraio 2024; Trib. Milano, 21 febbraio 2024; Trib. Livorno, 29 gennaio 2024, tutte reperibili in *Foro it.*, 2024, 4, 1234, con nota di SANTARPIA, *La saga dell'Euribor e gli spettri di una tutela massiva*.

coltà di definire contratti “a valle” dell’intesa sugli Eird – e, di conseguenza, di applicare la sanzione della nullità per come delineata dalle pronunce della Terza Sezione – i contratti di finanziamento indicizzati all’Euribor stante l’estraneità oggettiva del mercato del credito rispetto al mercato dei derivati.

Alla Corte di Giustizia, dunque, l’onere di stabilire, seguendo i quesiti posti: in primo luogo, se l’art. 16, comma 1, del Regolamento Ce n. 1/2003 debba essere interpretato nel senso di ritenere “provata”, anche per il giudice nazionale, la manipolazione dell’Euribor come accertata dalla Commissione; in secondo luogo, se l’art. 101 TFUE debba essere interpretato nel senso di ritenere che l’intesa antitrust, avvenuta nel mercato dei derivati, costituisca intesa vietata anche in mercati diversi ove sia comunque impiegato il parametro Euribor.

Ciò, in quanto, prosegue la pronuncia in epigrafe

*«5.2 Invero, sarebbe quantomeno contraddittorio ipotizzare che i dati forniti per la determinazione dell’Euribor nel periodo dell’accertata manipolazione possano essere utilmente richiamati in un qualsiasi mercato, tra cui quello dei mutui a tasso variabile. D’altronde, ritenere che il secondo comma dell’art. 101 Trattato abbia ad oggetto soltanto la censura alla pratica anticoncorrenziale e non produca effetti a cascata sui rapporti negoziali che recepiscono il frutto dell’accordo vietato ne svilirebbe la portata deterrente e ridurrebbe il divieto a mero precetto astratto giacché è proprio l’impiego dei dati distorti a concretare gli effetti anticoncorrenziali del mercato.».*

A sorreggere il rinvio, dunque, la richiesta di istruzioni sull’efficacia probatoria della decisione della Commissione, nonché sugli effetti “a valle” dell’intesa accertata sul mercato, qualunque esso sia. Tuttavia, come anticipato, la sensazione è che i quesiti avrebbero dovuto essere fabbricati diversamente.

Quanto al rilievo probatorio da annettere alla decisione di accertamento dell’infrazione resa dalla Commissione europea *«alla luce del disposto dell’art. 16 comma 1 Reg. CE n. 1/2003»*, occorre rilevare che un conto è parlare di efficacia probatoria, altro di efficacia vincolante. La prima sembra richiamare sia la c.d. “prova privilegiata” di creazione giurisprudenziale, sia la “prova piena” prevista dal legislatore all’art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 in materia di danno antitrust; entrambe agevolazioni probatorie operanti laddove l’accertamento dell’infrazione anticoncorrenziale trovi la propria fonte in una decisione (definitiva) dell’Autorità antitrust nazionale o, in caso di contestazione, del giudice amministrativo. La seconda richiama il divieto ex art. 16, comma 1, Reg. n. 1/2003 per le giurisdizioni nazionali di prendere decisioni che siano in contrasto con le decisioni adottate dalla Commissione.

Orbene, quandanche l’art. 7 del d.lgs. 3/2017 possa essere considerato quale “via domestica”<sup>40</sup> del *binding effect* ex art. 16, comma 1, quest’ultimo non si premura di alleg-

<sup>40</sup> CAMILLERI, *La prova privilegiata «sbiadita» e le ambizioni frustrate del contraente a valle. Spunti*



gerire l'onere probatorio in capo a colui che subisce un danno antitrust (o, se si vuole, a presunti contraenti a valle), ma impone un vincolo negativo a carico del singolo giudice. E la differenza non pare essere di poco conto.

Infatti, i rapporti tra giudice civile, Autorità garante e Commissione europea si muovono su binari diversi<sup>41</sup>, a seconda della provenienza della decisione, originando un'asimmetria tra autorità antitrust nazionale e autorità antitrust unionale che – sebbene stigmatizzabile<sup>42</sup> – tale resta.

Ora, l'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 codifica (e corregge) il congegno giurisprudenziale della prova privilegiata. Infatti, la disposizione sancisce che, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno antitrust, si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza – rispetto alla sua natura, alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale – ove constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato.

