ISSN 2384-9169
Anticipazione Fascicolo n. 4 - 2026
rivista.eurojus.it

Un dialogo incompleto: le Sezioni Unite n. 24825/2026 sulle fideiussioni conformi allo schema ABI, la prova dell'intesa e la presunzione di causalità nel diritto dell'Unione

DI GLADYS CASTELLANO*

SOMMARIO: 1. Il principio enunciato dalle Sezioni Unite e il riparto dell'onere della prova. – 2. Che cosa accertarono la Banca d'Italia e l'Autorità garante. – 3. Il vincolo dell'accertamento e i suoi limiti. – 4. La prova della persistenza dell'intesa e la presunzione di causalità. – 5. La deliberazione associativa e la banca che la adotta. – 6. Il contratto a valle nella giurisprudenza europea. – 7. Le fideiussioni specifiche. – 8. Il collegamento fra i due ordinamenti. – 9. I limiti dell'argomento. – 10. Riflessi nel giudizio di merito. – 11. Questioni aperte.

1. Il principio enunciato dalle Sezioni Unite e il riparto dell'onere della prova.

Con la sentenza n. 24825 (udienza del 12 maggio 2026, pubblicata il 28 agosto 2026), pronunciata su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Siracusa in un giudizio relativo a fideiussioni specifiche riproduttive delle clausole dello schema ABI[1], le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ricondotto l'accertamento contenuto nel provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 entro il suo perimetro temporale e oggettivo. Quando la fideiussione riproduttiva delle clausole di reviviscenza, di sopravvivenza e di deroga all'art. 1957 c.c. sia stata costituita in tempo anteriore o successivo al periodo esaminato dalla Banca d'Italia, il giudice di merito deve verificare, previa ricognizione della portata temporale e oggettiva del provvedimento, se il modello negoziale corrisponda a un'intesa o a una pratica

* Avvocato del Foro di Bergamo. Ha conseguito l'attestato del Corso di perfezionamento e specializzazione in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli Studi di Milano.
[1] Trib. Siracusa, sez. II, ord. 1° agosto 2025, resa in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Le garanzie erano state rilasciate nel 2015.

concordata restrittiva, utilizzando il provvedimento come elemento di prova da solo non sufficiente. La Corte di Cassazione rimette al giudice del merito la valutazione della proiezione temporale dell'accertamento amministrativo, compreso il ritardo nella dissoluzione degli effetti dell'intesa (pag. 21), indica nell'ordine di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c., da vagliare alla luce dell'art. 3 del d.lgs. n. 3/2017, il primo strumento istruttorio cui attingere[2] e riconosce alla banca la controprova che si sia trattato «del frutto di una differente trattativa effettiva e, nelle specifiche circostanze, libera tra le parti» (pag. 22).

Il punto di partenza dell'analisi è il passaggio in cui le Sezioni Unite giustificano il rigore del riparto. La Corte di Cassazione afferma che l'accertamento amministrativo, pur costituendo prova privilegiata, «non può che perdere il suo valore probatorio aggiunto» qualora la garanzia si collochi fuori dal periodo cui esso si riferisce. Le Sezioni Unite fondano questa conclusione sul bilanciamento fra due principi dell'ordinamento nazionale, considerato «anche nella sua osmosi con quello unionale»: la tutela dell'ordine pubblico economico e la conformazione dell'onere della prova (pag. 19). Richiamando il d.lgs. n. 3/2017, la sentenza afferma poi che la disciplina conferma l'attribuzione dell'onere della prova a chi agisce, «senza inversioni innescate dal combinato disposto di presunzioni legali – che nel caso della tutela reale sarebbero di creazione giurisprudenziale – e principio di vicinanza della contraria prova» (pag. 20). Poco oltre, tiene ferma «la necessità di ulteriore prova del nesso causale e del correlato pregiudizio» (ivi), riprendendo la chiusa dell'art. 7, comma 1, del decreto, per la quale il vincolo dell'accertamento non riguarda «il nesso di causalità e l'esistenza del danno». Per il suo tenore e per la norma da cui è tratta, la formula si riferisce al nesso fra la violazione e il pregiudizio, non a quello fra la concertazione e la condotta dell'impresa, sul quale le Sezioni Unite non si pronunciano espressamente.

Proprio sul terreno dell'osmosi con l'ordinamento dell'Unione, che la stessa sentenza richiama, la motivazione si rivela incompleta. La Corte di giustizia ha elaborato da tempo una presunzione che riguarda esattamente il nesso fra una concertazione accertata e la condotta successiva delle imprese[3], qualificandola come parte integrante del diritto dell'Unione. Non si tratta di contestare alle Sezioni Unite la scelta di chiedere al garante la prova della persistenza dell'intesa, che trova riscontro nella stessa giurisprudenza europea. Si tratta di individuare lo standard di quella prova e ciò che segue una volta che sia stata data. Non regge l'uso che le Sezioni Unite fanno del d.lgs. n. 3/2017, che pure attua una direttiva dell'Unione. Il decreto disciplina, infatti, le azioni di risarcimento e non il giudizio di nullità del contratto a valle, sicché il perimetro temporale del vincolo, per il quale le Sezioni Unite si richiamano all'art. 7, è esteso per analogia a un giudizio che il decreto non governa. Quanto all'argomento sistematico, il decreto non esclude le presunzioni nell'azione privata, ma ne introduce una a vantaggio di chi agisce, applicabile anche alle intese vietate dalla legge n. 287/1990 (art. 14, comma 2; v. *infra*, par. 3).

[2] Sull'esibizione delle prove nel *private enforcement* v., nel diritto dell'Unione, Corte giust., 12 gennaio 2023, causa C-57/21, *RegioJet*, ECLI:EU:C:2023:6, sugli artt. 5 e 6 della direttiva 2014/104/UE e, in particolare, sul principio per cui il giudice nazionale può ordinarla anche in pendenza di un procedimento dinanzi alla Commissione, purché non ecceda quanto necessario in relazione alla domanda di cui è investito.

[3] Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, punto 121; Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:343, punti 51-53 e 58-62; Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42, punti 30-37 e 43-49.

La sentenza n. 24825 è depositata il 28 agosto 2026. Sei giorni dopo, il 3 settembre, la Corte di giustizia si pronuncia sulla sorte del contratto a valle di un'intesa accertata dalla Commissione[4]. Le Sezioni Unite non hanno potuto tenerne conto, ma la pronuncia fornisce al ragionamento due elementi. Il primo attiene ai presupposti della nullità: la Corte di giustizia la esclude per la clausola di un mutuo indicizzato all'Euribor perché il contratto non era stato concluso per attuare l'intesa e rientrava in un mercato distinto, fra parti estranee all'infrazione (punti 37, 38 e 43), mentre nella fideiussione conforme allo schema ABI quelle condizioni si presentano rovesciate. Il secondo attiene alle conseguenze dell'intesa sui rapporti contrattuali con soggetti terzi, che la stessa sentenza rimette al diritto nazionale (punti 35 e 39). Che si segua la sentenza, applicando il diritto nazionale nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, o si ritenga, con parte della dottrina[5], che la sorte dei contratti conclusi con i terzi sia determinata dal diritto dell'Unione, perché è attraverso di essi che l'intesa produce i suoi effetti, l'esito resta la nullità parziale costruita dalle Sezioni Unite del 2021 (v. *infra*, par. 6).

2. Che cosa accertarono la Banca d'Italia e l'Autorità garante.

Una lettura integrale del provvedimento n. 55/2005, e del parere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato[6], restituisce un quadro più articolato di quello che si ricava dalla sola formula del dispositivo.

---

[4] Corte giust., 3 settembre 2026, causa C-60/25, *Livronsa*, ECLI:EU:C:2026:685, su rinvio della Corte d'appello di Cagliari, ord. 24 gennaio 2025, con conclusioni dell'avvocato generale Medina presentate il 12 marzo 2026. Sulla medesima nozione di collegamento funzionale, in materia di Euribor, Cass., sez. I, ord. interl. 19 luglio 2024, n. 19900, ha rimesso la causa alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. Discussa davanti alle Sezioni Unite il 18 febbraio 2025, la causa è stata rinviata a nuovo ruolo «per approfondimenti», alla luce delle allegazioni delle parti sul rinvio pregiudiziale poi deciso dalla sentenza *Livronsa*: Cass., sez. un., ord. interl. 15 marzo 2025, n. 6943.

