



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezione 3^a civile

Udienza Pubblica del 27 marzo 2024

Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia

Causa n. 4, r.g. n. 8889/2022

Rel., Cons. Tatangelo

La N. s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione, articolato in tre motivi, nei confronti di E. s.r.l., che resiste con controricorso, chiedendo la cassazione della sentenza n. 230 del 2022 emessa dalla Corte d'Appello di (omissis), pubblicata il 25 gennaio 2022, con la quale veniva rigettato l'appello proposto dalla stessa società.

La società ricorrente proponeva opposizione all'esecuzione, convenendo in giudizio la E. s.r.l., e per essa quale procuratrice la C.C. M. s.p.a., esponendo di aver concluso un contratto a tasso variabile con il C.V., di aver concesso ipoteca a garanzia della restituzione dell'importo preso a mutuo in favore del C.V. di aver ricevuto un atto di precetto da parte della C., quale procuratrice di E., a sua volta cessionaria in blocco di una serie di crediti del C.V. tra i quali quello facente capo alla ricorrente, per complessivi 119.578,58 Euro.

La ricorrente contestava la legittimazione di E. nonché il valore di titolo esecutivo del contratto di mutuo fondiario stipulato dalle parti originarie, in quanto condizionato e per incertezza della misura degli interessi.

Il Tribunale di (omissis) rigettava la querela di falso proposta da N. e l'opposizione a precetto.

La Corte d'appello di (omissis) rigettava l'appello di N., avente ad oggetto anche la nullità della clausola del contratto di mutuo relativa al tasso Euribor per il periodo 2005/2008.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione degli artt. 111,113 e 115 c.p.c. nonché dell'art. 2697 c.c. contestando che la mera pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della intervenuta cessione di un blocco di crediti senza specifica individuazione del rapporto oggetto di contestazione sia idonea a fondare la legittimazione attiva della controricorrente e sia sufficiente a dare contezza della intervenuta cessione del credito oggetto di causa.

1

Il motivo è infondato.

Secondo il costante orientamento della Corte “in caso di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, ai sensi dell’art. 58 TUB, è sufficiente, allo scopo di dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario, la produzione dell’avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l’indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione, sicché, ove i crediti ceduti sono individuati, oltre che per titolo (capitale, interessi, spese, danni, etc.), in base all’origine entro una certa data ed alla possibilità di qualificare i relativi rapporti come sofferenze in conformità alle istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia, il giudice di merito ha il dovere di verificare se, avuto riguardo alla natura del credito, alla data di origine dello stesso e alle altre caratteristiche del rapporto, quali emergono dalle prove raccolte in giudizio, la pretesa azionata rientri tra quelle trasferite alla cessionaria o sia al contrario annoverabile tra i crediti esclusi dalla cessione” (ex multis Cass. 21821/2023; Cass. 17944/2023).

Principi a cui si sono attenuti i giudici di merito posto che dalla decisione impugnata risulta che:

la convenuta ha prodotto l’avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 25.6.2015 con cui è stata data notizia, ai sensi dell’art. 58 TUB, dell’acquisto da parte di C.V. S.c. di “tutti i crediti pecuniarici che Q.F. S.r.l. ha acquistato in data 5 febbraio 2009 da C.V. S.C., da B. S.p.A. e da C.A. S.p.A. (quest’ultime due fuse per incorporazione in C.V. S.C.), ai sensi e per gli effetti degli articoli 1 e 3, legge 30 aprile 1999, n. 130 e dell’art. 8 del TUB e con data di efficacia economica 19 gennaio 2009 (avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 23 del 26 febbraio 2009), di cui Q.F. S.r.l. era ancora titolare alle 23.59 del giorno 30 aprile 2015” (doc. 1 fascicolo convenuta);

N. S.r.l. ha ricevuto regolare notifica della cessione del proprio debito a Q.F. S.r.l. nell’ambito dell’operazione pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 23 del 26 febbraio 2009 (doc. 6 e 7 di parte attrice) e pertanto il riferimento, nell’avviso pubblicato in data 25.6.2015, a tutti i crediti oggetto della precedente cessione, senza alcuna esclusione, è sufficiente a identificare, senza incertezze, l’oggetto della retrocessione a C.V. S.c.;

quanto al successivo trasferimento, E. NPL 2017 S.r.l. ha prodotto l’avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 8.7.2017 con cui è stata data notizia, sempre ai sensi dell’art. 58 TUB, dell’acquisto di tutti i crediti di C.V. S.p.A. derivanti da finanziamenti ipotecari /o chirografari sottoscritti tra il 1° gennaio 1970 e il 30 novembre 2016 e d’individuati sulla base di criteri e requisiti oggettivi che corrispondono e sattetano alle caratteristiche dello specifico credito vantato nei confronti di N. S.r.l. (cfr. allegato A alla comparsa di costituzione e risposta);

in particolare, si trattava di crediti denominati in Euro, derivanti da contratti regolati dalla legge italiana, garantiti da ipoteca su immobili posti in Italia, i cui contratti sono stati stipulati in filiali aventi sede in Italia, i cui debitori non erano banche, dipendenti, dirigenti o amministratori di alcuna banca appartenente al C.V., i cui debitori erano

