

Marco Lamandini

---

**FIDEIUSSIONE *OMNIBUS E IUS*  
VARIANDI AL VAGLIO DELL'ANTITRUST  
COMUNITARIO**

---

Estratto



## Corte di Giustizia delle Comunità Europee

21 gennaio 1999

Pres. KAPTEYN - Avv. gen. RUIZ-JARABO COLOMER (diff.)  
Bagnasco e altri c. Banca Popolare di Novara s.c.r.l.  
e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia s.p.a.

**[1908/48] Contratti bancari - Apertura di credito in conto corrente - Norme bancarie uniformi - Modificazione unilaterale del tasso di interesse - Restrizione della concorrenza - Esclusione.**

(Trattato CE, art. 85, n. 1).

**[948/12] Contratti bancari - Apertura di credito in conto corrente - Norme bancarie uniformi - Fideiussione *omnibus* - Pregiudizio del commercio fra Stati membri dell'Unione Europea - Esclusione.**

(Trattato CE, art. 85, n. 1).

**[948/12] Contratti bancari - Norme bancarie uniformi - Apertura di credito in conto corrente - Modificazione unilaterale del tasso di interesse - Fideiussione *omnibus* - Sfruttamento abusivo di posizione dominante - Esclusione.**

(Trattato CE, art. 86).

*Le norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI che permettono alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in qualsiasi momento il tasso di interesse in ragione dei cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure con le modalità che esse ritengono più opportune, non hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza (1).*

*Le norme bancarie uniformi, predisposte dall'ABI in materia di fideiussione omnibus a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente, ivi comprese quelle che derogano alla disciplina comune della fideiussione, non sono atte, nel loro complesso, a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri dell'Unione Europea (2).*

*Per le medesime ragioni, l'applicazione delle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI in materia di modificazione unilaterale del tasso di interesse e di fideiussione omnibus non costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante (3).*

(*Omissis*). — 1. Con due ordinanze del 15 maggio 1996, pervenute in cancelleria il 21 giugno successivo, il Tribunale di Genova ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177, del Trattato CE, quattro questioni relative all'interpretazione degli artt. 85 e 86 dello stesso Trattato rispetto ad alcune norme bancarie uniformi (in prosieguo: le « nbu ») che l'associazione bancaria italiana (in prosieguo: l'« Abi ») impone ai propri membri in occasione della conclusione di contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente e alla fideiussione *omnibus*.

2. Tali questioni sono sorte nell'ambito di due controversie tra il signor Bagnasco e altri e la Banca popolare di Novara soc. coop. a.r.l. (in prosieguo: la « Bpn »), nel procedimento C-215/96, e il signor Bagnasco e altri e la Cassa di risparmio di Genova e

Imperia s.p.a. (in prosieguo: la « Carige »), nel procedimento C-216/96, in merito alla restituzione di crediti connessi da questi istituti bancari.

3. Gli attori nel procedimento *a quo*, il signor Bagnasco, quale debitore principale, ed i suoi fideiussori, debitori in solido, hanno proposto opposizione contro due decreti ingiuntivi del 1° giugno 1992, provvisoriamente esecutivi, con i quali il presidente del Tribunale di Genova aveva loro ingiunto, su ricorso della Bp e della Carige, di pagare in favore della Bpn la somma di lire 222.440.332. (*Omissis*).

4. Il decreto ingiuntivo era stato chiesto e ottenuto nei confronti degli attori, condebitori in solido, nel procedimento *a quo*, in virtù dell'avvallo dato sui vaglia cambiari insoluti e della fideiussione *omnibus*, sottoscritta sino a concorrenza di lire 300.000.000, (procedimento C-215/96) e di lire 195.000.000; (procedimento C-216/96).

5. Gli attori del procedimento *a quo* hanno chiesto al giudice nazionale di dichiarare l'invalidità e o l'inefficacia del decreto, ovvero, in via subordinata, di determinare l'importo effettivamente dovuto alle due banche. In particolare, essi eccepiscono l'incompatibilità con gli artt. 85 e 86 del Trattato delle nbu, sulle quali si basano le richieste dei convenuti nel procedimento *a quo*.

6. Secondo il Tribunale di Genova è pacifico che gli artt. 85 e 86 del Trattato conferiscono diritti in capo ai singoli, diritti che possono essere fatti valere dinanzi ai giudici nazionali. Del pari, le nbu, imposte dall'Abi alle banche associate e applicate « tali e quali » dalla totalità delle banche italiane nei loro rapporti con la clientela, costituirebbero un'intesa e, in particolare una decisione d'associazione di imprese ai sensi dell'art. 85 n. 1, del Trattato.

7. Il giudice *a quo* ritiene tuttavia che alcune clausole dei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente e alla fideiussione *omnibus* sollevino il problema della compatibilità con le disposizioni degli artt. 85 e 86 del Trattato.

8. Per quanto riguarda i contratti di apertura di credito in conto corrente, il giudice nazionale constata che i contratti conclusi dal signor Bagnasco con la Bpn prevedono, al punto 2, l'applicazione di tassi d'interesse annui nella misura del 17% e del 17,5%, oltre la provvigione dello 0,125% sul massimo scoperto per valuta per ogni trimestre solare o frazione.

9. Lo stesso punto 2 precisa, peraltro, che « i tassi d'interesse (...) possono essere aumentati o diminuiti, per effetto di intervenute variazioni nel mercato monetario ». Al punto 12 del contratto si precisa che « la banca ha facoltà di variare in qualsiasi momento i tassi d'interesse (...), mediante avviso da esporre nei locali dei suoi uffici o come altrimenti riterrà più opportuno ». Clausole simili, riprese dal contratto tipo predisposto dall'Abi, figurano ugualmente nel contratto concluso dal signor Bagnasco con la Carige.

10. Secondo il giudice *a quo*, solo la determinazione iniziale del tasso debitore corrisponde a una diretta negoziazione tra le parti, mentre la maggiorazione ulteriore del saggio d'interesse per effetto di variazioni intervenute nel mercato monetario non è

prevedibile o comunque difficilmente prevedibile da parte del cliente medio della banca. Sarebbe così rafforzato il potere della banca di decidere il momento in cui si effettuano le variazioni di questo tasso e le modalità della loro comunicazione alla clientela.