Prima della sua entrata in vigore, l'ordinamento italiano – al pari di buona parte degli Stati membri – non conteneva previsioni sugli effetti delle decisioni amministrative delle Autorità garanti domestiche nei processi civili. Per converso, l'imperativo dell'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza, aveva già fatto ingresso nel sistema per mezzo dell'art. 16, Reg. CE n. 1/2003<sup>43</sup>. In particolare, la disposizione impone al giudice civile di non adottare decisioni in contrasto con quelle che la Commissione UE abbia già assunto ovvero sia in procinto di assumere, anche all'esito di procedimento avviato ma non ancora concluso.

In assenza di una disposizione analoga sul fronte delle decisioni amministrative domestiche, la giurisprudenza – almeno a partire dalla pronuncia della Cassazione nel caso *Inaz Paghe*<sup>44</sup> – perviene ad attribuire alle decisioni dell'Autorità nazionale il valore di c.d. “prova privilegiata”. Si tratta di una presunzione semplice di formazione giurisprudenziale, il cui effetto è quello di una mera *relevatio ad onere probandi*<sup>45</sup> idonea, ad

---

per una presunzione legale iuris tantum, in *Foro it.*, 2023, 5, 1671.

<sup>41</sup> Sull'efficacia, in sede di giudizio civile, delle decisioni amministrative di accertamento delle infrazioni antitrust v. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 2, 476.

<sup>42</sup> Stigmatizza l'incoerenza: LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011, 243 ss.

<sup>43</sup> La disposizione è notoriamente ispirata alla giurisprudenza *Masterfoods* (Corte giust., 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, in *Foro it.*, 2001, 4, 209).

<sup>44</sup> Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 237; prima di essa, già Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2035 che, tuttavia, prospettava un accostamento delle decisioni delle *authorities* antitrust alla presunzione semplice. A partire da Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, cit., invece, si inaugura il congegno della prova privilegiata che conduce ad una progressiva accentuazione della persuasività di tali decisioni sino all'accostamento alla presunzione legale.

<sup>45</sup> CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, 114 ss.; FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, inter nazionalistici e interni*, Napoli,

un tempo, ad agevolare l'attore e a garantire comunque il diritto di difesa del convenuto. Infatti, quandonche particolarmente persuasiva, si tratta di una presunzione non legale e, quindi, aperta alla prova contraria<sup>46</sup>.

Tuttavia, per l'intero contenzioso *follow-on*<sup>47</sup>, la Suprema Corte arriverà presto a ritenere che gli argomenti e le prove dedotti nel giudizio risarcitorio dal presunto danneggiante quale prova contraria debbano essere nuovi e diversi rispetto a quelli già vagliati e disattesi, o reputati irrilevanti, nel corso del processo amministrativo<sup>48</sup>. Il giudice di legittimità, dunque, giunge ad esiti non dissimili rispetto a quelli sanciti – oggi – dall'art. 7 d.lgs. n. 3 del 2017.

La disposizione in parola recepisce le indicazioni dell'art. 9 della Direttiva 2014/104/UE. Ora, se è indubbio che l'art. 9 abbia avuto il merito di attribuire alle decisioni nazionali effetti simili a quelli che l'art. 16 Reg. n. 1/2003 già attribuiva alle decisioni della Commissione, tuttavia, vi sono tra le due discipline differenze di non poco momento<sup>49</sup>.

In primo luogo, il carattere asimmetrico del vincolo rispetto alle parti nel giudizio sul risarcimento del danno antitrust: l'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017 specifica che la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante si ritiene definitivamente accertata «*nei confronti dell'autore*»; mentre la disposizione regolamentare non pone un *discrimen* tra le parti in un eventuale giudizio civile.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017, affinché sorga in capo al giudice civile il dovere di recepire l'accertamento amministrativo, è necessario che questo sia contenuto in una decisione definitiva; per converso, il *binding effect* previsto dall'art. 16 del Regolamento promana dalle decisioni della Commissione ancorché adottate in procedimenti non conclusi.

Infine, l'art. 7 del decreto delimita l'ambito applicativo dell'efficacia probatoria degli accertamenti alla natura dell'infrazione, alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, mentre espressamente non copre l'esistenza del danno e del nesso causale. In ciò, ancora, si differenzia dall'art. 16 del Regolamento che si limita invece a sancire un obbligo negativo, ossia un onere di astenersi dal contraddire («*not to run counter*») le decisioni adottate dalla Commissione.

---

2015, 215.

<sup>46</sup> Così, Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, 1, 1729 ss.