2

persone fisiche con cittadinanza italiana o persone giuridiche costituite ai sensi dell'ordinamento italiano ed aventi sede in Italia, i cui debitori erano segnalati come "a sofferenza" dalla Banca cedente o da altra Banca del gruppo C., crediti non derivanti da contratti di leasing / o prestiti personali da rimborsarsi mediante cessione del quinto o delegazione di pagamento per il quinto effettuata dal debitore in favore della banca cedente e, infine, crediti non derivanti da contratti la cui provvista finanziaria fosse stata messa a disposizione da parte della Banca Europea degli Investimenti;

dall'analisi della documentazione complessiva versata in giudizio, emerge che il credito di C.V. verso N. S.r.l. è riconducibile alle categorie sopra elencate: si tratta invece di un debito in euro, derivante da un contratto disciplinato dal codice civile italiano, stipulato da una filiale italiana e relativo ad un mutuo erogato ad una società di diritto italiano con sede in M., garantito da un immobile sito in C.M.;

per quanto concerne il passaggio a sofferenza, il recesso dagli affidamenti risulta comunicato alla società sin dal 27.01.2014 (doc. 6 convenuta)".

In definitiva i giudici di merito con congrua e adeguata motivazione hanno accertato che l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco consentiva di includere senza incertezze il rapporto oggetto di causa tra quelli oggetto della cessione.

Con il secondo motivo si denuncia la violazione di legge in riferimento all'art. 474 c.p.c.: la ricorrente sostiene che il contratto originariamente concluso fosse un mutuo condizionato e di conseguenza che lo stesso non potesse essere considerato titolo esecutivo.

Lamentata il ricorrente che il Tribunale prima e la corte d'appello poi abbiano disatteso la tesi della natura condizionata del contratto di mutuo del 12.5.2006 non integrante titolo valido per fondare l'espropriazione forzata, non essendo stata la somma mutuata effettivamente consegnata alla parte mutuataria al momento della stipula dell'atto, bensì trattenuta presso la stessa Banca mutuante su di un conto infruttifero sino alla costituzione di idonea garanzia ipotecaria sull'immobile di proprietà di N. S.r.l.

Il motivo è infondato posto che anche in questo caso i giudici di merito hanno correttamente applicato i principi e spessi dalla Corte in plurime decisioni.

Al fine di accertare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, occorre verificare, attraverso la sua interpretazione integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza, se contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giudica della somma mutuata e se entrambi gli atti, di mutuo ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge. In particolare, la giurisprudenza di legittimità, pur ribadendo la tesi tradizionale per la quale il contratto di mutuo sia un contratto reale, che si perfeziona con la consegna della somma data a mutuo, che è elemento costitutivo del contratto, ha chiarito che non configura la consegna idonea a perfezionare il contratto di mutuo esclusivamente la materiale e fisica tradito del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente

per la sussistenza di un valido contratto di mutuo che sia stata acquisita la disponibilità giudiziale della somma mutuata (ex multis Cass. 5921/2023; Cass. 23149/2022; Cass. 1517/2021)

Ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, averne natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante, e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svicolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali (Cass. 38884/2021; Cass. n. 25632/17).

Con il terzo motivo si denuncia la violazione della L. n. 287 del 1990 e dell'art. 101 TFUE nonché la nullità della clausola del contratto di mutuo con la quale i tassi di interesse erano ancorati al tasso Euribor per il periodo 2005/2008.

La Corte, con ordinanza interlocutoria n. 30601/2023, rilevato che altro ricorso, che poneva la stessa questione sottoposta all'attenzione della Corte con il terzo motivo (in specie, la denunciata nullità del contratto di mutuo per illegittimità dell'indice Euribor, assunto a parametro determinativo degli interessi, quale conseguenza della decisione della Commissione Europea relativa alla manipolazione del tasso ufficiale Euribor ad opera di un cartello di istituti bancari) era stato rimesso alla discussione in udienza pubblica, con ordinanza interlocutoria n. 22946 del 2023, ritenuto che la spiegata impugnazione involge questioni giuridiche che, per novità e importanza, assumono in dubbia valenza nomofilattica, disponeva la trattazione della causa in pubblica udienza.