[5] C. CAUFFMAN, *The Impact of Voidness for Infringement of Article 101 TFEU on Linked Contracts*, in I. SAMOY, M.B.M. LOOS (a cura di), *Linked Contracts*, Cambridge, 2012, p. 29 ss., qui citato dalla versione pubblicata come M-EPLI Working Paper n. 2013/3, Maastricht, 2013, p. 23, che si chiede se la Corte di giustizia non debba rivedere la sentenza del 1983 e ritenere i contratti conclusi a condizioni di cartello nulli nei limiti del sovrapprezzo, o annullabili su istanza della parte estranea all'intesa, per violazione dell'art. 101 TFUE; A. LAMADRID DE PABLO, L. ORTIZ BLANCO, *Nullity/Voidness: An overview of EU and national case law*, in *e-Competitions*, 2012, n. 49199, p. 4 ss., per i quali la Corte di giustizia «would perhaps do well in reconsidering» la sentenza del 1983 e la nullità dell'art. 101, par. 2, TFUE raggiunge gli effetti diretti, o indiretti ma sufficientemente rilevanti, che il contratto di seguito porta con sé: l'elemento del contratto che costituisca un tale effetto «shall be automatically deemed void», mentre resta ai giudici nazionali accertare, secondo il proprio diritto, se l'effetto derivi dall'infrazione (p. 5); H. ULLRICH, *Private Enforcement of the EU Rules on Competition – Nullity Neglected*, in *IIC*, 2021, vol. 52, p. 606 ss., spec. par. 2.2.3.2, p. 624 ss., per il quale il rinvio al diritto degli Stati membri «is questionable to the extent that it is the follow-on transaction that translates the anticompetitive agreement into a market reality» (p. 624), sicché la nullità dell'art. 101, par. 2, TFUE andrebbe estesa ai contratti conclusi da una parte dell'intesa con i terzi, quando ne risultino alterati nella loro stessa sostanza (p. 625 e nota 83); B. BARTHO, *Das zivilrechtliche Schicksal von Kartell-Folgeverträgen und marktmissbräuchlichen Verträgen im Lichte des Unionsrechts*, tesi di dottorato, Università di Vienna, 2024, per il quale la sentenza del 1983 non riguarda i contratti conclusi con i terzi (p. 20 ss.) e, pur esclusa l'applicazione diretta dell'art. 101, par. 2, TFUE, gli Stati membri sono tenuti, in forza dell'effetto utile, a sanzionare con la nullità le clausole che perpetuano gli effetti dell'intesa (p. 191): quando l'intesa abbia inciso sulle condizioni a danno del terzo, le clausole interessate sono nulle e il contratto non può cadere per intero contro la volontà di quest'ultimo (p. 140, 188 e 192). Sul dibattito e sulla collocazione della tesi, v. *infra*, note 57 e 81.

[6] Autorità garante della concorrenza e del mercato, parere 20 aprile 2005, n. 14251.

La Banca d'Italia qualificò le condizioni generali predisposte dall'ABI come deliberazione di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 287/1990 (§ 91) e ne dichiarò gli artt. 2, 6 e 8 in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), «nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme» (dispositivo, lett. a)[7]. Le verifiche su un campione di banche mostrarono la sostanziale uniformità dei moduli rispetto allo schema[8], uniformità che secondo l'Istituto discendeva «da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI (non ancora diffuso presso le associate), che [avrebbe potuto] però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo» (§ 93)[9]. Il mercato rilevante fu individuato nell'intero territorio nazionale (§ 8).

Il provvedimento, dunque, non si limita a descrivere il triennio 2002-2005, dalla redazione dello schema alla chiusura dell'istruttoria. Le Sezioni Unite escludono di ridurre l'accertamento a una mera «fotografia» di quel periodo, ma ritengono, come si è visto, che esso perda il suo valore probatorio aggiunto per le garanzie stipulate fuori da quel triennio (pag. 19). Il testo del 2005 guarda in avanti: la Banca d'Italia valuta gli effetti di una diffusione dello schema che, per definizione, sarebbe avvenuta dopo la sua adozione e ricollega l'infrazione all'applicazione uniforme delle clausole, cioè agli effetti della deliberazione, che si producono attraverso la condotta delle banche che la applichino. Quegli effetti sono quindi destinati a protrarsi oltre la chiusura dell'istruttoria (v. *infra*, par. 4).

Il parere dell'Autorità garante aggiunge due elementi che nel dibattito sono rimasti in ombra. Il primo riguarda la funzione della deliberazione associativa: le norme predisposte dall'ABI, benché non formalmente vincolanti, costituiscono «quanto meno un sicuro punto di riferimento e riducono il livello di incertezza circa il comportamento dei concorrenti sul mercato» (§ 28). Il secondo riguarda la continuità del coordinamento: l'ampia diffusione delle clausole, già presenti nelle condizioni generali uniformi per la fideiussione *omnibus* che l'ABI aveva elaborato e diffuso con la circolare serie tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987 (v. *supra*, nota 9), non poteva considerarsi un fenomeno spontaneo del mercato ma «il frutto dell'intesa stessa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica comune» (§§ 30 e 37). Lo schema del 2003 ne riproponeva in particolare, agli artt. 7 e 8, clausole che secondo l'Autorità garante erano già state ritenute lesive della concorrenza nel procedimento concluso dalla Banca d'Italia

[7] La qualificazione rileva anche sul piano del diritto dell'Unione, giacché l'art. 101, par. 2, TFUE dichiara nulli di pieno diritto gli «accordi o decisioni» vietati dal par. 1, che menziona espressamente le «decisioni di associazioni di imprese». Sulla portata di quella formula e sui limiti che ne sono stati tratti quanto alle condotte prive di veste negoziale, v. *infra*, par. 5 e nota 39. In generale C. CAUFFMAN, *Nullity under Art. 101(2) TFEU*, M-EPLI Working Paper n. 2017/3, Maastricht, 2017, p. 5 ss.

[8] Provvedimento n. 55/2005, §§ 57-60. L'ampiezza del campione non misura la diffusione dello schema, non ancora diffuso presso le associate, ma la conformità dei moduli in uso alla prassi che lo schema avrebbe perpetuato, secondo quanto lo stesso § 93 dichiara.

[9] La prassi preesistente è documentata dalle norme bancarie uniformi dell'ABI, che la circolare Serie Tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987 rivede, sostituendo i testi comunicati con le circolari Serie Tecnica C, n. 24 dell'11 giugno 1964, e Serie Tecnica O, n. 5 del 24 gennaio 1966. L'art. 6 del testo base del 1987 dispone: «I diritti derivanti all'Azienda di credito dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato» e l'art. 8: «Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate». La previsione sulla reviviscenza figura all'art. 2 degli allegati.

nel 1994 (parere, § 37). La Banca d'Italia precisa però che in quel procedimento l'art. 8 non fu specificamente considerato (provvedimento, § 87).

Il punto decisivo è che le due autorità non qualificano allo stesso modo l'uniformità dei moduli di fideiussione che le banche già impiegavano prima che lo schema fosse diffuso. La divergenza esige un esame analitico, poiché da essa dipende l'ampiezza dell'accertamento su cui il giudice civile può fare affidamento. Per l'Autorità garante l'uniformità era il frutto dell'intesa e la continuità con il passato era tale che le clausole censurate nel 1994 avrebbero dovuto essere modificate, non «certo reintrodotte o addirittura mantenute» (parere, § 37). La valutazione, precisa l'Autorità, non riposa sulla difformità dal codice civile ma sulla previsione uniforme, da parte dell'associazione, di una disciplina di dettaglio che aggrava la posizione del garante (§ 36). La Banca d'Italia riporta questa posizione (provvedimento, § 50), ma nelle conclusioni attribuisce l'uniformità a una prassi preesistente che lo schema avrebbe potuto perpetuare (§ 93).

La restrizione, inoltre, è formulata dalla Banca d'Italia in chiave prospettica: l'esame si concentra sugli effetti di un'«eventuale adozione generalizzata» dello schema (§ 12) e, per le clausole diverse da quella a prima richiesta, si osserva che la loro «diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche» (§ 80). La restrizione «risulterebbe significativa» per il numero delle associate (§ 92)[10]. Va del pari considerato un dato di segno opposto. Secondo l'ABI, i contratti di fideiussione *omnibus* delle banche apparivano «sufficientemente diversificati» (§ 35). Il campione esaminato dall'Istituto, tuttavia, smentiva quell'affermazione: ne emergeva la sostanziale uniformità delle clausole oggetto di istruttoria (§§ 57-60).

Le due autorità concordano, dunque, sui due elementi che consentono di proiettare l'accertamento oltre il periodo esaminato: la deliberazione associativa svolgeva una funzione di coordinamento delle condotte delle banche ed era idonea a mantenere nel tempo l'uniformità delle clausole. Divergono invece sulla natura di quell'uniformità, che per l'Autorità garante era già il frutto dell'intesa e per la Banca d'Italia una prassi preesistente che lo schema avrebbe potuto perpetuare. La sentenza n. 24825 rinvia proprio al § 93 per la ricognizione del tempo pregresso: il giudice deve verificare se e in quale misura il provvedimento contenga la constatazione di una prassi bancaria preesistente allo schema, tale da rilevare rispetto al tempo in cui la garanzia fu costituita (pag. 21)[11]. La differenza non è nominalistica. Nella lettura dell'Autorità garante la constatazione dell'intesa si estenderebbe alle garanzie stipulate prima dello schema, perché l'uniformità di quel periodo ne era già il frutto. Nella lettura della Banca d'Italia, cui spettava la decisione, quel periodo è coperto soltanto dalla constatazione di una prassi uniforme: per le garanzie anteriori il provvedimento non accerta un'intesa ma offre un

[10] Sul rilievo delle determinazioni associative quale elemento di riferimento per le scelte delle imprese aderenti, Corte giust., 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer*, ECLI:EU:C:1987:34; Corte giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren*, ECLI:EU:C:1972:84.

[11] Il rinvio al § 93 è significativo anche in senso contrario a quello per cui è formulato: se l'uniformità è anteriore allo schema e la produzione normativa associativa in materia risale al 1964, l'emendamento dello schema disposto nel 2005 non poteva, di per sé, scioglierla. In questo senso, del resto, Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, per la quale il giudice non può «attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario».

indizio. Al garante resta da provare che la prassi fosse a sua volta il prodotto di un coordinamento. Se la prassi discende dalle norme bancarie uniformi che l'ABI diffonde dal 1964 (v. *supra*, nota 9), essa è a propria volta riconducibile a una decisione di associazione di imprese (v. *infra*, par. 5). In tal caso la prova del coordinamento è anzitutto documentale: la circolare dell'ABI che recava le clausole, la cui diffusione presso le associate è attestata dal parere (§ 37), la loro corrispondenza pressoché testuale con quelle del modulo sottoscritto e la presenza delle stesse clausole nei moduli di altri istituti nei medesimi anni (v. *infra*, par. 10).