<sup>47</sup> Cass. civ., sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in *Foro it.*, 2011, 1, 2674.

<sup>48</sup> Cass. civ., sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116, § 3.6, onera l'impresa che voglia contrastare l'accertamento amministrativo di apportare «*argomenti nuovi [...] ovvero, semmai, non (e senza colpa) sottoposti alla valutazione di Autorità garante e Giudice amministrativo*». Sul punto, COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 1, 195 ss., spec. 207, rileva che, allo stato attuale della giurisprudenza, il provvedimento amministrativo sarebbe sostanzialmente equiparato al giudicato quanto a resistenza a successive contestazioni, discendendone la preclusione del deducibile con l'unico temperamento della ignoranza scusabile.

<sup>49</sup> Per un approfondimento sui caratteri distintivi delle disposizioni in commento, NEGRI, *L'efficacia*, cit., 483 ss.

A ciò si aggiunge che la disciplina portata dall'art. 7 del decreto opera in senso riduttivo rispetto ad una giurisprudenza che, nella dogmatica della prova privilegiata, era giunta a ricavare dal provvedimento sanzionatorio dell'autorità amministrativa la prova presuntiva, particolarmente persuasiva, anche dell'*an* e del *quantum* del danno. E, sul punto, la giurisprudenza di legittimità non sembra voler abbandonare il congegno che, anzi, continua ad operare non solo rispetto alle fattispecie a cui la normativa sul danno antitrust non possa applicarsi *ratione temporis*, ma anche al di là del contenzioso risarcitorio<sup>50</sup>. La Cassazione è chiara con riguardo alle domande volte ad ottenere la nullità delle clausole del contratto di finanziamento indicizzato all'Euribor: non di prova piena ex art. 7 del decreto si tratta, ma di prova privilegiata.

In questa prospettiva, prova privilegiata, prova piena ex art. 7 del decreto e *binding effect* ex art. 16 del Regolamento, se guardati in chiave di alleggerimento della posizione dell'attore, lasciano trasparire una pluralità di schemi di riparto dell'onere probatorio non solo in base alla fonte da cui promana la decisione di accertamento dell'infrazione, ma anche in relazione al rimedio attivato, ancora una volta di validità o di responsabilità.

Quanto al secondo quesito, la Corte d'Appello chiede alla Corte di Giustizia se l'intesa vietata dall'art. 101 TFUE sia tale soltanto nel mercato dei derivati o in qualunque mercato sia impiegato il parametro manipolato. Infatti, leggendo l'ordinanza, a meno da non voler svilire la portata deterrente dell'art. 101 TFUE e ridurlo a mero precetto astratto, non può dirsi che essa abbia ad oggetto unicamente la censura della pratica anticoncorrenziale senza produrre “effetti a cascata” sui rapporti negoziali che la recepiscono.

Ebbene, in realtà, lo strumentario giuridico predisposto a livello sovranazionale e recepito dal legislatore domestico non nega affatto tutela ad eventuali “effetti a cascata” pregiudizievoli sui rapporti negoziali. Il riferimento, ovviamente, è alla normativa sul danno antitrust, il più volte citato d.lgs. n. 3/2017.

Escludere la nullità della clausola Euribor, infatti, non implica che resti preclusa qualsiasi forma di tutela. Entrambi i contraenti estranei all'intesa hanno la possibilità di agire contro chi della violazione sia stato artefice.

Si ricordano, infatti, le decisioni *Kone*<sup>51</sup> e c.d. *Otis II*<sup>52</sup>. Con la prima pronuncia, la Corte di Giustizia afferma la legittimazione attiva al risarcimento del danno da parte di coloro che, sebbene non legati con le imprese cartellistiche da alcuna relazione contrattuale diretta, abbiano patito un prezzo allineato a quello cartellizzato (c.d. *umbrella price*), praticato loro da imprese terze alla cospirazione. Con la seconda, la Corte è successivamente giunta ad ammettere che anche soggetti operanti su mercati diversi da quello interessato dalla violazione antitrust possono agire contro gli autori dell'infrazione, ove abbiano subito un pregiudizio.

<sup>50</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 3 maggio 2024, n. 12007, cit. e 13 dicembre 2023, n. 34889, cit..

<sup>51</sup> Corte giust., sez. V, 5 luglio 2014, causa C-557/12, *Kone AG e a. c. ÖBBInfrastruktur AG*, in «[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)».