In primo luogo, va rilevato che nel caso di specie non appare rilevante il profilo della eventuale novità e quindi di eccezionale inammissibilità della domanda, trattandosi di nullità rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Le nullità negoziali che non siano state rilevate d'ufficio in primo grado sono suscettibili di tale rilievo in grado di appello o in cassazione, a condizione che i relativi fatti costitutivi siano stati ritualmente allegati dalle parti. (Cass. 20713/2023; nella specie, in relazione alla contrarietà alla normativa "antitrust" di un contratto di fidejussione "omnibus" posto a valle di interesse anticoncorrenziali, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto precluso il rilievo officioso della nullità in appello, per non avere la parte interessata, nell'ambito del giudizio di primo grado, dedotto la conformità delle clausole contrattuali al modello ABI né prodotto il modello in esame).

Come è ben noto sulla questione è intervenuta una recente decisione della Corte, la quale ha affermato che le interesse vietate ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (cd. "legge antitrust") non sono soltanto quelle trasferite in contratti o negozi giuridici in senso tecnico, ma anche quelle veicolate da comportamenti o condotte "non negoziali" che, con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, restringano o falsino, in qualsiasi forma e in modo consistente, la concorrenza all'interno del mercato; ne conseguono, da un lato, la riconducibilità alla citata nozione normativa

4

dell'accordo manipolativo del tasso Euribor accertato dalla Commissione Europea con decisione del 4 dicembre 2013 e, dall'altro, la nullità dei contratti "a valle" che si richiama per riferimento al tasso manipolato, assurgendo la predetta decisione a prova privilegiata di un'infrazione illecita, alla quale è irrilevante che non abbia preso parte l'istituto bancario contraente (Cass. 34889/2023).

Decisione che non appare condivisibile, dovendosi ribadire le conclusioni assunte da questo ufficio nella requisitoria depositata nel ricorso 27215/2021 (udienza pubblica del 7 dicembre 2023).

Cass. 34889/2023 ha affermato che, limitatamente al periodo per il quale si è accertata la manipolazione del tasso Euribor, è affetta da nullità la previsione contrattuale che prevede la determinazione del tasso d'interesse in misura variabile con parametrizzazione al ridotto saggio Euribor anche se l'istituto mutuante non rientra tra quelli sanzionati per aver preso parte all'infrazione manipolativa.

Nell'accogliere la domanda del ricorrente che, nel caso di specie, aveva invocato la nullità del tasso applicato nel contratto di leasing in quanto determinato per riferimento, facendo riferimento al tasso Euribor fissato attraverso un accordo manipolativo della concorrenza da un certo numero di istituti bancari, come accertato dalla Commissione Antitrust Europea con decisione del 4/12/2013 (...); "ha ritenuto che detta decisione avrebbe dovuto considerarsi prova privilegiata (...) a supporto della domanda volta alla declaratoria di nullità dei tassi "manipolati" ed alla rideterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione, a prescindere dal fatto che all'infrazione illecita avesse o meno partecipato il B.B.S.p.A., giacché raggiunta dal divieto di cui all'art. 2 della l. n. 287/1990 è qualunque contratto o negozio a valle che costituisca applicazione delle infrazioni concluse a monte (...); la Corte d'appello ha errato, dunque, nel ritenere genericamente enunciata la censura di violazione della normativa antitrust...".

Ciò posto va innanzitutto ricordato che L'EURIBOR è un tasso di interesse di riferimento ampiamente utilizzato sui mercati monetari internazionali e il cui scopo è rispecchiare il costo dei prestiti interbancari in euro. L'EURIBOR, definito come un indice del «tasso al quale sono offerti depositi a termine in euro nel mercato interbancario da una banca primaria a un'altra banca primaria all'interno della zona euro» (<http://www.euribor-eibf.eu/euribor-org/about-euribor.html>), si basa sulle quotazioni individuali dei tassi ai quali ciascuna delle banche del panel ritiene che un'ipotetica banca primaria presterebbe fondi a un'altra banca primaria. In effetti, secondo il codice di condotta Euribor della Federazione bancaria europea (FBE), «le banche del panel forniscono quotazioni giornaliere del tasso [...] che, secondo ciascuna banca del panel, una banca primaria sta applicando a un'altra banca primaria per i depositi a termine in euro nel mercato interbancario all'interno della zona euro» (Codice di condotta Euribor della Federazione bancaria europea, pag. 17). L'EURIBOR è calcolato (Dai tassi comunicati dalle banche del panel vengono eliminati quelli rientranti nella fascia del 15 % più alta e del 15 % più bassa. Successivamente si calcola la media dei tassi rimanenti, che vengono arrotondati al terzo decimale.) in base alle comunicazioni inviate dalle «banche del panel» partecipanti (Al momento dell'infrazione, le banche del panel erano 44,) ogni giorno