3. Il vincolo dell'accertamento e i suoi limiti.

Il perimetro temporale dell'accertamento è costruito dalle Sezioni Unite richiamando l'art. 7 del d.lgs. n. 3/2017, che nel testo vigente limita l'effetto vincolante della decisione alla «natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale». La formula riprende il considerando n. 34 della direttiva 2014/104/UE e converge con quella adottata dalla Corte di giustizia per le decisioni della Commissione, secondo cui queste ultime vincolano i giudici nazionali «soltanto nei limiti riguardanti la natura nonché la portata sostanziale, personale, temporale e territoriale dell'infrazione che sono state constatate nella decisione stessa»[12]. Su questo piano l'impostazione delle Sezioni Unite corrisponde a quella del diritto dell'Unione. Il vincolo, però, è divieto di contraddizione e non divieto di inferenza: preclude al giudice nazionale di decidere in senso difforme da ciò che l'autorità ha constatato, non di trarre dai fatti accertati conseguenze che l'accertamento non era chiamato a formulare[13].

Occorre tuttavia precisare la portata di quel richiamo. L'art. 7 riguarda le azioni per il risarcimento del danno e attribuisce il vincolo alle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 10 della legge n. 287/1990 o del giudice del ricorso. Il provvedimento n. 55/2005 fu adottato dalla Banca d'Italia sulla base di una competenza speciale venuta meno con l'abrogazione dei commi 2, 3 e 6 dell'art. 20 della legge n. 287/1990, disposta dall'art. 19, comma 11, della legge n. 262/2005. La norma è quindi estranea al caso per ragioni temporali, come le Sezioni Unite riconoscono, e anche per l'autorità che ha emesso l'atto. Le Sezioni Unite del 2021 avevano del resto dovuto equiparare in via interpretativa il provvedimento della Banca d'Italia, «adottato prima delle modifiche apportate dalla L. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11», a quelli dell'Autorità garante quanto all'attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale[14].

---

[12] Corte giust., 3 settembre 2026, causa C-60/25, *Livronsa*, cit., punto 42, reso però con riferimento all'art. 16 del regolamento n. 1/2003 e alle decisioni della Commissione.

[13] In questo senso Trib., 16 dicembre 2015, causa T-48/11, *British Airways c. Commissione*, ECLI:EU:T:2015:988, punto 40, per il quale al giudice nazionale è precluso adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione quanto alla portata temporale della condotta esaminata; nonché le conclusioni dell'avvocato generale Medina nella causa *Livronsa*, cit., paragrafo 37. In dottrina T. ANDERSSON, *The Binding Effects of Decisions and Judgments under EU Competition Law*, in M. STRAND, V. BASTIDAS, M.C. IACOVIDES (a cura di), *EU Competition Litigation. Transposition and First Experiences of the New Regime*, Oxford, 2019, p. 97 ss., spec. p. 104: «a reasonable interpretation would be that the binding effect is restricted to the actual cases the Commission has decided, the parties involved and to situations where concrete elements of such cases emerge in subsequent civil litigation».

[14] Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, § 2.19.1, che riprende il principio di Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, cit. L'equiparazione, com'è evidente dalla formula impiegata, è frutto di un'operazione interpretativa e non di una previsione di legge: il che conferma che il richiamo all'art. 7 opera qui in via analogica.

Il perimetro delle fonti richiamate conferma che si tratta di un'estensione per analogia. La direttiva 2014/104/UE considera il diritto nazionale della concorrenza, ai propri fini, soltanto quando è applicato parallelamente agli artt. 101 e 102 TFUE (art. 2, n. 3; considerando n. 10), mentre il d.lgs. n. 3/2017 comprende anche gli artt. 2, 3 e 4 della legge n. 287/1990 «applicate autonomamente» (art. 2, comma 1, lett. b). In entrambi i casi, però, la disciplina riguarda le azioni di risarcimento e non il giudizio di nullità del contratto a valle. Il caso di specie resta fuori dalla direttiva per due ragioni, che la dottrina europea ha messo in luce separatamente: quanto all'azione, l'effetto vincolante dell'art. 9 della direttiva non copre le controversie sulla validità del contratto. Quanto alla forma dell'intesa, la definizione di cartello, cui le presunzioni della direttiva si agganciano, non comprende le decisioni di associazioni di imprese, quale è la deliberazione dell'ABI[15]. Lo stesso decreto conosce presunzioni nell'azione privata: l'esistenza del danno da cartello si presume salvo prova contraria (art. 14, comma 2)[16], con una definizione di cartello che richiama espressamente le intese ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990 (art. 2, comma 1, lett. l). A differenza di quella della direttiva, la definizione interna può dunque comprendere anche le deliberazioni di associazioni di imprese, che l'art. 2, comma 1, della legge n. 287/1990 annovera fra le intese. Si tratta, però, di una presunzione che riguarda il danno e non il nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa, sicché non è direttamente trasponibile. Essa rileva tuttavia su un piano diverso. Le Sezioni Unite traggono dal d.lgs. n. 3/2017 un argomento sistematico: il legislatore, nel disciplinare l'iniziativa del privato in materia di concorrenza, avrebbe inteso porre l'onere della prova a carico di chi agisce, senza consentire inversioni fondate su presunzioni. Quell'argomento non trova conferma nel testo al quale si richiama. Il medesimo decreto introduce infatti, proprio nell'azione privata, una presunzione relativa a vantaggio di chi agisce, introducendola con riferimento alle intese nazionali, quali definite dall'art. 2 della legge n. 287/1990. La disciplina invocata, dunque, non esprime il principio generale che se ne vorrebbe ricavare. Dove la disciplina derivata non arriva, la regola probatoria nazionale non resta priva di misura: si commisura direttamente all'art. 101 TFUE e ai principi di equivalenza ed effettività. La Corte di giustizia lo ha affermato per l'ipotesi in cui la direttiva non sia applicabile *ratione temporis*. Il criterio vale a maggior ragione quando l'inapplicabilità dipenda dall'oggetto dell'azione e dalla forma dell'intesa: il giudice nazionale conserva il potere di disciplinare le modalità della prova, purché non renda

[15] T. ANDERSSON, *The Binding Effects of Decisions and Judgments under EU Competition Law*, cit., p. 105, annovera fra le asimmetrie del sistema la circostanza che le decisioni delle autorità nazionali non vincolino nel contenzioso civile sulla validità dei contratti, giudicandola priva di giustificazione: «it is unclear from that normative perspective why CA decisions are not binding in cross-border situations, why they are not binding in civil litigation on the validity of contracts». Sul versante soggettivo, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *The Presumption of Harm and its Implementation in the Member States' Legal Orders*, nel medesimo volume, p. 201 ss., spec. p. 205: «the Directive's definition does not seem to include decisions by associations of undertakings». I due rilievi convergono sul caso di specie, che è azione di nullità relativa a una deliberazione associativa. Il primo vale in entrambe le direzioni. Se l'art. 7 non governa l'azione di nullità, il garante non può invocare a proprio favore il vincolo del comma 1, per il quale la violazione constatata dall'autorità «si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore». Per la stessa ragione, neppure le Sezioni Unite possono assumere l'art. 7 come indice per limitare al periodo esaminato il valore di prova privilegiata dell'accertamento (pag. 20): la norma appartiene a un regime dettato per il risarcimento e chi la importi deve importarne anche la funzione, che è di agevolare chi agisce.
[16] Un impiego delle presunzioni del decreto in funzione di nullità, e non di risarcimento, è in A. MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni unite n. 41994/2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 682 ss., spec. p. 688, per il quale l'art. 12 sul sovrapprezzo «funge da presunzione che agevola la prova della nullità del contratto che contiene il sovrapprezzo anticompetitivo e non già dell'insostenibile tutela risarcitoria».

praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto conferito dal Trattato. La disciplina che ne risulta deve, inoltre, essere adattata alle specificità del diritto della concorrenza. Ne discende un corollario che il presente caso rende evidente: l'argomento sistematico tratto dal decreto del 2017 non può operare in senso inverso a quello per cui il decreto è stato dettato, irrigidendo cioè, per le garanzie stipulate fuori dal periodo coperto dall'accertamento, il riparto dell'onere in una materia che quel decreto non governa e che esso, dove governa, disciplina agevolando chi agisce[17].