11. Per quanto riguarda la fideiussione *omnibus*, il Tribunale di Genova rileva che le clausole pertinenti contenute nel contratto tipo dell'Abi e nei contratti che costituiscono l'oggetto dei presenti procedimenti riguardano: — l'assunzione della garanzia « allo stesso tasso previsto per l'operazione garantita e in ogni caso in misura non inferiore a quella corrente bancaria », « per l'adempimento di qualsiasi obbligazione verso la banca, dipendente da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite al predetto nominativo (o a chi gli fosse subentrato) »; la fideiussione, garantisce inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso la banca in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate dallo stesso debitore a favore della banca nell'interesse dei terzi » (innescandosi in tal modo il meccanismo della « fideiussione di fideiussione », suscettibile di un'estensione soggettiva praticamente illimitata e incontrollabile); — al punto 5, l'obbligo per il fideiussore di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e in particolare di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con banca, la quale è dispensata dal chiedere al fideiussore la speciale autorizzazione prevista dall'art. 1956 c.c., che così recita: « il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito »; — al punto 6, la dispensa che il fideiussore dà alla banca dall'onere di agire entro i termini previsti dall'art. 1957, c.c., il quale stabilisce che: « il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuata ». Secondo lo stesso punto 6, il fideiussore resta obbligato in deroga a tale disposizione « anche se la banca non abbia proposto le sue istanze contro il debitore e gli eventuali coobbligati e non le abbia continuata », restando così obbligato solidalmente « fino alla totale estinzione del debito, senza limiti di tempo né di osservanza di condizioni »; — al punto 7, primo paragrafo, l'obbligo assunto dal fideiussore di pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso d'opposizione del debitore, quanto dovute per capitale, interessi, spese, imposte, tasse e ogni altro accessorio; — al punto 7, terzo paragrafo, la dichiarazione che « per la determinazione del debito garantito fanno prova in qualsiasi sede contro il fideiussore i suoi eredi, successori ed aventi causa, le risultanze delle scritture contabili della banca, la quale peraltro non è tenuta ad effettuare di propria iniziativa al fideiussore alcuna comunicazione in ordine alla situazione dei conti e in genere ai rapporti col debitore »; — al punto 7, quinto paragrafo, la deroga all'art. 1939 c.c., secondo il quale « la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace », con la conseguenza che « l'obbligazione mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia, per qualsiasi motivo, invalida, intendendo il fideiussore, per l'ipotesi di dichiarata nullità o annullamento dell'obbligazione principale, rendersi obbligato come se la stessa fosse stata da esso assunta in proprio ».

12. In relazione al compito di tali clausole, il giudice *a quo* ritiene che una decisione della Corte sia pertinente con riferimento alle somme che la Bpn e la Carige con-

siderano loro dovute in relazione ai contratti di conto corrente stipulati dal signor Bagnasco e alle garanzie fideiussorie rilasciate al riguardo dagli altri oppositori. Il giudice *a quo* ha quindi deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

1) se le normative bancarie uniformi dettate dall'Abi alle sue associate, relativamente al contratto per l'apertura di credito in conto corrente, in quanto dettate e applicate in modo uniforme e vincolante da parte delle banche associate nell'Abi, siano compatibili, nella parte in cui sottopongono l'apertura del credito a un regime di determinazione del tasso d'interesse non previamente determinato né determinabile dal cliente, con la norma di cui all'art. 85 del Trattato, in quanto idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, e aventi a oggetto e come effetto d'impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune;

2) quali effetti l'eventuale riconoscimento all'incompatibilità *sub* 1) può produrre sulle corrispondenti clausole dei contratti di apertura di credito in conto corrente, stipulati « a valle » delle banche associate posto che l'insieme delle banche associate nell'Abi possa venire considerato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 86 del Trattato, come detentore di una posizione dominante collettiva sul mercato nazionale del credito, di cui l'applicazione concreta della normativa in esame (relativamente alla determinazione del tasso d'interesse debitore) si configuri come sfruttamento abusivo;

3) se *nbu* dettate dall'Abi alle sue associate relativamente al contratto di fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito — in quanto dettate e applicate in modo uniforme e vincolato da parte delle banche associate — siano compatibili in relazione alle singole clausole di cui alla motivazione della presente ordinanza e nel loro complesso, con la norma di cui all'art. 85 del Trattato, in quanto idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, e aventi a oggetto e per effetto d'impedire, restringere, o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune;

4) quali effetti l'eventuale riconoscimento dell'incompatibilità *sub* 3) può produrre sulle corrispondenti clausole dei contratti di fideiussione *omnibus* e sui contratti stessi stipulati « a valle » dalle singole banche associate posto che l'insieme delle banche associate nell'Abi possa essere considerato, ai sensi e per l'effetto dell'art. 86 del Trattato, come detentore di una posizione dominante collettiva sul mercato nazionale del credito, di cui l'applicazione concreta della normativa in esame si configuri come sfruttamento abusivo ».

13. Occorre innanzitutto precisare che, successivamente alla stipula dei contratti in discussione di fronte al giudice *a quo*, la disciplina applicabile agli istituti di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione *omnibus* è stata modificata. La legge n. 154 del 1992, ha infatti riformato l'istituto della fideiussione *omnibus* introducendo l'obbligo di predeterminare l'importo massimo garantito.

14. Inoltre, l'Abi ha deciso di notificare, in data 22 febbraio 1993, le proprie *nbu* alla Commissione perché venissero esaminate alla luce dell'art. 85 del Trattato. Gli stessi documenti sono stati notificati alla Banca d'Italia, in qualità d'autorità nazionale competente all'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato nel settore creditizio.

15. Con lettera 7 luglio 1993, la Commissione ha comunicato alla Banca d'Italia di aver deciso d'esaminare solo tre dei ventisei accordi notificatili. Senza prendere po-

sizione sulla questione di un'eventuale restrizione della concorrenza, la Commissione ha comunicato che la maggior parte degli accordi, fra cui quelli relativi all'apertura di credito in conto corrente e alla fideiussione *omnibus*, non sembravano in grado di pregiudicare, totalmente o in modo sensibile, il commercio fra gli Stati membri. In tal senso essa ha precisato che, da un lato, i servizi bancari in questione si limitano al territorio nazionale e concernono delle attività economiche che per disposizione contrattuale o per loro stessa natura non possono esercitarsi che sul territorio italiano oppure hanno un'influenza molto ridotta sul commercio fra gli Stati membri e che, dall'altro, la partecipazione a questi accordi delle filiali o succursali d'istituzioni finanziarie non italiane è limitata. Pertanto essa ha dichiarato di non voler procedere a ulteriori attività istruttorie relative a tali accordi, ritenendo loro inapplicabile l'art. 85 del Trattato.

16. I soli accordi che invece la Commissione ha ritenuto di propria competenza riguardano le norme sul conto corrente di corrispondenza utilizzabile in valuta, le norme sul conto corrente di corrispondenza aperto in valuta estera, le norme che regolano i servizi di incasso o di accettazione degli effetti, documenti o assegni sull'Italia e sull'estero.