<sup>52</sup> Corte giust., sez. V, 12 dicembre 2019, causa C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. e a. c. Others v Land Oberösterreich e a.*, in «[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)».

La speciale fisionomia assunta<sup>53</sup> dalla responsabilità per danno antitrust rispetto alle regole ordinarie della responsabilità aquiliana, invero, rende una mera suggestione la tesi che reputa il rimedio caducatorio l'unico ad avere una reale efficacia deterrente.

Ora, la casistica ha ampiamente dimostrato che la nozione di contratto a valle ha una capacità espansiva tale da determinare il fallimento di qualsiasi tentativo di ricondurre ad unità la categoria. Cosicché, forse basterebbe arrendersi alla circostanza che la nozione è talmente mutevole da non poter essere definita “a monte” e che, stante l'atipicità dell'illecito, non si può ad esso far fronte se non con un rimedio risarcitorio di marca extracontrattuale (ex d.lgs. n. 3/2017, per l'appunto). Senza che ciò escluda che tra le parti del contratto possa aprirsi la strada dei rimedi contrattuali, che di volta in volta potrebbero venire in rilievo sussistendone i presupposti, ma che possono essere delineati solo “caso per caso”<sup>54</sup>.

In altri termini, non sembra condivisibile l'abbrivio argomentativo suggerito dalla giurisprudenza di legittimità e, in qualche misura, emergente dal rinvio pregiudiziale: il reale sbocco attuativo dell'intesa è il contratto a valle; se così è, la decisione della Commissione che accerta l'infrazione a monte non può che costituire “prova” ex art. 16 del Regolamento nel corso del giudizio di nullità del contratto (*rectius*, della parte del contratto a valle che recepisce l'intesa a monte).

Peccato, però, che la prova dell'intesa non rende un contratto automaticamente riconducibile all'orbita attuativa del disegno distorsivo. Piuttosto, sono le caratteristiche oggettive e soggettive dell'intesa che consentono di invocare il congegno probatorio legato all'accertamento amministrativo dell'infrazione. Entrambi elementi che risultano mancanti nel caso dell'intesa sugli Eird.

In buona sostanza, si capovolgono i termini del problema e, ancora una volta, si cerca un rimedio al contratto a valle, laddove il contratto a valle non c'è.

## ABSTRACT

Il saggio esamina l'ordinanza del 24 gennaio 2025 con cui la Corte d'Appello di Cagliari ha rinviato alla Corte di giustizia dell'Unione europea due quesiti relativi ai contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor, parametro inciso da un'intesa anticoncorrenziale accertata dalla Commissione europea.

Dopo la ricostruzione degli antefatti, l'indagine si sofferma sui quesiti pregiudiziali, che mostrano alcuni problemi di coordinamento tra l'efficacia vincolante delle deci-

<sup>53</sup> Anzitutto, si ricorda il *binding effect* nel giudizio civile della decisione della Commissione europea ex art. 16 del Regolamento n. 1/2003; le agevolazioni probatorie relative alle decisioni definitive domestiche ex art. 7 d.lgs. n. 3/2017; la prescrizione “mobile” desumibile dall'art. 8, d.lgs. n. 3/2017 che, se interpretata alla luce del principio di effettività, annulla le distanze rispetto alle azioni restitutorie; il regime di solidarietà tra le banche cartellistiche ex art. 2055 c.c.; le semplificazioni legate all'esperibilità delle *class action*.

<sup>54</sup> In tal senso, BIVONA, *Sull'uso e l'abuso*, cit., 16 ss.

sioni della Commissione ex art. 16 Reg. n. 1/2003 e l'efficacia probatoria delle decisioni delle autorità amministrative domestiche sancita dall'art. 7 del d.lgs. n. 1/2017 rispetto al risarcimento del “danno antitrust” e, in generale, affermatasi in via pretoria attraverso il congegno della c.d. “prova privilegiata”.

*The article examines the order of 24 January 2025, issued by the Cagliari Court of Appeal, by which that court referred two questions for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union. These questions concern loan agreements indexed to Euribor, a benchmark rate that was indirectly affected by an anti-competitive agreement found by the European Commission.*

*After reconstructing the background, the study focuses on the preliminary questions. These questions bring to light several issues of coordination between the binding effect of European Commission decisions (pursuant to Article 16 of Regulation (EC) No. 1/2003) and the evidentiary effect of decisions by national administrative authorities, as established by Article 7 of Legislative Decree No. 3 of 19 January 2017 and in case law through the mechanism of so-called “privileged evidence”.*