4. La prova della persistenza dell'intesa e la presunzione di causalità.

Se il decreto non sorregge un riparto dell'onere interamente a carico del garante, occorre stabilire che cosa egli debba effettivamente provare quando la fideiussione sia stata stipulata fuori dal periodo coperto dall'accertamento. La risposta passa per due piani distinti: la persistenza dell'intesa oltre quel periodo, che va provata, e il nesso fra l'intesa provata e la condotta della singola banca, che si presume. Quanto al primo, nel diritto dell'Unione l'onere della prova dell'infrazione grava su chi la afferma (art. 2 del regolamento (CE) n. 1/2003) e la giurisprudenza della Corte di giustizia non conosce una presunzione di persistenza: la partecipazione in un determinato periodo va accertata. Quel rigore è temperato dal modo in cui la persistenza si prova: in mancanza di prova diretta, il giudice dell'Unione ammette che l'infrazione sia ritenuta ininterrotta fra due date sulla base di fatti sufficientemente ravvicinati nel tempo[18]. Lo standard di quella prova è definito con precisione. Il considerando n. 5 del regolamento lascia alle norme nazionali il grado di intensità della prova, purché compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione, mentre la Corte di giustizia ha chiarito che l'esistenza di una pratica concordata, nella maggior parte dei casi, «deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole di concorrenza»[19], sicché «il principio di effettività esige che la prova di una violazione del diritto della

[17] Corte giust., 28 marzo 2019, causa C-637/17, *Cogeco Communications*, ECLI:EU:C:2019:263, punti 42-44, per l'ipotesi in cui la direttiva non sia applicabile *ratione temporis*; punto 47, per l'esigenza che la disciplina nazionale sia «adattata alle specificità del diritto della concorrenza» (la pronuncia riguarda l'art. 102 TFUE e la prescrizione, ma enuncia il principio per le modalità di esercizio del diritto). Sulla qualificazione delle norme in materia di onere e di standard della prova come norme procedurali e sulla necessità che tale qualificazione sia condotta alla luce del diritto dell'Unione, Corte giust., 22 giugno 2022, causa C-267/20, *Volvo e DAF Trucks*, ECLI:EU:C:2022:494, punti 39, 41 e 84-85; diversamente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, sez. spec. impresa, 29 giugno 2023, n. 6740.

[18] Trib., 16 giugno 2011, cause riunite T-208/08 e T-209/08, *Gosselin Group*, ECLI:EU:T:2011:287, punto 154: in mancanza di elementi di prova che dimostrino direttamente la durata dell'infrazione, la Commissione «è dunque tenuta a fondarsi quantomeno su elementi di prova riferentisi a fatti sufficientemente ravvicinati nel tempo, in modo tale che si possa ragionevolmente ammettere che tale infrazione si sia protratta ininterrottamente entro due date precise». La regola è qualificata come presunzione fondata sull'effettività da C. RITTER, *Presumptions in EU competition law*, SSRN Working Paper n. 2999638, 2017, p. 20 (poi in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018, vol. 6, n. 2, p. 189 ss.): essa richiede tuttavia la prova di fatti ravvicinati nel tempo e non dispensa dalla prova della durata. Applicata alla materia in esame, essa assegna rilievo a una raccolta di moduli ordinata per anno.

[19] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punto 36, che richiama Corte giust., 17 settembre 2015, causa C-634/13 P, *Total Marketing Services*, ECLI:EU:C:2015:614, punto 26. Nello stesso senso Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P e altre, *Aalborg Portland e a.*, ECLI:EU:C:2004:6, punto 57, che vi premette il rilievo per cui le attività collusive si svolgono di regola in modo clandestino e la documentazione relativa è ridotta al minimo (punti 55 e 56).

concorrenza dell'Unione possa essere apportata non solo mediante prove dirette, ma anche attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti»[20]. Per un'infrazione protratta per più anni, la mancanza di prova diretta della partecipazione in un determinato periodo non impedisce di accertarla, purché l'accertamento si fondi su indizi oggettivi e concordanti, fra i quali rileva anche la mancata dissociazione pubblica dell'impresa[21].

La sentenza *Total Marketing Services*[22], che riguarda la prova della prosecuzione o della cessazione della partecipazione a un'infrazione pluriennale, assume perciò particolare rilievo per le fideiussioni stipulate dopo il 2005. Il provvedimento stabilì che le circolari con cui lo schema sarebbe stato diffuso fossero emendate dalle clausole censurate e trasmesse in via preventiva alla Banca d'Italia (dispositivo): la questione diventa allora se la banca che abbia continuato a impiegare le clausole censurate abbia proseguito la partecipazione all'intesa o l'abbia cessata. La sentenza offre i criteri per entrambe le ipotesi. La dissociazione pubblica non è l'unico mezzo per provare la cessazione della partecipazione a un'infrazione pluriennale (punti 22-24). Resta però «un fatto importante idoneo a dimostrare la cessazione di un comportamento anticoncorrenziale», mentre la sua mancanza è «una situazione di fatto di cui la Commissione può servirsi» per provare il proseguimento della condotta. Tuttavia, «nel caso in cui, durante un periodo di tempo significativo, si siano tenute plurime riunioni collusive senza la partecipazione dei rappresentanti della società interessata, la Commissione deve altresì fondare la propria valutazione su altri elementi di prova» (punto 28). L'impresa ricorrente sosteneva che, in mancanza di prove dirette, occorressero fatti sufficientemente ravvicinati nel tempo da far ritenere ininterrotta l'infrazione (punto 11): è un argomento della parte, non un'affermazione della Corte di giustizia, e soltanto a questo titolo può essere richiamato. Nel caso ABI, dunque, la persistenza dell'intesa oltre il 2005 non si presume. Su questo le Sezioni Unite non contraddicono la giurisprudenza europea. Le stesse Sezioni Unite chiedono però al giudice di vagliare il «ritardo» nella «dissoluzione degli effetti dell'accertata intesa o pratica concordata» (pag. 21). Ciò che nel 2005 fu accertato è la deliberazione dell'ABI (§ 91), che riproponeva clausole già presenti nelle norme bancarie uniformi (parere, § 37) e fu dichiarata contraria alla concorrenza prima ancora della sua diffusione, per la sua idoneità a perpetuare una prassi preesistente (§§ 56 e 93). Per la Corte di giustizia è sufficiente che un'intesa formalmente cessata continui a produrre effetti, purché il comportamento degli interessati faccia «implicitamente emergere l'esistenza degli elementi di concertazione e di coordinamento propri dell'intesa» e pervenga «al medesimo risultato voluto dall'intesa»[23]. La persistenza si prova per indizi, fra i quali la continuità del coordinamento e la presenza delle clausole censurate nei moduli di istituti diversi negli stessi anni, anche dopo il provvedimento del 2005. Nel caso ABI la mancata dissociazione delle singole banche consiste proprio in questo: nel continuare a impiegare clausole che il provvedimento aveva censurato.

[20] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punto 37.
[21] Corte giust., 17 settembre 2015, causa C-634/13 P, *Total Marketing Services*, cit., punti 27-28.
[22] Ibid., punti 11 e 22-28. La pronuncia decide l'impugnazione relativa all'intesa sul mercato delle cere di paraffina: la ricorrente sosteneva di non avere partecipato ad alcuna riunione collusiva per un anno, fino agli accertamenti della Commissione (punto 10).
[23] Corte giust., 15 giugno 1976, causa 51/75, *EMI Records c. CBS United Kingdom*, ECLI:EU:C:1976:85, punti 30-31.

La sentenza *Eturas*[24] segna il confine fra i due piani: lo standard della prova dell'intesa è rimesso al diritto nazionale, entro i principi di equivalenza e di effettività (punti 32 e 34), mentre la presunzione del nesso, oggetto del secondo piano, ne resta sottratta (punto 33). Sul primo piano la distinzione chiarisce i limiti di ciò che si può contestare alla sentenza n. 24825. Le Sezioni Unite erano libere di fissare lo standard con cui il garante potesse provare l'intesa oltre il 2005. Il fatto che abbiano ammesso come indice la standardizzazione non oggetto di specifica ed effettiva trattativa (pag. 30) va nella direzione indicata dalla Corte di giustizia. La determinazione dello standard della prova non può tuttavia tradursi in criteri tali da rendere la prova impossibile o eccessivamente difficile[25].

Che i due piani vadano tenuti distinti non è una ricostruzione dottrinale: corrisponde alla struttura della fattispecie, così come la Corte di giustizia l'ha descritta. Dopo la cessazione formale della deliberazione, i suoi effetti si manifestano, nei termini della sentenza *EMI Records*[26], nel comportamento delle imprese che riveli gli elementi di concertazione e di coordinamento propri dell'intesa: la loro prova segue perciò lo schema della pratica concordata, senza che muti il titolo dell'infrazione (v. *infra*, par. 5). La nozione di pratica concordata «implica, oltre alla concertazione tra le imprese interessate, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione e un nesso causale tra questi due elementi»[27]. La concertazione e il comportamento sul mercato si provano, mentre si presume il nesso causale fra i due. Nel caso ABI la concertazione è il coordinamento associativo, che si prova anzitutto sui documenti dell'associazione e, dopo il 2005, con indizi di sistema: le stesse clausole nei moduli di istituti diversi negli stessi anni, anche dopo che il provvedimento le aveva censurate. Il comportamento sul mercato è l'uso delle clausole da parte della singola banca, che risulta dal contratto sottoscritto dal garante, salvo prova contraria. La distinzione, del resto, è anche il modo in cui la questione è stata portata davanti alla Corte di giustizia. Nella causa C-8/08 il giudice del rinvio, il *College van Beroep voor het bedrijfsleven* dei Paesi Bassi, domandava se il nesso causale fra la concertazione e il comportamento delle imprese sul mercato dovesse essere valutato secondo le regole del diritto nazionale. La Corte di giustizia ha risposto che la presunzione del nesso discende dalla norma del Trattato e «costituisce parte integrante del diritto comunitario applicabile» (punto 52). La ripartizione con il diritto nazionale, cui resta la disciplina dei modi in cui gli altri elementi della fattispecie vengono provati, è stata precisata dalla sentenza *Eturas* (punti 30-34). È la stessa struttura del problema che si pone davanti al giudice italiano chiamato a decidere sulla nullità della fideiussione. La sentenza n. 24825 non mette sufficientemente in luce la presunzione del nesso.