17. Il 23 novembre 1993, la Banca d'Italia ha avviato una procedura ai sensi della legge n. 287 del 1990, il cui art. 2, par. 2, riproduce il disposto dell'art. 85, n. 1, del Trattato, per l'esame dei ventitre accordi esclusi dall'inchiesta della commissione. La procedura si è chiusa con il provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994, (*bollettino* dell'autorità garante della concorrenza e del mercato del 19 dicembre 1994, anno IV, n. 48, p. 75) nel quale la Banca d'Italia ha dichiarato lesive della concorrenza le *nbu* relative sia alle fideiussioni a garanzia di apertura di credito sia all'apertura di credito utilizzabile in conto corrente. Con tale provvedimento l'Abi è stata invitata a modificare gli accordi e a comunicare tali modifiche ai suoi membri. L'Abi è stata altresì invitata a precisare che le dette *nbu* costituiscono una mera traccia, priva di valore vincolante o di raccomandazione, e che, quindi, ogni associato ha la facoltà di avvalersene o meno, nonché d'apportare tutte le modifiche ritenute opportune.

18. A seguito di tale decisione l'Abi ha modificato le *nbu* nel senso richiesto dalla Banca d'Italia. Tali modifiche tuttavia non hanno avuto alcun effetto retroattivo sui contratti già conclusi.

#### *Sulla ricevibilità dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale.*

19. La B.p.n. osserva anzitutto che le questioni sottoposte alla Corte sono irrilevanti per la decisione della controversia principale. A suo avviso, emerge dalla documentazione contrattuale e dal decreto ingiuntivo che, per quanto riguarda i contratti d'apertura di credito, le clausole e quindi le misure imposte dall'Abi non sono riferite a tassi di interesse variabili o influenzabili da situazioni di mercato, bensì a tassi pattuiti in misura fissa *a priori* e che, per quanto riguarda la fideiussione, si è in presenza di un contratto nel quale non assume rilevanza una qualsivoglia clausola che possa determinare un'ipotesi di violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

20. Secondo una giurisprudenza costante della Corte, spetta ai soli giudici nazionali aditi, che debbono assumere la responsabilità della decisione giudiziaria, valutare,

tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere posti in grado di statuire nel merito, sia la pertinenza delle questioni sottoposte alla Corte (v. sentenze 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Spano e a.*, *Racc.*, p. I-4321, punto 15; *Foro it.*, 1996, IV c. 205; 10 luglio 1997, causa C-373/95, *Maso e a.*, *Racc.*, p. I-4051, punto 26; *Foro it.*, 1998, IV, c. 213). Il rigetto di una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione o l'esame della validità di una norma comunitaria, chiesti dal detto giudice, non hanno alcuna relazione con l'effettività o l'oggetto della causa principale (v., in particolare, sentenze *Spano e a.*, cit., punto 15, e 15 dicembre 1995, causa 415/93, *Bosman*, *Racc.*, p. I-4921, punto 61; *Foro it.*, 1996, IV, 1).

21. Nella fattispecie, basta constatare che i contratti conclusi tra le parti della causa *a qua* contengono clausole riferentesi alle nbu, in merito alle quali il giudice nazionale ha ritenuto necessario domandare alla Corte elementi di interpretazione rientranti nell'ambito del diritto comunitario, al fine di valutare la loro compatibilità con gli artt. 85 e 86 del Trattato.

22. Ciò considerato, le obiezioni sollevate dalla Bpn in merito alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali non possono essere accolte; alle dette questioni va pertanto fornita una soluzione.

#### *Sulla prima questione.*

23. Con la prima questione il giudice nazionale domanda, in sostanza, se le nbu, permettendo alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in ogni momento il tasso d'interesse a seconda delle variazioni intervenute sul mercato monetario mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure nel modo che esse ritengano più opportuno, abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza o possano pregiudicare il commercio tra Stati membri nel senso dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

24. Gli attori nel procedimento *a quo* sostengono che esistono in Italia un cartello per la fissazione dei tassi d'interesse praticati dalle banche nei confronti dei loro debitori nonché accordi e o intese aventi ad oggetto le condizioni generali di contratto, elaborate in sede Abi mediante le nbu, che le banche inseriscono sistematicamente nei contratti *standard* sottoposti alla clientela. In forza di tali clausole la posizione del debitore principale e del fideiussore (di qualunque nazionalità) che abbiano debiti nei confronti di una banca italiana è peggiore rispetto a quella di qualunque altro debitore e o fideiussore che negozi con una banca di un altro Stato membro.

25. Neppure il tasso iniziale è frutto di una libera negoziazione tra le parti in quanto, essendo le banche aderenti all'Abi tenute a rispettare le decisioni del cartello, il cliente non troverà variazioni significative nei tassi praticati tra i vari istituti di credito.

26. Secondo gli attori del procedimento *a quo* le banche avrebbero inoltre la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni. L'unica tutela per il cliente sarebbe costituita dal recesso. Tale possibilità sarebbe però del tutto teorica, in quanto il cliente ben difficilmente troverà, proprio per l'esistenza del cartello,

aziende di credito che applichino tassi d'interesse diversi. Il cliente che si trovi a dover ricorrere all'apertura di credito in conto corrente sarebbe quindi in posizione di assoluta soggezione nei confronti delle banche aderenti all'Abi.

27. La Bpn sostiene che l'ipotesi di dipendenza e di vincolo dei suoi contratti da imposizioni dell'Abi, vale a dire la situazione descritta nell'ordinanza di rinvio, è del tutto inesistente ed inconcepibile. Inoltre, l'analisi del mercato rilevante — merceologico e geografico — mostra come l'attività bancaria non lasci spazio ad ampi margini di « politica » bancaria uniforme, idonea ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

28. La Carige osserva che il regime del tasso d'interesse non pienamente determinato né determinabile non è incompatibile con l'art. 85 del Trattato, in quanto esso non è frutto d'accordi tra imprese atti a pregiudicare in maniera rilevante la concorrenza sul mercato delle prestazioni relative ai trasferimenti di capitali.

29. Il governo italiano osserva che, con nota 22 febbraio 1993, l'Abi ha notificato alla Commissione le circolari inviate ai propri membri contenenti le nbu, chiedendone l'esame alla luce dell'art. 85 del Trattato. La stessa documentazione è stata inviata anche alla Banca d'Italia, in qualità di autorità nazionale competente per l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato nel settore creditizio.

30. Il governo italiano sottolinea che i soli accordi che la commissione ha ritenuto di propria competenza riguardavano le norme sul conto corrente di corrispondenza utilizzabile in valuta, le norme sul conto corrente di corrispondenza aperto in valuta estera e le norme che regolano i servizi d'incasso o di accettazione degli effetti, documenti o assegni sull'Italia o sull'estero. Tali accordi non interesserebbero la presente causa.

31. Secondo la Commissione, se non è escluso che le clausole in esame abbiano effetti restrittivi sulla concorrenza portando una limitazione della libertà contrattuale delle banche associate dell'Abi, le stesse clausole non sono tuttavia incompatibili con l'art. 85 del Trattato, in assenza di un pregiudizio sensibile del commercio tra Stati membri.