di negoziazione tra le 10.45 e le 11.00, ora di Bruxelles, a Thomson Reuters, l'agenzia incaricata di eseguire i calcoli per conto della Federazione bancaria europea. Presso ciascuna delle banche del panel vi sono persone incaricate di comunicare le quotazioni per conto della banca in questione. Di norma queste persone fanno parte del dipartimento tesoreria della banca. L'EURIBOR è determinato e pubblicato ogni giorno lavorativo alle 11.00, ora di Bruxelles (10.00 ora di Londra). Ogni banca del panel fornisce un contributo per ciascuno dei 15 tassi di interesse diversi dell'EURIBOR (uno per ciascuna delle scadenze (tenor), che vanno da una settimana a dodici mesi). L'EURIBOR non ha una scadenza overnight. Questo ruolo è assunto dall'EONIA, che è un tasso di interesse overnight calcolato con l'aiuto della Banca centrale europea come media ponderata di tutte le operazioni di prestito non garantito overnight effettuate da certe banche nel mercato interbancario. Le banche che contribuiscono all'EONIA sono le stesse banche del panel che contribuisce all'EURIBOR. Le diverse scadenze dell'EURIBOR (1 mese, 3, 6 o 12 mesi) fungono da componenti di prezzo per gli EIRD basati sull'EURIBOR. Per gli EIRD, la rispettiva scadenza dell'EURIBOR che sta giungendo a maturazione o viene nuovamente fissata a una data determinata può determinare il flusso di cassa che una banca riceve dalla controparte dell'EIRD oppure il flusso di cassa che la banca deve pagare alla controparte in quella data. In funzione delle posizioni di negoziazione / esposizioni assunte per suo conto dai suoi operatori, una banca può avere un interesse per un fixing EURIBOR elevato (quando riceve un importo calcolato in base all'EURIBOR), basso (quando deve pagare un importo calcolato in base all'EURIBOR) o forfettario (quando non ha una posizione significativa in nessuna delle due direzioni).

L'Euribor non è, dunque, un tasso fissato dalle Banche, ma è, al contrario, un dato oggettivo, rilevato e pubblicato da un'agenzia terza, rappresentato dalla media ponderata (escludendo dal computo il 15% dei valori più alti e più bassi) dei tassi applicati, nelle operazioni interbancarie, da un gruppo consistente delle più rilevanti banche europee (all'epoca dell'inflazione facevano parte del panel 44 banche).

Una volta chiarito il procedimento di determinazione del tasso va quindi esaminata attentamente la decisione della Commissione del 4 dicembre 2013.

È ciò in quanto la prospettazione del ricorrente e la conseguente decisione della Corte sono quindi fondate sull'accertamento operato dalla Commissione avente ad oggetto la manipolazione dell'indice Euribor all'esito di un'intesa anticorrotta tra alcune banche europee (Commissione Antitrust Europea - Provvedimento C (2013) 8512/1 del 4.12.2013).

La conoscenza in dettaglio dell'accertamento compiuto dalla Commissione Europea costituisce infatti la condicio sine qua non per ogni ulteriore valutazione processuale, poiché solo l'esame della ricostruzione compiuta dalla Commissione sul piano logico-fattuale consente al giudice di verificare la eventuale incidenza sui rapporti oggetto del giudizio.

La Commissione ha mosso alle banche coinvolte i seguenti addebiti.

(17) Attraverso il comportamento di certi loro dipendenti, le parti hanno partecipato ad accordi nel settore degli EIRD che consistevano nelle seguenti pratiche fra parti diverse:

a) a volte certi operatori impiegati da parti diverse hanno comunicato e/o ricevuto preferenze per un fixing irvariato, basso o elevato di determinate scadenze dell'Euribor. Queste preferenze dipendevano dalle loro posizioni di negoziazione /e posizioni.

b) A volte certi operatori di parti diverse hanno comunicato e/o ricevuto dalle altre informazioni dettagliate, non di notorietà pubblica/disponibili, sulle posizioni di negoziazione o sulle intenzioni relative alle future comunicazioni dell'Euribor per determinate scadenze di almeno una delle loro rispettive banche.