---

[24] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punti 32-34. La pronuncia è resa su rinvio della Corte suprema amministrativa della Lituania, in un procedimento relativo ad agenzie di viaggio che utilizzavano un comune sistema informatico di prenotazione, il cui amministratore aveva comunicato l'introduzione di un tetto automatico agli sconti per le prenotazioni in linea.

[25] Corte giust., 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone*, ECLI:EU:C:2014:1317, punto 33, che censura l'esclusione di una voce di pregiudizio operata «in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie»; punti 24 e 32, per il potere degli Stati membri di disciplinare le modalità di esercizio del diritto entro il limite dell'effettività. Sull'asimmetria informativa che giustifica l'alleggerimento dell'onere, Corte giust., 22 giugno 2022, causa C-267/20, *Volvo e DAF Trucks*, cit., punto 55; il considerando n. 47 della direttiva 2014/104/UE.

[26] Corte giust., 15 giugno 1976, causa 51/75, *EMI Records c. CBS United Kingdom*, cit., punto 31.

[27] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punto 42; nella stessa formula già Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punto 118.

Il secondo piano è il nesso fra l'intesa provata e la condotta della singola banca. Qui la giurisprudenza europea è univoca per le imprese che abbiano partecipato alla concertazione, mentre la posizione della banca che si limiti ad adottare lo schema associativo richiede una verifica ulteriore (v. *infra*, par. 5). Nella sentenza *Anic*, pronunciata nel contenzioso sulla decisione della Commissione relativa al cartello del polipropilene, la Corte di giustizia afferma che «bisogna presumere, fatta salva la prova contraria il cui onere incombe agli operatori interessati, che le imprese partecipanti alla concertazione e che rimangono presenti sul mercato tengano conto degli scambi di informazioni con i loro concorrenti per decidere il proprio comportamento sul mercato stesso» e aggiunge che «ciò varrà tanto più quando la concertazione abbia luogo regolarmente per un lungo periodo»[28]. Quell'inciso non condiziona la presunzione: nella sentenza *T-Mobile Netherlands* la Corte di giustizia ha precisato di averne fatto dipendere l'applicazione «unicamente dall'esistenza di una concertazione e dalla circostanza che l'impresa sia rimasta attiva sul mercato», sicché il riferimento alla concertazione regolare e prolungata significa che la presunzione ne risulta rafforzata, non limitata[29]. La presunzione opera anche quando la concertazione si fondi su una sola presa di contatto (punti 59-62). Il rilievo conta nel caso in esame, dove alla banca non si imputa la partecipazione a riunioni periodiche, ma l'adozione di uno schema deliberato dalla propria associazione. Quanto alla prova contraria, la Corte di giustizia ne precisa il contenuto: accertato che gli operatori hanno dato luogo a una concertazione e che sono rimasti attivi sul mercato, «è legittimo esigere che essi forniscano la prova che la concertazione in questione non ha influito in alcun modo sul loro comportamento sul detto mercato»[30]. La presunzione non è un espediente argomentativo. La Corte di giustizia, in *Anic*, vi ricorre dopo avere censurato il Tribunale, che aveva ritenuto che la concertazione avesse necessariamente prodotto effetti sul comportamento delle imprese partecipanti (punto 119): un automatismo che escludeva ogni prova contraria. Al suo posto la Corte pone una presunzione relativa, che colma il passaggio dalla concertazione alla condotta ma lascia all'impresa la possibilità di dimostrare che la concertazione non ha influito sul proprio comportamento (punto 121). Soprattutto, la Corte di giustizia ha ricordato in *Eturas*, richiamando la sentenza *T-Mobile Netherlands*, che quella presunzione «discende dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE ed è, di conseguenza, parte integrante del diritto dell'Unione che il giudice nazionale è tenuto ad applicare»[31]. Quest'ultima pronuncia è decisiva. La questione vi era posta negli stessi termini che qui rilevano: il giudice del rinvio domandava se la presunzione fosse parte della nozione di pratica concordata, e in tal caso vincolante, oppure una regola processuale, come tale disapplicabile in forza dell'autonomia procedurale (punto 46). Le

[28] Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punto 121. Si tratta della decisione 86/398/CEE della Commissione, del 23 aprile 1986 (IV/31.149 – Polipropilene), in G.U.C.E. L 230 del 18 agosto 1986, p. 1.

[29] Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, cit., punto 58.

[30] *Ibid.*, punto 61. L'effetto della presunzione non richiede un'inversione formale dell'onere: come osserva P. Van Cleynenbreugel, *The Presumption of Harm*, cit., p. 203, esso «may factually follow from the application of the presumption in itself. In the latter case, the burden of proof is not formally shifted, but the type of evidence to be adduced by either party will be centred on the scope and extent of the presumption at play in the specific case». È quanto la giurisprudenza interna realizza nell'azione risarcitoria, escludendo che la prova contraria del nesso causale fra l'illecito e il danno possa consistere in «argomentazioni generali»: Cass., sez. VI-1, ord. 11 settembre 2015, n. 17996.

[31] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punto 33, che richiama Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, cit., punti da 51 a 53.

imprese sostenevano la seconda lettura, il governo dei Paesi Bassi e la Commissione la prima (punti 47 e 48). La Corte di giustizia ha constatato che «la presunzione di causalità deriva dall'art. 81, n. 1, CE, come interpretato dalla Corte, e che, di conseguenza, essa costituisce parte integrante del diritto comunitario applicabile» (punto 52). Nel punto 2 del dispositivo la Corte di giustizia ha poi affermato che, nell'esame del nesso causale, «il giudice nazionale è tenuto ad applicare, salvo prova contraria che spetta agli operatori interessati fornire, la presunzione di causalità enunciata dalla giurisprudenza della Corte». Il vincolo, dunque, non è desumibile da un passaggio della motivazione: è enunciato nel dispositivo. Tale lettura trova riscontro nella dottrina che ha commentato la pronuncia: si è osservato che la sentenza rispetta con esattezza la ripartizione fra prerogative dell'Unione e prerogative nazionali, perché la presunzione di causalità affonda le proprie radici nelle regole sostanziali dell'Unione, mentre il trattamento della prova resta governato dalle regole e dalle procedure interne[32].

Ne segue che lo standard fissato dal diritto nazionale non può risolversi nell'esigere dal garante la prova positiva che la singola banca abbia tenuto conto del coordinamento nel determinare la propria condotta sul mercato: accertata la concertazione e accertato che l'impresa è rimasta attiva su quel mercato, il nesso si presume e residua soltanto la prova contraria, il cui onere incombe all'impresa[33]. Il fondamento della presunzione, del resto, è il medesimo che l'ordinamento interno conosce come vicinanza della prova: l'onere si sposta su chi è in condizione di accedere agli elementi rilevanti[34].

Le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, presentate il 19 febbraio 2009, offrono un secondo livello di argomentazione. L'avvocato generale riteneva che la presunzione del nesso causale fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa attenesse al grado di intensità della prova e fosse quindi rimessa al diritto nazionale (§§ 77-81), tesi che la Corte di giustizia non ha accolto. Anche nella sua impostazione, che rimette la presunzione al diritto nazionale, i giudici nazionali non possono

[32] C.S. RUSU, *Eturas: Of Concerted Practices, Tacit Approval, and the Presumption of Innocence*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, vol. 7, n. 6, p. 396 ss., in commento alla sentenza che richiama i punti 51-53 di Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, cit. L'autore distingue due presunzioni che la pronuncia tiene separate. La distinzione giova anche qui. La prima è la presunzione di causalità: l'impresa che abbia partecipato alla concertazione e rimanga attiva sul mercato si presume tenga conto delle informazioni scambiate nel determinare la propria condotta. Essa è intrinseca alla nozione di pratica concordata e appartiene perciò al diritto dell'Unione. La seconda attiene invece alla prova della conoscenza: nella specie si trattava di stabilire se i destinatari del messaggio diffuso dall'amministratore del sistema informatico di prenotazione ne avessero conosciuto il contenuto. Quella presunzione riguarda la valutazione degli elementi di prova e resta materia di diritto nazionale, entro i limiti di equivalenza ed effettività (Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punti 30-34). Provata la conoscenza, la partecipazione alla concertazione si può presumere, salvo dissociazione pubblica o altra prova contraria (punti 44-46; così anche l'autore, p. 397). Soltanto la prima, dunque, è sottratta all'autonomia procedurale degli Stati membri. La presunzione di partecipazione è enunciata dalla Corte di giustizia, ma «in funzione della valutazione delle prove da parte del giudice del rinvio» (punto 44).

[33] Quanto alla prova contraria consentita all'impresa partecipe dell'intesa, nella giurisprudenza interna Cass., sez. VI-1, ord. 11 settembre 2015, n. 17996, cit.; già Cass., sez. III, 26 maggio 2011, n. 11610, oltre a Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, § 1.3.

[34] C. RITTER, *Presumptions in EU competition law*, cit., p. 19: «It also makes sense to use a rebuttable presumption to cut the costs of adjudication by shifting the burden to the party which is more likely to have access to the evidence. This is known as the "proof proximity principle"»; e, sulla presunzione di *Anic* in particolare, ivi, p. 19: essa «may be rebutted, probably because the firm is better able to produce evidence on this point». La stessa presunzione, osserva l'autore, non risulta finora mai vinta (p. 16, nota 72).

però imporre criteri di prova così gravosi da rendere impossibile o eccessivamente difficile la dimostrazione dell'infrazione (§ 87). Poiché le condotte collusive sono per loro natura occulte, i giudici devono ammettere conclusioni tratte dall'esperienza comune, che spetta alla controparte smentire (§§ 88-90), senza che ciò violi la presunzione d'innocenza, purché la confutazione resti possibile (§ 93). Ne discende una conclusione che conserverebbe rilievo anche se si escludesse che la presunzione possa operare quale regola di diritto dell'Unione: il riparto dell'onere probatorio adottato dalle Sezioni Unite resta soggetto al principio di effettività e non può quindi essere configurato in modo da rendere eccessivamente difficile, per chi agisce, la dimostrazione della persistenza dell'intesa e della sua incidenza sulla condotta dell'impresa.