32. Si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 85 n. 1, del Trattato, sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

33. In base alla giurisprudenza costante della Corte, per stabilire se un accordo debba considerarsi vietato in ragione delle alterazioni del gioco della concorrenza che ne conseguono, occorre considerare come la concorrenza si svolgerebbe in mancanza dell'accordo stesso (v. sentenze 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, *Deere/Commissione*, *Racc.*, p. I-3111, punto 76, e causa C-8/95 P, *New Holland Ford/Commissione*, *Racc.*, p. II, 11-3175, punto 90).

34. Orbene, se l'art. 85, n. 1, del Trattato non limita siffatta valutazione ai soli effetti attuali, ma quest'ultima deve anche tener conto degli effetti potenziali dell'accordo sulla concorrenza nel mereato comune, un accordo non ricade sotto il divieto dell'art. 85 qualora esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante (sentenze citate *Deere/Commissione*, punto 77, e *New Holland Ford/Commissione*, punto 91).

35. A questo proposito, occorre constatare che l'apertura di credito in conto corrente costituisce un'operazione bancaria che, per sua natura, è legata alla facoltà della banca di modificare il tasso d'interesse convenuto in funzione di elementi di riferimento quali, in particolare, le condizioni di rifinanziamento del credito da parte delle banche. Se questa facoltà implica per il cliente della banca il rischio di un aumento degli interessi in corso di contratto, essa gli offre ugualmente la possibilità di una diminuzione degli stessi.

Poiché, come avviene nel caso di specie, le variazioni del tasso d'interesse dipendono da elementi oggettivi, quali sono i cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, un'intesa che esclude la facoltà di stabilire un tasso d'interesse fisso non può avere un'influenza restrittiva sensibile sul gioco della concorrenza.

36. Per quanto riguarda la clausola per la quale le banche comunicano le modificazioni del tasso d'interesse mediante l'affissione nei loro locali oppure nel modo che esse considerano più opportuno, basta constatare che tale clausola non vieta alle banche di prevedere forme di comunicazione più idonee con i loro clienti.

37. Si deve quindi risolvere la prima questione nel senso che le nbu, permettendo alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in qualsiasi momento il tasso d'interesse in ragione di cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure nelle modalità che esse ritengano più opportune, non hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

#### *Sulla terza questione.*

38. Con la terza questione il giudice nazionale domanda, in sostanza, se le nbu relative alla fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente, come descritte al punto 11 della presente sentenza, abbiano, nel loro complesso, per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza o possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

39. Gli attori nel procedimento *a quo* rilevano che il fideiussore di una banca operante in Italia è tenuto, secondo la giurisprudenza italiana, a pagare tutte le somme richieste dalla banca con riferimento alle operazioni bancarie da essa realizzate a favore del debitore principale, siano queste tipiche, accessorie od occasionali, in corso o da intraprendere, nonostante le suddette operazioni, a causa del potere discrezionale della banca, possano comportare un aumento imprevedibile, nel corso dell'esecuzione del rapporto bancario, dell'esposizione complessiva del cliente nei confronti della banca.

40. A sostegno di tale argomento gli attori della causa *a qua* richiamano il punto 7, par. 5, del contratto di fideiussione, secondo il quale l'obbligazione mantiene tutti i

suoi effetti anche se l'obbligazione principale è, per qualsiasi motivo, invalida, intendendosi il fideiussore, per l'ipotesi di dichiarata nullità o annullamento dell'obbligazione principale, obbligato come se la stessa fosse stata da esso assunta in proprio.

41. La Carige osserva, per contro, che le nbu dettate dall'Abi relativamente al contratto di fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito sono compatibili con l'art. 85 del Trattato dal momento che non sono atte a pregiudicare in misura rilevante la concorrenza sul mercato a causa della natura del servizio.

42. La Commissione rileva che, allo stato attuale delle sue conoscenze circa i flussi a carattere transfrontaliero di domanda ed offerta dei servizi bancari di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione *omnibus*, i servizi in questione non sembrano rivestire un'importanza determinante per l'entrata sul mercato finanziario italiano di banche provenienti da altri Stati membri. Riferendosi all'argomentazione svolta nella sua lettera 7 luglio 1993, la Commissione sostiene che le nbu disciplinanti i due contratti della controversia *a qua* non soddisfano una delle condizioni necessarie all'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, ovvero l'essere idonee a pregiudicare in modo sensibile il commercio tra Stati membri.

43. Si deve ricordare, in via preliminare, che la fideiussione costituisce una forma classica di garanzia mediante la quale può garantirsi, in particolare, il saldo debitore di un conto corrente. Nel diritto italiano, la fideiussione è oggetto di disciplina specifica nel codice civile, che può essere derogata a determinate condizioni.

44. Stabilendo « norme relative alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie », in deroga alla disciplina del codice civile, le nbu mirano a garantire il credito delle banche nel modo più efficace possibile.

45. In compenso, poiché queste norme, secondo la constatazione del giudice nazionale, sono obbligatorie per i membri dell'Abi, esse limitano la libertà contrattuale delle banche impedendo loro di offrire ai propri clienti, che domandano un'apertura di credito, condizioni più favorevoli per il contratto di fideiussione connesso. Tuttavia, quest'ultimo è di natura accessoria rispetto al contratto principale, di cui nella maggior parte dei casi costituisce in pratica un presupposto (v. sentenza 17 marzo 1998, causa C-45/96, *Dietzinger, Racc.*, p. I-1199, punto 18; *Foro it.*, 1998, IV, c. 129).

46. Ciò considerato, piuttosto che esaminare immediatamente se questa limitazione della libertà contrattuale comporti effetti sensibili sulla concorrenza, occorre in primo luogo analizzare quali siano gli effetti eventuali sul commercio tra Stati membri di clausole come quelle contenute nei contratti di fideiussione *omnibus* controversi nella causa *a qua*.

47. A questo proposito, risulta da una giurisprudenza costante che un accordo tra imprese, per poter pregiudicare il commercio fra Stati membri, deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati (v. sentenza 11 luglio

1985, causa 42/84, *Remia e a./Commissione*, Racc., p. 2545, punto 22). Dunque, il pregiudizio per gli scambi intracomunitari deriva in generale dalla combinazione di diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti (v. sentenza 15 dicembre 1994, causa C-250/92, *Dlg*, Racc., p. I-5641, punto 54; *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Unione Europea*, nn. 733, 769).

48. Sempre secondo costante giurisprudenza, l'art. 85 n. 1, del Trattato non prescrive che venga dimostrato che gli accordi da esso considerati abbiano pregiudicato in misura rilevante gli scambi intracomunitari, ma richiede che si provi che gli accordi sono atti a produrre questo effetto (v. sentenza 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, *Ferriere Nord/Commissione*, Racc., p. I-4411, punto 19).