c) A volte certi operatori hanno inoltre valutato la possibilità di allineare le loro posizioni di negoziazione per gli EIRD in base alle informazioni di cui alle lettere a) o b).

d) A volte certi operatori hanno inoltre valutato la possibilità di allineare almeno una delle future comunicazioni Euribor delle loro banche in base alle informazioni di cui alle lettere a) o b).

e) A volte almeno uno degli operatori coinvolti in queste discussioni ha contattato le persone incaricate di comunicare i tassi Euribor presso le rispettive banche, o ha dichiarato che intendeva farlo, per chiedere loro di presentare all'agenzia incaricata di eseguire i calcoli per conto della FBE una comunicazione in una certa direzione o a un livello specifico.

f) A volte almeno uno degli operatori coinvolti in queste discussioni ha dichiarato che avrebbe riferito, o ha riferito, in merito alla risposta della persona incaricata di comunicare i tassi Euribor prima del momento in cui le comunicazioni giornaliere Euribor dovevano essere presentate all'agenzia incaricata di eseguire i calcoli oppure, nei casi in cui l'operatore aveva già discusso di questo con la persona incaricata di comunicare i tassi, ha trasmesso le informazioni ricevute da questa persona all'operatore di un'altra parte.

g) A volte almeno un operatore di una parte ha comunicato a un operatore di un'altra parte altre informazioni dettagliate e sensibili sulla strategia di negoziazione o di fissazione dei prezzi della sua banca per quanto riguarda gli EIRD.

(18) A volte, inoltre, determinati operatori impiegati da parti diverse hanno discusso il risultato della fissazione dei tassi Euribor, comprese comunicazioni specifiche delle banche, dopo che i tassi Euribor di un dato giorno erano stati determinati e pubblicati.

(19) Ciascuna parte ha partecipato almeno a un certo numero di questi tipi di comportamento. Ciò è avvenuto durante tutto il periodo della partecipazione rispettiva delle parti all'infrazione, sebbene non tutte le parti abbiano partecipato a

tutti i casi di collusione e l'intensità dei contatti collusivi abbia subito variazioni durante il periodo dell'infrazione.

(20) L'attività collusiva si è svolta attraverso contatti bilaterali, soprattutto chat online, e-mail e messaggi online o telefonici.

In sostanza la decisione della Commissione Europea ha messo in luce una serie di pratiche illecite da parte di alcune banche.

Queste pratiche, come visto, includono comportamenti come la comunicazione tra operatori di diverse banche riguardo le preferenze per un fixing invariato, basso o elevato dell'Euribor, e lo scambio di informazioni dettagliate e non pubbliche sulle posizioni di negoziazione.

Tuttavia, è fondamentale sottolineare che, nonostante l'evidente illiceità dei comportamenti sotto il profilo della concorrenza, non emerge una chiara indicazione che tali pratiche abbiano concretamente alterato il valore dell'Euribor.

Invero l'accertamento della Commissione è incentrato sulla illegittimità di tali pratiche, ma non indica se tali condotte abbiano poi avuto una concreta incidenza sul valore dell'Euribor.

Secondo Cass. 34889/2023 detta decisione avrebbe dovuto considerarsi prova privilegiata a supporto della domanda volta alla declaratoria di nullità dei tassi "manipolati".

E ciò in forza del disposto dell'art 16 del Reg. (CE) n. 1/2003, che, recependo la giurisprudenza formatasi sul punto [Sentenza della Corte del 14 dicembre 2000, Causa C-344/98], prevede che, quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni, pratiche ai sensi degli artt. 101 e 102 del TFUE già oggetto di una decisione della Commissione, non possano prendere decisioni che siano in contrasto con quanto deliberato dalla Commissione.

Va però considerato che il valore vincolante della decisione della Commissione sui giudici nazionali che devono pronunciarsi sugli illeciti oggi previsti dagli artt. 101 e 102 TFUE attiene esclusivamente alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso.

Il valore probatorio delle decisioni in suddetta materia è stato recentemente ribadito dalla Commissione europea che ha posto in consultazione pubblica il testo della "Comunicazione sulla protezione delle informazioni riservate per l'applicazione a livello privatistico del diritto della concorrenza dell'UE da parte dei Giudici nazionali" ("Comunicazione"), documento che silega al percorso di potenziamento delle azioni risarcitorie in materia antitrust, intrapreso con la Direttiva 2014/104/UE ("Direttiva") recante la disciplina sul risarcimento del danno derivante dalla violazione degli articoli 101 (intese e pratiche concordate restrittive della concorrenza) e 102 (abuso di posizione dominante) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("TFUE").