Il rapporto con la presunzione d'innocenza è affrontato dalla stessa sentenza *Eturas*, che la qualifica principio generale del diritto dell'Unione, ora enunciato all'art. 48, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, e che gli Stati membri sono tenuti a rispettare nell'attuazione del diritto della concorrenza dell'Unione (punto 38). Se ne ricava un argomento *a fortiori*: se la presunzione di causalità convive con la presunzione d'innocenza in un procedimento che si concluda con l'irrogazione di ammende, lo fa a maggior ragione in un giudizio civile di nullità, nel quale non si irrogano sanzioni. La medesima sentenza ne precisa i limiti. La conoscenza di una comunicazione anticoncorrenziale non può essere dedotta dal solo invio, ma richiede altri indizi oggettivi e concordanti. Per la confutazione, inoltre, al giudice è vietato esigere «sforzi eccessivi o non realistici» (punti 39-41). Quei limiti discendono dalla presunzione d'innocenza e riguardano la presunzione di conoscenza della comunicazione. Nel giudizio civile non valgono con maggiore intensità, ma ne resta fermo il nucleo, comune a ogni presunzione relativa: anche la presunzione del nesso deve poter essere effettivamente confutata. Nel caso ABI, del resto, il garante non è dispensato da una prova analoga a quella che la sentenza richiede per la partecipazione (punto 45): la sola esistenza dello schema predisposto dall'ABI non basta, serve la prova del suo uso uniforme.

L'obiezione più seria a questa impostazione è che la presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa, così collocata, non aggiungerebbe nulla. Se il garante deve provare la persistenza del coordinamento e se fra gli indizi di quella persistenza figura l'uso delle clausole da parte delle banche, la condotta della banca convenuta sarebbe già compresa in ciò che è stato provato: il nesso risulterebbe accertato, non presunto. A questo si aggiunge il carattere personale della responsabilità per le violazioni delle regole di concorrenza, che la Corte di giustizia ha richiamato per escludere che la nullità di un'intesa si estenda ai contratti conclusi da soggetti terzi rispetto a essa[35]. L'obiezione merita considerazione, ma non coglie il punto. La persistenza dell'intesa si prova con indizi di sistema: la continuità del coordinamento dalla circolare del 1987 e la presenza delle clausole censurate nei moduli di istituti diversi negli stessi anni, anche dopo il provvedimento del 2005[36]. Assolta

[35] Corte giust., 3 settembre 2026, causa C-60/25, *Livronsa*, cit., punti 36-37.

[36] Nella giurisprudenza interna, Cass., sez. I, ord. 12 dicembre 2017, n. 29810, che esclude che l'illecito dipenda dall'inosservanza delle prescrizioni dell'autorità, perché riconoscerle un «potere di prescrizione, necessario e pregiudiziale rispetto ad ogni accertamento del giudice» non trova riscontro in alcuna norma (§§ 11 e 11.4), e nel principio di diritto riconduce alla disciplina antitrust «tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza» (§ 12); Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, cit., che nega rilievo decisivo all'attuazione della prescrizione con cui fu imposto all'ABI di estromettere le clausole dallo

questa prova, la presunzione riguarda il collegamento fra quel coordinamento e la condotta della singola banca rimasta attiva sul mercato, senza che occorra dimostrare la sua partecipazione a ogni manifestazione dell'intesa, e incide anzitutto sulla controprova, come si dirà esaminando la posizione della banca associata. Il richiamo alla responsabilità personale, del resto, riguardava nella sentenza *Livronsa* un istituto che non aveva partecipato all'intesa e un contratto appartenente a un mercato distinto (punti 37-38), mentre la banca che adotti lo schema della propria associazione si trova in una posizione diversa[37].

La distinzione consente di circoscrivere il rilievo mosso alla sentenza. La Corte di Cassazione ha legittimamente chiesto al garante la prova della persistenza dell'intesa e ha ammesso che l'intesa si provi anche per indici, come la standardizzazione delle clausole (pag. 30). Non ha però distinto quella prova dal nesso fra la concertazione e la condotta della singola banca. Ha escluso in termini generali le inversioni dell'onere fondate su presunzioni, in un passaggio dedicato alla proiezione temporale dell'accertamento (pag. 20; v. *supra*, par. 1). Così formulata, l'esclusione finisce per investire anche un meccanismo presuntivo che, sul nesso fra concertazione e condotta, non è una creazione della giurisprudenza nazionale ma un elemento della nozione europea di pratica concordata.

5. La deliberazione associativa e la banca che la adotta.

L'obiezione prevedibile è che la presunzione di causalità riguardi le imprese che abbiano partecipato alla concertazione, mentre la singola banca si è limitata a utilizzare uno schema associativo formalmente facoltativo. La giurisprudenza europea offre, su questo, indicazioni puntuali. Conviene però fissare anzitutto quale sia l'atto a monte, perché da esso dipende il titolo della nullità. Sul piano del diritto dell'Unione la questione si è posta perché l'art. 101, par. 2, TFUE riserva la nullità di pieno diritto agli accordi e alle decisioni. Nell'ordinanza cautelare resa nella causa *Artisjus* il presidente del Tribunale ne ha tratto che l'illiceità di una pratica concordata non renderebbe nulli gli atti negoziali che ne costituiscano il risultato. L'affermazione, resa in sede cautelare, non è pacifica: H. Ullrich contesta l'opinione diffusa da cui essa muove[38]. La Corte di giustizia, nella sentenza *Allianz Hungária*, ha poi affermato che un accordo orizzontale o una pratica concordata destinati a ripartire il mercato, ove sussistenti, renderebbero illegittimi anche gli accordi verticali conclusi per attuarli (punto 45). Sul piano interno la questione non si pone, perché la legge n. 287/1990 comprende le pratiche concordate

schema (v. *supra*, nota 11); in termini più favorevoli al garante, Trib. Roma, sez. spec. impresa, 18 febbraio 2022, n. 2659, per il quale basta verificare che le clausole convenute, «anche a distanza di anni dal citato provvedimento», coincidano con quelle oggetto dell'intesa; Trib. Pavia, sez. III, 30 agosto 2023, n. 1060, che, verificata la corrispondenza delle clausole, pone a carico della banca, per la «vicinanza» della prova contraria, gli elementi indiziari di segno opposto, come il tempo trascorso dal provvedimento. Occorre avvertire che la formula «tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario», comunemente attribuita a Cass., sez. I, 1° febbraio 1999, n. 827, è la riformulazione che ne dà Cass. n. 29810/2017, § 11.1: il testo del 1999 discorre di «quella situazione, anche ulteriore all'eventuale negozio».

[37] In senso contrario, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, sez. spec. impresa, 22 agosto 2023, nn. 6818 e 6820; App. Ancona, sez. I, 13 luglio 2023, n. 1110; App. Milano, sez. I, 4 maggio 2023, n. 1425. Due rilievi si impongono. Trib. Milano n. 6818/2023 confina Cass. n. 29810/2017 con una massima che riguarda l'azione risarcitoria e non quella di nullità. App. Ancona n. 1110/2023 riporta il principio di Cass. n. 13846/2019, per cui rileva la coincidenza delle clausole con lo schema vietato, e poi lo disattende.

[38] H. ULLRICH, *Nullity Neglected*, cit., p. 617, nota 45.

fra le intese e le dichiara nulle ad ogni effetto (art. 2, commi 1 e 3; v. *infra*, par. 7). Nel caso in esame, del resto, essa non si porrebbe neppure sul piano europeo, perché l'atto a monte è la deliberazione dell'associazione, che l'art. 101, par. 2, TFUE menziona espressamente fra gli atti nulli di pieno diritto. La persistenza oltre il 2005, inoltre, non introduce un titolo diverso, essendo continuata attuazione della medesima deliberazione e non una concertazione autonoma da qualificare *ex novo*[39]. Ne risulta una distinzione di funzioni. La deliberazione è il titolo della nullità e, se la si considera restrittiva per il suo oggetto, non richiede la prova di effetti sul mercato. Il provvedimento non usa questa formula e subordina il contrasto delle clausole con la legge alla circostanza che «vengano applicate in modo uniforme» (dispositivo, lett. a), ma ha riguardo alla «capacità dello schema» di incidere, attraverso la standardizzazione contrattuale, su aspetti rilevanti per la tutela della concorrenza (§ 56): la qualificazione per oggetto è quindi una conclusione da argomentare alla stregua dei criteri europei (v. *infra*, par. 7), non un dato del provvedimento. La presunzione del nesso opera invece sull'attuazione: collega alla deliberazione la condotta della singola banca che ne adotti le clausole. Dopo il 2005, cessata formalmente la deliberazione, è attraverso quella condotta che se ne manifestano gli effetti (v. *supra*, par. 4).