49. Nel caso di specie, in merito agli effetti della disciplina della fideiussione *omnibus* sugli scambi intracomunitari, si può immaginare che le filiali o succursali di banche di altri Stati membri, che hanno una sede in Italia, si vedano obbligate, per fruire dei vantaggi dell'appartenenza all'Abi, ad applicare le nbu, rinunciando così ad applicare condizioni più favorevoli. Del pari, tenuto conto del fatto che la grande maggioranza delle banche italiane è associata all'Abi, i clienti che desiderino concludere un contratto d'apertura di credito in conto corrente potrebbero vedere ridotte le loro possibilità di scelta di una banca, poiché la conclusione di un tale contratto dipende dalla costituzione di una fideiussione secondo le dette nbu, alle quali, per l'essenziale non può derogarsi.

50. È ben vero che, in via di principio, stabilire se le condizioni d'applicazione dell'art. 85, n. 1 del Trattato ricorrano o meno è questione che dipende da analisi economiche complesse, che spetta al giudice nazionale intraprendere applicando, se del caso, i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte. Tuttavia, in determinate situazioni, e alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte, tale analisi non appare necessaria (v. sentenza *Dlg*, cit., punto 55). È questo il caso nella specie.

51. A questo proposito occorre tenere conto del fatto che la Commissione, adita dall'Abi circa la questione della compatibilità delle clausole relative alla fideiussione *omnibus* con l'art. 85 del Trattato, ha constatato che il servizio bancario in questione riguarda attività economiche che hanno un'influenza assai ridotta sugli scambi tra Stati membri e che la partecipazione di filiali o succursali di istituti di credito non italiani è limitata (v. punto 15 della presente sentenza). Inoltre, la Commissione ha precisato, in risposta a una questione della Corte, che la possibile utilizzazione dei contratti d'apertura di credito e di fideiussione *omnibus* da parte dei clienti privilegiati delle banche estere, ovvero sia le grandi imprese sia gli operatori stranieri, non è molto importante e, comunque, non determinante ai fini della scelta da parte delle banche straniere di stabilirsi o meno in Italia, in quanto i contratti di cui si tratta nella causa *a qua* sono raramente utilizzati da questo tipo di clientela. Queste constatazioni della Commissione non sono state contestate nell'ambito del presente procedimento.

52. Non vi è nessun altro elemento agli atti che consenta, peraltro, di considerare, con un grado di probabilità sufficiente, che la reticenza dei clienti che desiderano concludere un contratto d'apertura di credito in conto corrente a scegliere una banca, a cau-

sa dell'esistenza delle nbu relative alla fideiussione *omnibus*, possa comportare un effetto sensibile sul commercio intracomunitario.

53. Occorre quindi risolvere la terza questione nel senso che le nbu relative alla fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente che derogano alla disciplina comune della fideiussione, come quelle in esame nella causa *a qua*, non sono atte, nel loro complesso, a pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

#### *Sulla seconda e quarta questione.*

54. Con la seconda e quarta questione il giudice *a quo* domanda, in primo luogo, se l'applicazione delle nbu costituisca, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante collettiva da parte delle banche associate all'Abi. Egli domanda poi quali effetti potrebbe avere un'eventuale incompatibilità delle dette nbu con gli artt. 85 e 86 del Trattato sulle clausole corrispondenti dei contratti conclusi dalle banche con i loro clienti.

55. La Bpn sostiene che le clausole in questione non esprimono una posizione dominante, giacché l'autolimitazione evidenziata dal limite debitorio e dalle pattuizioni che attribuiscono specifici diritti di recesso, d'informativa, ecc., al fideiussore sono in pieno contrasto con l'ipotesi di un'attuazione, attraverso clausole di contenuto uniforme o « di cartello », di una volontà contrattuale limitativa o lesiva della libera concorrenza, proveniente da soggetti estranei al diretto rapporto contrattuale, di specie.

56. La Commissione sottolinea anzitutto, richiamandosi alla giurisprudenza *Dip e a.*, della Corte (sentenza 17 ottobre 1995, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Racc., p. I-32587, punti 26 e 27; *Foro it.*, Rep. 1996, voce cit., n. 897) che il solo fatto che l'Abi raccolga la quasi totalità delle banche italiane non sembra sufficiente a concludere che essa comporti la detenzione, da parte dei suoi membri nel loro insieme, di una posizione dominante collettiva.

57. A suo parere, non sembra neppure potersi affermare che, nel caso in cui si dovesse ammettere l'esistenza di una posizione dominante collettiva in capo all'insieme delle banche aderenti all'Abi, i comportamenti descritti dal giudice *a quo* costituiscano un abuso di tale posizione.

58. A questo proposito si deve richiamare che, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole, al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese in una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

59. Senza che sia necessario esaminare se le banche associate in seno all'Abi occupino una posizione dominante collettiva nel senso dell'art. 86 del Trattato, è sufficiente constatare che, come risulta dall'esame della prima questione, poiché la modifica del tasso d'interesse di un credito in conto corrente dipende da elementi obiettivi, quali i cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, tale comportamento non può, in ogni

caso, costituire sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel senso dell'art. 86 del Trattato.

60. Riguardo alle nbu relative alla fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente, risulta dall'esame della terza questione che, nel loro insieme, la loro applicazione non è idonea ad arrecare un pregiudizio sensibile agli scambi intracomunitari.

61. Cio considerato, occorre risolvere la seconda e la quarta questione nel senso che l'applicazione delle dette nbu non costituisce sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel senso dell'art. 86 del Trattato.

62. Tenuto conto delle soluzioni apportate alle questioni precedenti, non occorre risolvere la questione relativa agli effetti che un'eventuale incompatibilità delle dette nbu con gli art. 85 e 86 del Trattato, potrebbe avere sulle clausole corrispondenti dei contratti conclusi dalle banche con i loro clienti.

Per questi motivi, la Corte (sesta sezione), pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Tribunale di Genova con ordinanza 15 maggio 1996, dichiara:

1) norme bancarie uniformi che permettono alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in qualsiasi momento il tasso d'interesse in ragione di cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure con le modalità che esse ritengano più opportune, non hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato Ce;

2) norme bancarie uniformi relative alla fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente che derogano alla disciplina comune della fideiussione, come quelle in esame nella causa *a qua*, non sono atte, nel loro complesso, a pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato;

3) l'applicazione delle dette norme bancarie uniformi non costituisce sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel senso dell'art. 86 del Trattato Ce.