8

Ratio della Direttiva, recepita nel nostro ordinamento con il Decreto legislativo del 19 gennaio 2017, n. 3, è quella di garantire un'efficace applicazione, a livello privatistico, delle norme che regolano il diritto della concorrenza, affidando anche ai privati la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla legislazione antitrust e fornendogli specifiche regole processuali e sostanziali da far valere dinanzi al Giudice nazionale.

L'impostazione voluta dal legislatore europeo e nazionale mira a incentivare la tendenza a promuovere dinanzi al Giudice civile le azioni risarcitorie che, nell'ambito del diritto antitrust, si differenziano in follow-on action o stand alone action. Il primo caso si ha quando l'iniziativa dell'attore segue l'accertamento di un illecito da parte di un'Autorità antitrust, che varrà quale "prova privilegiata" con riferimento almeno all'esistenza della violazione della normativa, rimanendo in capo all'attore l'onere di provare i restanti elementi costitutivi della propria domanda.

Ed è proprio questo il punto nodale della questione: la decisione della Commissione europea vale come prova privilegiata delle condotte illecite, con esclusivo riferimento alle banche coinvolte (come risulta evidente dalla decisione della Commissione europea (8) "La decisione non stabilisce alcuna responsabilità delle parti non coinvolte nel procedimento di transazione per la partecipazione a una violazione della normativa UE in materia di concorrenza nel caso di specie").

In mancanza di prova circa l'incidenza di talie condotte nella concreta determinazione del tasso Euribor appare davvero arduo sostenere la potenziale invalidità dei tassi di interesse che fanno riferimento all'Euribor, e ciò, soprattutto per le banche estranee a tali pratiche illecite.

Né a diverse conclusioni si giungerebbe con riferimento al c. d. effetto vincolante delle decisioni dell'Autorità garante nazionale (cfr. sentenze del 28 gennaio 1991, C-234/89, Delimitis, ECLI:EU:C:1991:91, e del 14 dicembre 2000, C-344/98, Masterfoods, ECLI:EU:C:2000:68), effetto riconosciuto solo nei confronti dei giudici dello Stato membro cui detta Autorità appartiene, solo per le decisioni positive, non per quelle negative, e solo per le decisioni che applicano gli artt. 101 e 102 TFUE e non per quelle che applicano il diritto nazionale. Un'ulteriore limitazione importante è data dall'estensione di detto effetto vincolante che può riguardare esclusivamente la sussistenza della violazione antitrust, o in altri termini del comportamento e della sua valutazione negativa in forza della normativa europea sulla concorrenza, ma non può comprendere l'accertamento del danno e del nesso di causalità, e ciò ai sensi dell'art. 9 della direttiva 104/2014.

L'esatta espressione utilizzata da detta norma prevede che la decisione sulla violazione «sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno» e quindi solo a detti fini, limitatamente all'accertamento della violazione, ma non per gli altri necessari presupposti nell'azione.

Il d.lgs. 3/2017 nel recepire l'art. 9 della Direttiva Enforcement ha stabilito (art. 7, «Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza»): «1. Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti

9

dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato». Ha poi aggiunto: (i) che il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima; (ii) che quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno.

Alla luce di quanto precede, nella misura in cui le citate previsioni del regolamento n. 1/2003, della Direttiva Danni e del d.lgs. n. 3/2017 vincolano il giudice del risarcimento al rispetto di provvedimenti adottati da organi non imparziali, di carattere non giurisdizionale (Commissione europea, AGCM. Con riferimento all'AGCM, la Corte costituzionale ha negato a tale Autorità la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale in via incidentale (essendo questa riservata ai "giudici"), proprio in considerazione dell'assenza del requisito della terzietà (Cost. 13/2019), con considerazioni che sembrano pacificamente applicabili, mutatis mutandis, anche alla Commissione europea, la quale, pur essendo un'istituzione dell'Unione incaricata di perseguire l'interesse generale, come espressamente previsto dall'art. 17, par. 1, TUE, nel settore della concorrenza svolge un ruolo ispirato a interessi e obiettivi ben precisi, talché non appare possibile qualificarla come imparziale), senza lasciare alcun margine di scostamento dagli accertamenti compiuti in tali sedi, appare evidente che la regola in questione limitando fortemente la libertà d'azione dei giudici, vincolandoli agli esiti di un accertamento svolto in sede amministrativa, a fini diversi da quelli propri del giudizio risarcitorio civile e senza le garanzie del contraddittorio e dei diritti della difesa previste in sede giurisdizionale, pone delicati problemi di compatibilità con alcuni principi costituzionali fondamentali, ben rilevati dalla dottrina con riferimento alla previsione di cui all'art. 16 del regolamento (CE) n. 1/2003 (Un'ulteriore profilo di incompatibilità della normativa in esame potrebbe porsi anche con riguardo all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce, tra l'altro, il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata, tra l'altro, «da un giudice indipendente»).