Il criterio con cui la giurisprudenza europea individua il carattere restrittivo delle determinazioni associative ha una storia lunga. L'intera linea trova riscontro nei documenti del 2005. Già nel 1972, nella sentenza *Vereeniging van Cementhandelaren*, la Corte di giustizia affermava che la fissazione di un prezzo, «sia pure meramente indicativo», pregiudica la concorrenza «in quanto consente a ciascun partecipante di prevedere quasi con certezza quale

[39] Trib., ord. pres., 14 novembre 2008, causa T-411/08 R, *Artisjus c. Commissione*, ECLI:EU:T:2008:503, punti 46-47: «Article 81(2) EC makes void only "agreements [between undertakings] or decisions [by associations of undertakings]" prohibited under Article 81(1) EC, whereas that civil-law sanction does not apply to prohibited "concerted practices"», sicché «the unlawfulness of the concerted practice referred to in the contested decision cannot therefore make void the alleged result of that practice, namely the reciprocal representation agreements»; in dottrina C. CAUFFMAN, *Nullity under Art. 101(2) TFEU*, cit., p. 5 s. La sentenza di merito, Trib., 12 aprile 2013, causa T-411/08, *Artisjus c. Commissione*, ECLI:EU:T:2013:172, ha poi annullato nei confronti di Artisjus l'art. 3 della decisione, che accertava la pratica concordata. Il rilievo sull'art. 101, par. 2, TFUE conserva tuttavia il suo valore, perché attiene alla portata della sanzione civile e non all'accertamento dell'infrazione. Nell'ordinanza, il «result of that practice» erano dunque atti negoziali: il rilievo concerne la sorte degli atti che diano seguito alla concertazione, non la qualificazione della concertazione in sé; nello stesso ordine di idee Trib., 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding*, ECLI:EU:T:2002:70, punto 201, per il quale la sanzione di nullità è «ideata per le ipotesi in cui è effettivamente in esame un obbligo giuridico». La sua portata è per altro verso attenuata da Corte giust., 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, ECLI:EU:C:2013:160, punto 45, per il quale «un accordo orizzontale o una pratica concordata destinati a ripartire il mercato» comporterebbero, oltre alla restrizione per oggetto, anche «l'illegittimità degli accordi verticali conclusi per attuare l'accordo o la pratica stessi». Nella costruzione delle Sezioni Unite del 2021, infine, la nullità delle clausole della fideiussione non discende direttamente dall'art. 101, par. 2, TFUE, bensì dall'art. 2, comma 3, della legge n. 287/1990 (principio di diritto, § 3; ma v. § 2.17 e, *infra*, par. 6), per il nesso funzionale fra il contratto a valle e l'intesa vietata: il che restringe ulteriormente l'incidenza dell'obiezione. L'obiezione è stata del resto contestata in radice da H. ULLRICH, *Nullity Neglected*, cit., p. 617, nota 45: contrariamente a un'opinione diffusa, «transactions based on a concerted practice may well be held void not on the basis of Art. 101(2) TFEU, but in consequence of the prohibition rule of Art. 101(1) TFEU». Non vi è ragione, aggiunge l'autore, per trattare diversamente i contratti di seguito fondati su una pratica concordata, «the less so as it is by the follow-on transactions that the coordination becomes a concerted practice». Depone nel medesimo senso il principio enunciato nel 2026, che demanda al giudice di accertare se il modello negoziale corrisponda «a un'intesa o pratica concordata con effetti restrittivi della concorrenza» (pag. 31): anche per le Sezioni Unite, dunque, il titolo della nullità del contratto a valle non presuppone un atto negoziale a monte.

sarà la politica dei prezzi dei suoi concorrenti»[40]. Nella stessa sentenza la Corte di giustizia riconduceva all'intesa anche le condizioni generali e complementari d'acquisto e di vendita adottate dall'associazione olandese dei commercianti di cemento, le quali, «benché constino in parte di clausole commerciali d'uso corrente, di per sé estranee all'intesa, contengono tuttavia numerose disposizioni atte a giovare ai fini di questa» (punti 35-36), e lasciava all'associazione il compito di stabilire quali clausole sopprimere e quali mantenere in vigore (punti 37-39). Il precedente sconta, tuttavia, un limite: a proposito dei prezzi indicativi la Corte di giustizia osservava che le relative disposizioni andavano considerate nell'ambito delle norme interne dell'associazione, «norme molto rigorose, che prevedono controlli e sanzioni» (punti 21-22).

La prassi della Commissione applica lo stesso criterio, con il medesimo limite. Nella decisione 95/551/CE del 29 novembre 1995[41], relativa alle associazioni olandesi dei noleggiatori di gru, le tariffe raccomandate e interne dell'associazione, richiamate dalle sue condizioni generali, sono state ritenute restrittive perché, osservate o no nella pratica, consentivano di prevedere con ragionevole certezza la politica di prezzo dei concorrenti, con espresso richiamo ai punti 15-25 della *Cementhandelaren*[42] e ai punti 34-43 della *Verband der Sachversicherer*[43] (punto 20). Anche in quel caso le decisioni dell'associazione obbligavano le associate, che potevano esserne escluse in caso di violazione (punto 10). Due dati della decisione circoscrivono la portata del precedente. Il sistema privato di certificazione delle imprese di noleggio, gestito da una fondazione collegata all'associazione, continuava a funzionare anche dopo la soppressione delle restrizioni, imposta da un giudice nazionale, il che ne escludeva l'indispensabilità (punto 26). La Commissione ha datato la fine dell'infrazione alla loro abrogazione formale (punto 46). La durata rilevava per il calcolo dell'ammenda, non per la prova della prosecuzione di fatto della condotta.

Il superamento del limite comune ai due precedenti, cioè la natura vincolante delle regole associative, viene dalla sentenza *Verband der Sachversicherer*[44]. L'associazione degli assicuratori aveva diffuso una raccomandazione dichiarata non vincolante. La Corte di giustizia l'ha qualificata come decisione di associazione valorizzando l'interesse comune delle associate, la formulazione imperativa dell'atto e lo statuto che attribuiva all'associazione il compito di coordinarne la condotta (punti 29-31) e ha concluso che la raccomandazione, «indipendentemente dalla sua precisa natura giuridica», costituiva «l'espressione fedele della volontà del ricorrente di coordinare il comportamento dei soci sul mercato tedesco delle assicurazioni» (punto 32). Per le decisioni di associazioni, come per gli accordi, non occorre esaminare gli effetti quando risulti l'oggetto restrittivo (punto 39). L'argomento secondo cui le associate, avendo concorso a formulare la raccomandazione, ne sono insieme autrici e destinatarie è della Commissione (punto 38) e non può essere ascritto alla Corte di giustizia.

La stessa sentenza contiene un passaggio che nel caso delle fideiussioni pesa più che in quello degli assicuratori tedeschi. Alla difesa che invocava il regime nazionale di vigilanza sul settore assicurativo la Corte di giustizia ha risposto che le disposizioni di vigilanza «hanno un

[40] Corte giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren*, cit., punti 21-22.
[41] Decisione 95/551/CE della Commissione, del 29 novembre 1995, in G.U.C.E. L 312 del 23 dicembre 1995, p. 79.
[42] Corte giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren*, cit.
[43] Corte giust., 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer*, cit.
[44] *Ibid*., punti 22-23, 29-32, 38 e 39.

oggetto diverso da quello del diritto comunitario della concorrenza» e che quest'ultimo non subordina la propria attuazione «al modo in cui il controllo di taluni settori di attività è organizzato da una normativa nazionale» (punti 22-23). La Commissione, dal canto suo, aveva rilevato che l'autorizzazione già concessa dalle autorità nazionali non impediva l'applicazione del divieto (punto 20). Nel caso dello schema ABI l'obiezione sarebbe anzi più debole, perché l'autorità che ha accertato l'intesa era la medesima autorità di vigilanza del settore.

Il parere dell'Autorità garante sullo schema ABI si colloca esattamente su questa linea: le norme predisposte dall'associazione, benché non vincolanti, costituiscono «quanto meno un sicuro punto di riferimento e riducono il livello di incertezza circa il comportamento dei concorrenti sul mercato» (§ 28). La natura facoltativa dello schema, rivendicata dall'ABI (provvedimento, § 9; parere, § 6), non ne esclude dunque la qualificazione come decisione di associazione[45].

Quanto alla condotta della singola associata, il divieto colpisce anche i comportamenti che costituiscano attuazione delle decisioni di associazioni di imprese[46]. La Corte di giustizia ha inoltre affermato che, se decisioni associative di «prezzi consigliati» hanno per oggetto una restrizione della concorrenza e le imprese le hanno volontariamente ratificate con i propri accordi, l'illegittimità delle decisioni vizia anche questi ultimi e che la ratifica volontaria «può presumersi» quando l'accordo sia concluso direttamente con l'associazione[47]. Estendere questa presunzione alla banca associata che adotti lo schema della propria associazione è un argomento analogico. La posizione dell'associata è tuttavia più stretta di quella dell'impresa che contratti con l'associazione dei propri fornitori.

Per la prova della partecipazione il criterio è enunciato dalla Corte di giustizia in termini generali: è sufficiente che si dimostri «che l'impresa interessata ha partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservisi manifestamente opposta». Da quel momento «spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito anticoncorrenziale»[48]. La partecipazione a una riunione anticoncorrenziale, si è poi precisato, «crea una presunzione di illiceità di tale partecipazione», che l'impresa deve rovesciare provando una dissociazione pubblica percepita come tale dagli altri partecipanti[49]. La ragione del principio è dichiarata nella sentenza *Aalborg Portland*: non distanziandosi pubblicamente

---

[45] Cfr. A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 528 ss., spec. cc. 533-534, il quale osserva che le conclusioni del provvedimento collegano l'idoneità restrittiva delle clausole all'elevato numero delle banche associate (§§ 92-94): non, dunque, al numero degli istituti verificati. La produzione normativa associativa in materia, del resto, risale al 1964 e trova assetto nella circolare del 1987, cit. alla nota 9.