### (1-3) Fideiussione *omnibus* e *ius variandi* al vaglio dell'*antitrust* comunitario.

1. La sesta Sezione della Corte di Giustizia si è dunque pronunciata (1) sulle questioni pregiudiziali che le erano state sottoposte dal Tribunale di Genova, con ordinanza 21 maggio 1996 (2). La decisione segue un *iter* argomentativo e perviene ad un

(1) La sentenza è pubblicata anche in *Foro it.*, 1999 IV, c. 41 con nota di richiami e *ivi*, 1999, IV, c. 130 con nota di BASTIANON, *La fideiussione omnibus, il diritto antitrust e l'araba fenice*, nonché in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 477, con nota di PERASSI, *Norme bancarie uniformi e scelte comparative della clientela. Primi orientamenti della Corte di Giustizia*.

(2) Bagnasco c. Carige, in questa *Rivista*, 1997, II, p. 93 con nota di SARTI, *Osservazioni su norme bancarie uniformi, diritto antitrust e clausole di modifica unilaterale del rapporto*, nonché Bagnasco c. Banca Popolare di Novara, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 167, con nota di BERTOLOTTI, *Le norme bancarie uniformi e le regole antitrust: una questione ancora aperta*. Il Tribunale di Genova effettuò un ulteriore rimessione con ord. 28 dicembre 1996, Ieropoli c. Banca Carige, ricordata anche da Perassi, *Norme bancarie uniformi e scelte comparative della clientela. Primi orientamenti della Corte di Giustizia*, cit., p. 483.

risultato che erano parsi entrambi prevedibili già all'indomani della rimessione (3); non altrettanto prevedibili erano invece le conclusioni difformi dell'Avvocato Generale Damasio Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 15 gennaio 1998, sicché esse meritano senz'altro di essere considerate insieme alla sentenza. Per quanto la decisione si occupi di due distinti profili delle norme bancarie uniformi (nel seguito « n.u.b. ») rispettivamente inerenti al contratto di apertura di credito in conto corrente e al contratto di fideiussione *omnibus*, il nucleo argomentativo di diritto *antitrust* è comune, e da esso conviene prendere le mosse.

2. La questione sottoposta alla Corte non costituiva certo un inedito dal punto di vista *antitrust*. Sul tema della legittimità *antitrust* delle clausole di standardizzazione dei contratti bancari, come è noto, avevano già avuto modo di pronunciarsi — dopo che la Corte con la sentenza « Zuchner » (4) aveva affermato l'applicabilità della normativa anche alle banche (ad eccezione che per le attività svolte in forza di un atto della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 90, n. 2, Trattato) — sia la Commissione CE sia, relativamente alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, la Banca d'Italia (5). E non a caso: l'esistenza di una struttura talora oligopolistica del mercato rilevante, almeno a livello di *retail banking*, e soprattutto la presenza d'organismi rappresentativi idonei a funzionare come efficaci luoghi di uniformazione dei comportamenti e di scambio d'informazioni hanno reso senz'altro indispensabile affiancare ai controlli preventivi sulla struttura di mercato controlli successivi capaci di passare al vaglio i comportamenti. Di questo stesso imperativo sono testimonianza, di recente, tanto la procedura aperta sia dalla Commissione (6) sia dalla Banca d'Italia (7) con riguardo al gruppo c.d. « Amici della Banca » quanto i più recenti provvedimenti della Banca d'Italia « Pagobancomat » e « ABI/commissioni su cambio » (8).

3. I dubbi di compatibilità con gli artt. 85 e 86 del Trattato riguardavano, per il Tribunale remittente: a) relativamente al contratto di apertura di credito, la facoltà spettante alla banca di « variare in qualsiasi momento i tassi d'interesse mediante avviso da esporre nei locali dei suoi uffici o come altrimenti riterrà più opportuno », in modo da tener conto d'« intervenute variazioni nel mercato monetario »; b) relativamente alla fideiussione *omnibus*, diverse previsioni, idonee secondo il Tribunale a determinare uno squilibrio del rapporto contrattuale. Tra esse (I) gli impegni di « fideiussione della fideiussione » (la fideiussione garantisce qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso la banca in relazione a garanzie già prestate dallo stesso debitore a favore della banca nell'interesse di terzi); (II) la dispensa alla banca dalla speciale autorizzazione *ex art.* 1956 c.c. (9); (III) la dispensa alla banca dall'onere d'agire nei termini di cui all'art. 1957 c.c.; (IV) l'impegno di pagare « a prima richiesta »; (V) la dichiarazione « che per la determinazione del debito garan-

(3) V., infatti, SARTI, *ibidem*.

(4) Sentenza del 14 luglio 1981, c. 172 del 1980, in *Raccolta*, 1980, 2010.

(5) Per tutti i rinvii, v. SARTI, *ibidem*. Per una interessante (valutazione) comparativa, alla luce dell'analisi economica, dei provvedimenti dell'Autorità garante e della Banca d'Italia v. GRILLO e POLO, *La standardizzazione dei contratti bancari*, in *Concorrenza e mercato*, 1997, p. 293 ss.

(6) Commissione, IV/E-1/37391.

(7) Provv. 48/A del 19 aprile 1999 (in dirittura di chiusura al momento in cui vengono consegnate le bozze del presente scritto). Esprime la stessa esigenza, seppur con riguardo ad un segmento particolare del mercato (in cui la connotazione mutualistica o per meglio dire — per usare la parola della Banca d'Italia — la « sovrapposizione tra compagine sociale e clientela » sembra « in grado di attenuare sotto vari versi l'attuale lesività concorrenziale dell'intesa »), il provv. n. 25 dell'8 marzo 1999, in *Bollettino*, 1999, n. 12, p. 137.

(8) Provv. 23 dell'8 ottobre 1998, in *Bollettino*, 1998, n. 42, p. 45 e provv. 40/A del 26 gennaio 1999, *ivi*, 1999, n. 3, conclusosi con il provv. 29 del 25 novembre 1999.

(9) Fattispecie come noto regolata ora dalla legge n. 154 del 1992, nel senso che non è valida la preventiva rinuncia del fedelussore ad avvalersi della liberazione.



tito fanno prova in qualsiasi sede contro il fideiussore... le risultanze delle scritture contabili della banca » (VI) la deroga all'art. 1939 c.c., in forza della quale l'impegno fideiussorio « mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia, per qualsiasi motivo, invalida ».

4. L'Avvocato Generale Damaso Ruiz Jarabo Colomer, nelle sue conclusioni presentate il 15 gennaio 1998, ha ritenuto le n.u.b. in questione in contrasto con l'art. 85 del Trattato.