Orbene a fronte di tali considerazioni appare evidente che il giudice debba interpretare con molta attenzione il contenuto di tali decisioni al fine di verificarne l'eventuale incidenza sui rapporti oggetto del giudizio, non esorbitando da quello che è il contenuto predeterminato della loro forza vincolante che attiene esclusivamente alla condotta anticoncorrenziale accertata ma non al nesso di causalità e all'esistenza del danno.

Accertamento dell'effettiva vincolatività della decisione sanzionatoria, nonché dell'eventuale sussistenza del danno e del nesso causale che risulta necessario a pena di un'evidente lesione del diritto di difesa e del contraddittorio, ancor più rilevante nel caso, come quello di specie, in cui il resistente è del tutto e strano o alle pratiche illegali accertate dalla Commissione.

Se è possibile avvalersi dell'istituto processuale de quo in ambito arbitrust fondandosi sulla vincolatività delle decisioni della Commissione o dell'AGCM nonché sulla presunzione (peraltro relativa) che le violazioni consistenti in cartelli causino un danno (Cfr. l'art. 17, par. 2, della Direttiva Danni e l'art. 14, secondo comma, del dlgs. n. 3/2017), di certo non è possibile obliterare la prova del necessario nesso di causalità tra le pratiche anticoncorrenziali accertate e il danno presunto subito.

Tanto più che, come ricordato dalla Commissione nella decisione oggetto di causa (47) Tale pratica concordata ricade nell'art. 101 anche in assenza di effetti anticompetitivi sul mercato.

Per ottenere la dichiarazione di nullità del tasso pattuito che rinvia all'Euribor occorre, ove si voglia agire contro soggetti non partecipanti alle accertate condotte, provare che la condotta illecita sanzionata dalla Commissione ha portato ad una alterazione dell'Euribor.

Se si assume che tutti i tassi legati all'Euribor debbano essere dichiarati invalidi (per eliminare ogni conseguenza dell'illecito a monte), anche per le banche non coinvolte direttamente nelle pratiche illecite, è necessario dimostrare che i tentativi di manipolazione hanno avuto un qualche sia pur minimo effetto concreto sull'Euribor stesso. In assenza di tale dimostrazione, non sussistono ragioni valide per dichiarare la nullità delle pattuizioni sui tassi che rinviano all'Euribor, ove tale indice non sia stato effettivamente alterato.

Fermo restando che il giudice può desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni probabilistiche che si fondino sul rapporto di sequenza costante tra antecedente e dato consequenziale (Cass. 2305/2007).

Quel che è certo che tale condotta finale deve essere accertata, sia pure nei termini suddetti.

Accertamento ancor più rilevante nel caso di specie nel quale la condotta anticoncorrenziale accertata aveva ad oggetto il solo mercato dei prodotti derivati (l'Euro Interest Rate Derivatives connessi all'Euro Interbank Offered Rate ("EURIBOR" e/o l'Euro Over-Night Index Average ("EONIA"), che il valore dell'Euribor è il risultato dalla media ponderata dei tassi applicati nelle operazioni interbancarie, escludendo dal computo il 15% dei valori più alti e più bassi, e che l'Euribor non si identifica con il tasso finale praticato dalla banca, essendo il tasso il risultato di tale indice sommato allo spread.

Con la conseguenza che il caso di specie diverge in maniera significativa da quello esaminato dalle sezioni unite della Corte e risolto nel senso della nullità dei contratti a valle, perché in tale precedente vi era una diretta ed immediata corrispondenza tra le disposizioni contrattuali e le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva della concorrenza, il contratto a valle (nella specie una fidejussione) era interamente o parzialmente riprodotto dell'intesa a monte, dichiarata nulla dall'autorità

amministrativa di vigilanza, l'atto negoziale era di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust.

Il riferimento è naturalmente alla decisione delle Sezioni Unite della Corte (sentenza 30 dicembre 2021, n. 41994), secondo cui i contratti di fidejussione "a valle" di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a), e art. 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata (perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza), salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti.

Con la conseguenza che nel caso dell'Euromax, nell'indagine relativa al nesso causale tra comportamento e danno ingiusto, non è possibile applicare pedissequamente la sentenza delle sezioni unite n. 2207 del 2005 che ha risolto il problema del rapporto tra l'intesa illecita e i contratti a valle (i Folgeverträge) nel senso dell'inscindibilità di questi ultimi rispetto alla volontà anticoncorrenziale residente a monte, la quale trova, appunto, il suo momento di realizzazione massima nella necessità e di inconsapevole adesione del consumatore finale (cfr. Cass. 2305/2007).