L'Avvocato Generale ha infatti argomentato, in punto di restrizione della concorrenza, che le clausole controverse, pur non avendo come « scopo di restringere la concorrenza, producono un evidente effetto restrittivo della stessa ». Ciò in quanto, in tema di apertura di credito, esse « precludono ad una banca la possibilità di proporre alla sua clientela condizioni più vantaggiose, quali tassi fissi di interesse oppure tassi variabili ma con l'obbligo di previa comunicazione al cliente delle modifiche » mentre, per quanto riguarda il contratto di fideiussione, esse « precludono alle banche d'offrire ai clienti che richiedono un servizio d'apertura di credito condizioni più favorevoli per la conclusione del contratto connesso di fideiussione *omnibus* ». L'effetto restrittivo (che si traduce in una limitazione della facoltà per le banche aderenti all'ABI di « decidere le condizioni che esse intendono riservare ai propri clienti in funzione della loro situazione interna di redditività, della loro specializzazione e della loro politica commerciale »), a giudizio dell'Avvocato Generale, è enfatizzato dalla circostanza: a) che la stragrande maggioranza delle banche italiane aderisce all'ABI; b) che le « condizioni delle n.u.b. relative alla determinazione del tasso di interesse sono una componente del prezzo finale che il cliente paga alla banca per il servizio di apertura di credito e costituiscono pertanto un elemento fondamentale della concorrenza che incide in pieno sui rapporti tra istituti bancari e clientela. La stessa riflessione — prosegue l'Avvocato Generale — s'impone peraltro anche riguardo alle condizioni del contratto di fideiussione *omnibus* che riguarda il rapporto tra la banca e il cliente anche se non sono direttamente correlate al prezzo del servizio di apertura di credito »; c) che vi è un « margine ridotto di manovra per le banche al momento di contrattare il tasso d'interesse e le altre condizioni dell'apertura di credito con il cliente, essendo esso determinato in gran parte dal livello d'interessi esistente nei mercati di capitali ».

Sotto il profilo del pregiudizio al commercio tra Stati membri, l'Avvocato Generale ha ricordato come non sia « necessaria la prova dell'effettiva restrizione del commercio tra Stati membri, bastando dimostrare l'esistenza di una probabilità sufficiente che l'accordo incida all'epoca della controversia o in futuro sul commercio tra gli Stati membri » (10) e come una consolidata giurisprudenza sia propensa a ritenere che pratiche restrittive della concorrenza che abbracciano l'intero territorio di uno Stato membro si debbano presumere in pregiudizio degli scambi intracomunitari « perché, per loro natura, hanno l'effetto di rafforzare le compartimentazioni nazionali » (11). Sulla base di queste premesse, andando di diverso avviso rispetto alla Commissione (la quale — confermando la propria consolidata prassi (12) — anche in questo caso ha ritenuto che l'art. 85 del Trattato potesse dirsi applicabile solo qualora i servizi bancari abbiano carattere transfrontaliero o la prestazione del servizio costituisca elemento determinante per l'ingresso di banche provenienti da altri Stati membri), l'Avvocato Generale ha ritenuto — seppur con argomentare che non appare, francamente, del tutto nitido ed efficace — che detta « sufficiente probabilità » di pregiudizio ricorra perché: a) i contratti di apertura di credito e di fideiussione « possono avere carattere transfrontaliero », special-

(10) V. infatti, Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, causa C-219/95, « Ferriere Nord c. Commissione », in *Raccolta*, 1995, I-4411.

(11) Sulle condizioni in presenza delle quali può ritenersi vinta la suddetta presunzione, v. Corte di Giustizia, 26 novembre 1975, causa 73/74, « Papiers peints c. Commissione », in *Raccolta*, 1975, 1491, al punto 27.

(12) Sulla quale ad es. Commissione, decisione 24 giugno 1996, « banque Nationale de Paris/Dresdener bank », in *Guce* I. 188/37 del 27 luglio 1996.

mente quando — come nell'attuale fase economica — la « globalizzazione delle attività bancarie, l'utilizzazione delle nuove tecnologie nella prestazione dei servizi finanziari e l'attuazione del mercato unico bancario facilitano la realizzazione di operazioni transfrontaliere »; b) le n.u.b., essendo « applicate dalla quasi totalità delle banche esistenti in Italia provocano una compartimentazione del mercato italiano » (effetto questo per così dire rinforzato dalla circostanza che « molti istituti bancari italiani, pur essendo consociate o succursali di banche di altri Stati membri, sono forzati ad applicare le n.u.b. per via dei vantaggi insiti nell'appartenenza all'ABI »).

L'Avvocato Generale ha invece escluso, conformemente all'avviso manifestato dalla Commissione, che nella specie potesse configurarsi una (concorrente) violazione dell'art. 86 del Trattato, rilevando come, a stregua della pregressa giurisprudenza della Corte, per accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva occorre che le imprese interessate siano sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato (13) e, nella specie, « l'appartenenza all'ABI non crea tra i vari istituti bancari vincoli economici così stretti da far adottare loro una strategia commerciale comune ».

Circa la questione degli effetti che la nullità delle n.u.b. avrebbe potuto determinare sui contratti « a valle », conclusi cioè dalle banche con i clienti sulla base delle dette n.u.b., l'Avvocato Generale, conformemente anche qui all'avviso manifestato dalla Commissione, ha ritenuto che « le conseguenze della nullità di una decisione d'associazione d'impresa sui contratti conclusi in applicazione di detta decisione devono determinarsi alla luce delle norme dell'ordinamento interno che si riferiscono ai vizi del consenso e alla liceità dell'oggetto o della causa dei contratti ». « Il giudice nazionale — prosegue l'Avvocato Generale — non è obbligato a desumere automaticamente dalla nullità degli elementi della decisione di associazione d'impresa considerati nulli ai sensi dell'art. 85 del Trattato la nullità dei singoli contratti conclusi in applicazione della detta decisione giacché è possibile che altre sanzioni previste dall'ordinamento interno sui contratti, come l'annullabilità, l'impossibilità di opporre alcune loro clausole, il risarcimento del danno, o la ripetizione dell'indebitato siano più adeguate per risolvere il caso concreto ». Ciò peraltro con una precisazione: che cioè, in base ai principi fissati dalla Corte in tema di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei singoli stabilita dalle norme comunitarie (14) « le conseguenze per la violazione dell'art. 85 del Trattato devono essere analoghe a quelle che si produrrebbero in caso di violazione della norma equivalente al detto articolo, contenuta nella legge n. 287 del 1990 ».

5. La Corte, con la sentenza in commento, ha innanzitutto negato il carattere restrittivo della n.u.b. che prevede la facoltà della banca di modificare unilateralmente il tasso d'interesse convenuto: essa ha rilevato come « l'apertura di credito in conto corrente costituisca un'operazione bancaria che per sua natura è legata a questa facoltà della banca, che viene esercitata in funzione di elementi di riferimento quali, in particolare, le condizioni di rifinanziamento del credito da parte delle banche ». La Corte ha così evidenziato che « se questa facoltà implica per il cliente della banca il rischio di un aumento degli interessi in corso di contratto, essa gli offre ugualmente la possibilità di una diminuzione degli stessi ». Per la Corte, insomma, « poiché, come avviene nel caso di specie, le variazioni del tasso d'interesse dipendono da elementi oggettivi, quali sono i cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, un'intesa che esclude la facoltà di stabilire un tasso di interesse fisso non può avere un'influenza restrittiva sensibile sul gioco della concorrenza ». Diversa la risposta al quesito in materia di fideiussione: qui infatti la Corte, seguendo l'impostazione della Commissione ha ritenuto di dover arrestare la propria indagine *in limine*, giudicando assente il pregiudizio, anche solo potenziale,

(13) V. infatti Corte di Giustizia, 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo, in *Raccolta*, I-1477, punto 42; sentenza 17 ottobre 1995, in cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, DIP, in *Raccolta*, I-3257, punto 26.