Non potendosi attribuire al comportamento anticoncorrenziale accertato l'astratta idoneità a propagarsi secondo lo schema della reazione a catena, dovendo tale idoneità essere riscontrata in concreto, caso per caso.

Il giudice deve poi consentire alla banca di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita.

Il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dalla banca per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale per ora risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che quei fatti, insieme con l'intesa illecita, abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno.

Rispetto delle regole probatorie che vale anche per l'individuazione del danno, qualora alla richiesta dichiaratoria di nullità si colleghi un'azione risarcitoria, dato che la presunzione relativa attiene al trasferimento del sovrapprezzo (insita nell'acquisto di quel bene o servizio), dovendo comunque l'attore dimostrare ed il giudice accertare che la violazione anticoncorrenziale ha determinato tale sovrapprezzo. Principi chiaramente espressi nei precedenti della Corte: "Nel quadro di un'ordinaria azione aquiliana e nella logica sopra descritta, all'assicurato sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale), individuando il danno nella maggior somma pagata (rispetto a quella che avrebbe pagato se il mercato assicurativo non fosse stato viziato nella sua competitività) e la relativa ingiustizia nei termini (già specificati) di lesione del proprio interesse alla trasparenza e competitività

del mercato stesso"... con la conseguenza che si tratta "bensì di accertare gli effetti che l'intesa ha svolto sull'aumento dei prezzi del mercato assicurativo, in generale, ed, in particolare, sullo specifico premio pagato" (Cass. 2305/2007).

In tal caso il giudice deve individuare l'intesa illecita come condotta preparatoria rispetto alla condotta finale, costituita dall'effettiva manipolazione dell'Euribor, e configurare il danno nel maggior esborso a carico del finanziato, la cui ingiustizia sia prodotta (nei sensi sopra esposti) dalla lesione all'interesse giuridicamente protetto ad un mercato liberamente competitivo.

Per tali ragioni si ritiene opportuna una rinuncia del recente orientamento espresso da Cass. 34889/2023 che, nella declaratoria di nullità dei tassi "manipolati" e nella rideeterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione, prescinde da tali necessari accertamenti, essendosi essa esclusivamente basata sul mero contenuto del "dispositivo" della decisione della Commissione.

Tesi tanto più difficilmente condivisibile se si tiene conto del fatto che il provvedimento della commissione in questione è incentrato, come detto, sull'accertamento dell'illiceità dello scambio di informazioni, ponendosi, quindi, in termini di mera potenzialità l'alterazione del gioco concorrenziale e, dunque, l'aumento dei prezzi praticati al consumatore finale.

Per tali ragioni si chiede alla Corte la rinuncia della causa alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite.

Decisione che si giustifica altresì per la grande rilevanza della questione, evidenziata dall'ampia eco che la decisione della Corte ha avuto su tutti i mezzi di informazione, questione suscettibile di applicazione in numerose controversie.

Questione trasversale alle sezioni, come evidenziato dal ricorso 5827/2019, assegnato alla prima sezione civile, in cui i ricorrenti deducevano anche che il tasso previsto per gli interessi corrispettivi doveva ritenersi indeterminato e, quindi, nullo, in quanto parametrato al tasso EURIBOR, di cui era risultata accertata la manipolazione ad opera di alcuni operatori del mercato, come ritenuto dalla Commissione Europea Antitrust con decisione del 10/12/2013.

Ricorso poi oggetto di rinuncia con conseguente estinzione del giudizio (Cass. 26991/2023).

In subordine si chiede il rigetto del ricorso non essendo, di certo, il solo inserimento del rinvio ai tassi euribor contenuto nei contratti a valle che permette la declaratoria di nullità dei tassi asseritamente "manipolati" e la conseguente rideeterminazione degli interessi e non essendovi alcuna prova che nel giudizio di merito i relativi fatti costitutivi siano stati ritualmente allegati dalle parti, non essendo sufficiente, per le ragioni suesposte il mero richiamo alla decisione della Commissione.

p. q. m.

Il P.M. chiede

13

La rimessione della causa alla Prima Presidente per l'assegnazione alle sezioni unite.

In subordine il rigetto del ricorso.

Roma, 7 marzo 2024.

**PER IL PROCURATORE GENERALE
IL SOSTITUTO
Giovanni Battista Nardecchia**