(14) V. da ultimo Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, causa C-90/94, Haar Petroleum e a, in *Raccolta*, I-4085, punto 46.

allo scambio intracomunitario. Nessun riferimento vi è dunque alla potenziale restrittività concorrenziale delle n.u.b. denunciate. Le residue (pur importanti) questioni sono state quindi giudicate assorbite.

6. La sentenza, come si vede, mentre « chiude » definitivamente la questione sulla legittimità *antitrust* del(lo) *ius variandi*, altrettanto non fa riguardo al contenuto della fideiussione *omnibus*. La Corte deve, evidentemente, aver ritenuto più insidiosa la seconda questione, atteso che nella sua deliberazione ha nei fatti invertito il processo valutativo seguito con riguardo al primo quesito. Mentre infatti con riguardo al (lo) *ius variandi*, i giudici comunitari hanno direttamente affrontato la questione del carattere restrittivo o meno della previsione, ritenendo poi assorbita la questione del pregiudizio all'interscambio comunitario, con riguardo alla fideiussione essi hanno anticipato il giudizio sul pregiudizio in modo da poter omettere la verifica sugli effetti restrittivi. Il che lascia senz'altro presagire che la deliberazione di merito della questione sia soltanto rinviata. Ciò in due distinte prospettive: *a*) in una prospettiva per così dire spaziale, poiché la decisione della Corte prelude alla riproposizione della questione (questa volta) con riguardo all'art. 2 della legge *antitrust* azionale. E da questo punto di vista è immaginabile che le parti vorranno enfatizzare il (seppur ambiguo) significato implicito della mancata presa di posizione della Corte sugli effetti restrittivi, interpretando ciò come una sorta di implicito riconoscimento della lesività; *b*) in una prospettiva temporale, nel senso che il *decisum* della Corte in tema di pregiudizio al commercio tra Stati membri si fonda su di una rappresentazione per così dire *ad horas* del processo di globalizzazione dell'industria bancaria, anche *retail*, ma le conclusioni dell'Avvocato Generale, seppur probabilmente eccessivamente anticipatrici, già contengono in nuce indicazioni di prospettiva che se dovessero trovare conferma nel prossimo futuro (come è immaginabile), potrebbero costringere, presto o tardi, la Corte di Giustizia a dare una risposta su scala comunitaria alle questioni che ora ha ritenuto di competenza nazionale. Non senza avvertire, peraltro, che fin tanto che la disciplina del contratto di fideiussione non sia armonizzata e i meccanismi di uniformazione contrattuale in deroga alla disciplina nazionale siano attuati a livello nazionale, una valutazione su scala nazionale può effettivamente apparire più consona, anche con riguardo al principio di sussidiarietà (non a caso l'Autorità garante, in più occasioni, ha avuto modo di rilevare come l'applicazione della disciplina comunitaria di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato, in funzione di supplenza rispetto a fattispecie essenzialmente nazionali debba ormai cedere dinanzi all'incedere di normative nazionali *antitrust* sostanzialmente armonizzate).

7. D'altra parte, già il provv. 12/1994 della Banca d'Italia poneva le premesse per un riesame della compatibilità concorrenziale di almeno talune delle norme uniformi in materia di fideiussione. Se è vero infatti che quel provvedimento ha chiaramente sancito il principio secondo cui « per i profili di concorrenza le n.u.b. possono formare oggetto di una indicazione che l'ABI in chiave di consulenza tecnica rivolge alle proprie associate circa lo schema negoziale più appropriato per la regolamentazione delle varie operazioni bancarie », altrettanto vero è che esso ha subito precisato che « è tuttavia necessario che attraverso tale attività non si pervenga all'uniformazione completa del prodotto, né alla fissazione delle condizioni aventi incidenza economica, specie quando, in tal modo, venga a determinarsi un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contendenti ». Tale condizioni — prosegue correttamente l'Autorità — « 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 ». Ora, quale che sia la nozione di clausola « avente rilevanza economica » (15) che si intenda prescegliere e quindi anche qualora se ne abbia una concezione restrittiva, comunque sembra fuori discussione che almeno talune delle clausole inerenti al contratto di fideiussione *omnibus* contestate

(15) E v. soprattutto GRILLO e POLO, *op. loc. cit.*

nel giudizio *a quo* rivestano questa rilevanza. Con la conseguenza che il tradizionale esame di conformità delle pattuizioni in esame rispetto al parametro di correttezza o buona fede difficilmente può esimersi dall'allargarsi a valutare anche in che misura l'uniformazione delle tecniche di regolazione contrattuale della fattispecie a favore della banca non tradisca comportamenti collusivi, il cui effetto ultimo sia quello di ingiustificatamente trasferire alla parte debole del rapporto una funzione di monitoraggio delle relazioni banca-garantito che spetta invece alla banca (la quale, è bene ricordarlo, è in effetti l'unica in condizione di svolgerlo efficacemente, come parte delle proprie funzioni). Ci si deve dunque domandare se il trasferimento dei costi di monitoraggio al fideiussore, almeno ove avvenga su base standardizzata, non si traduca in un comportamento che valutato sul piano generale assume carattere collusivo. Correlativamente, ci si deve chiedere se sul piano individuale — sul piano cioè del singolo rapporto — esso non concretizzi un'ennesima manifestazione della violazione del principio di buona fede. Se così fosse, proprio la violazione del principio di buona fede e correttezza offrirebbe, almeno in questo contesto, uno strumento utile per superare il dilemma che da qualche tempo si agita circa gli effetti sul singolo rapporto (« a valle ») dell'eventuale violazione (« a monte ») delle norme di concorrenza da parte di un gruppo di soggetti colludenti (16). Le usuali conseguenze sanzionatorie per la violazione del principio di buona fede, quelle cioè di caducazione/inefficacia (17), sembrerebbero nel caso strumento adeguato allo scopo di ripristinare sul mercato condizioni contrattuali conformi ai precetti antimonopolistici.

MARCO LAMANDINI

(16) Problema sul quale v. da ultimo, per taluni spunti Cass., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 223, con nota di DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*. Per ulteriori riferimenti v. per tutti PERASSI, *Norme bancarie uniformi e scelte comparative della clientela*, cit., in specie nt. 38.

(17) V. per tutti DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in questa *Rivista*, 1998, I, p. 147 ss.