[46] Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punto 81. Per la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, la nozione di pratica concordata «corrisponde ad una forma di coordinamento delle attività delle imprese che, senza spingersi fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce scientemente una cooperazione pratica tra di loro ai rischi della concorrenza»: Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls*, ECLI:EU:C:1999:358, punto 158, che richiama Corte giust., 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 e altre, *Suiker Unie*, ECLI:EU:C:1975:174, punto 26; Corte giust., 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85 e altre, *Ahlström Osakeyhtiö*, ECLI:EU:C:1993:120, punto 63.

[47] Corte giust., 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, cit., punti 49 e 50.

[48] Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P e altre, *Aalborg Portland e a.*, cit., punto 81, che richiama Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punto 96.

[49] Corte giust., 17 settembre 2015, causa C-634/13 P, *Total Marketing Services*, cit., punto 21.

dal contenuto della riunione, l'impresa «ha dato l'impressione agli altri partecipanti che essa appoggiava il suo risultato e che vi si sarebbe conformata» (punto 82).

Per la partecipazione all'attuazione di un accordo unico la Corte di giustizia richiede che si dimostri che l'impresa «intendeva contribuire con il proprio comportamento agli obiettivi comuni perseguiti da tutti i partecipanti» e che era a conoscenza dei comportamenti materiali previsti o attuati dalle altre, o poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi[50]. La tacita approvazione di un'iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi, «ha l'effetto di incoraggiare la continuazione dell'infrazione e pregiudica la sua scoperta» e rappresenta «una modalità passiva di partecipazione all'infrazione, idonea quindi a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo» (punto 84). Il criterio è confermato dalla sentenza *AC-Treuhand*[51], dove la Corte di giustizia non lo elabora *ex novo* ma lo riprende dalla propria giurisprudenza anteriore, richiamando per il primo profilo *Anic*, punti 86 e 87, e *Aalborg Portland*, punto 83, e per il secondo la sentenza *Dansk Rørindustri* e a., punti 142 e 143, tutte rese nei confronti di imprese attive sul mercato interessato. La pronuncia riguardava una società di consulenza non attiva sul mercato interessato, sanzionata per avere organizzato le riunioni dell'intesa. L'avvocato generale Wahl aveva concluso in senso contrario, sostenendo che risponde dell'infrazione soltanto l'impresa che eserciti, nel normale gioco del mercato, una pressione concorrenziale sulle altre partecipanti[52]: tesi che la Corte di giustizia non ha seguito e che parte della dottrina aveva condiviso[53]. Il rilievo non indebolisce la conclusione, ma la rafforza: la banca che adotti lo schema della propria associazione opera sul mercato in cui la restrizione si produce, sicché il criterio le si applica a maggior ragione, quale che sia la posizione che si assuma sul perimetro soggettivo del divieto. Il criterio della partecipazione passiva è ripreso quasi alla lettera da *Eturas* (punto 28), che ha ritenuto presumibile la partecipazione a una pratica concordata diffusa attraverso una comunicazione comune non contestata, dal momento della conoscenza, salvo dissociazione pubblica o altra prova contraria, come l'applicazione sistematica di una condotta difforme (punti 43-49).

Il criterio consente altresì di precisare che cosa possa valere come prova contraria e a quali condizioni la questione si ponga. Il presupposto dell'intero ragionamento è l'adozione delle clausole dello schema da parte dell'istituto: ove essa manchi, non vi è alcun comportamento da cui inferire l'attuazione della deliberazione associativa. Il giudizio di nullità si arresta prima, perché il contratto non riproduce il contenuto censurato. La questione della prova contraria si pone dunque soltanto per l'impresa che quelle clausole abbia adottato e riguarda due profili distinti. Sul piano della partecipazione, nella logica della sentenza *Eturas* essa si supera con una condotta sistematicamente difforme sul mercato, vale a dire con l'uso di testi contrattuali divergenti da quelli della deliberazione. Sul piano dell'attuazione, invece, la

[50] Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P e altre, *Aalborg Portland e a.*, cit., punto 83, che richiama Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punto 87.
[51] Corte giust., 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P, *AC-Treuhand*, ECLI:EU:C:2015:717, punti 30 e 31.
[52] Conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa C-194/14 P, *AC-Treuhand*, presentate il 21 maggio 2015, ECLI:EU:C:2015:350, paragrafi 51, 62, 76 e 84.
[53] G. DEMARTINI, *La partecipazione delle imprese all'accordo anticoncorrenziale. I ruoli di «autore» e «complice» nella recente giurisprudenza del Tribunale dell'Unione europea e nelle conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa AC-Treuhand*, in questa Rivista, 2015, spec. par. 4.

circostanza che in singoli rapporti l'impresa non abbia dato seguito alle clausole non equivale a presa di distanza, poiché «la circostanza che un'impresa non dia alcun seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale non è atta a escludere la responsabilità della medesima per la sua partecipazione ad un'intesa, a meno che essa non abbia preso pubblicamente le distanze dal suo contenuto»[54]. La trattativa effettiva su un singolo contratto, che le Sezioni Unite indicano come controprova, si colloca su quest'ultimo piano e rileva quindi per la validità di quel contratto, non per l'esistenza dell'intesa[55]. Il confronto con il riparto delle Sezioni Unite mostra che cosa cambi in concreto. Nella sentenza n. 24825 il garante deve provare che il modello negoziale corrispondesse a un'intesa esistente al momento della garanzia, senza l'ausilio di presunzioni, mentre alla banca resta la prova della trattativa effettiva (pagg. 20-22). Se opera la presunzione del nesso, il garante deve provare soltanto la persistenza del coordinamento e l'adozione delle clausole da parte della banca, che risulta dal contratto. Che quell'adozione sia attuazione del coordinamento si presume: spetta alla banca dimostrare che esso non ha influito in alcun modo sulla propria condotta, come accade quando impieghi sistematicamente testi contrattuali divergenti. La trattativa effettiva conserva il suo rilievo per il singolo contratto. Si sposta così sulla banca la prova che riguarda la sua prassi contrattuale, che essa è in condizione di documentare (v. *supra*, par. 4).

6. Il contratto a valle nella giurisprudenza europea.

Chiarito a quali condizioni la banca che adotti lo schema partecipi all'infrazione, resta da chiedersi quale incidenza abbia il diritto dell'Unione sul contratto a valle, con il quale le clausole censurate giungono al garante. Il termine di confronto più recente è la sentenza *Livronsa*[56]. La Corte di giustizia ha escluso che le decisioni della Commissione sulla manipolazione dell'Euribor comportino la nullità della clausola di un mutuo indicizzato, perché quella clausola, che si limitava a rinviare al tasso di riferimento, «non è un elemento costitutivo delle violazioni» accertate, né il contratto poteva ritenersi concluso «al fine di attuare o di dare effetto agli accordi anticoncorrenziali» (punto 43), rientrando per di più in un mercato distinto e fra parti estranee all'intesa (punto 37).

Il caso della fideiussione conforme allo schema ABI è però diverso: ciascuna di quelle condizioni si presenta rovesciata. Il mercato è quello degli impieghi bancari sul quale il provvedimento ha accertato l'intesa (§ 8), le clausole riprodotte sono il contenuto stesso della deliberazione censurata, il contratto che le recepisca è lo strumento con cui la deliberazione si attua e lo stipula una banca che, adottando lo schema, partecipa all'infrazione (v. *supra*, par. 5). Estraneo all'intesa resta soltanto il garante. Il rovesciamento non comporta, di per sé, che la nullità della fideiussione discenda dal diritto dell'Unione. La sentenza *Livronsa* ribadisce che la nullità di pieno diritto riguarda solo le clausole incompatibili con l'art. 101, par. 1, TFUE, che essa non si estende ai contratti adottati sulla base dell'accordo vietato e che le sue

[54] Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P e altre, *Aalborg Portland e a.*, cit., punto 85.
[55] La distinzione fra i due piani corrisponde a quella fra la nullità della clausola conforme allo schema e la validità del singolo rapporto: la trattativa effettiva, che le Sezioni Unite ammettono quale controprova, esclude che quel contratto attui la deliberazione, non che la deliberazione abbia operato sul mercato.
[56] Corte giust., 3 settembre 2026, causa C-60/25, *Livronsa*, cit., punti 37, 38 e 43.

conseguenze sui rapporti contrattuali sono rimesse ai giudici nazionali (punto 35). La regola risale al 1983, quando la Corte di giustizia affermò che la nullità automatica colpisce le sole pattuizioni incompatibili con l'art. 101, par. 1, mentre le conseguenze sugli ordini, sulle consegne e sulle obbligazioni pecuniarie restano estranee al diritto dell'Unione. Su quel rinvio si è formata una letteratura divisa[57]. Se la fideiussione è un contratto adottato sulla base della deliberazione, e non parte di essa, la sua sorte spetta comunque, secondo quella regola, al diritto interno, come avevano già ritenuto le Sezioni Unite del 2021, con la costruzione della nullità parziale per nesso funzionale che il rinvio conferma anziché indebolire (§§ 2.14.1 e 2.18.2). Le stesse Sezioni Unite hanno però fondato quella costruzione anche sull'art. 101 TFUE: la qualificano come «nullità speciale», «posta attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e della L. n. 287 del 1990, art. 2, lett. a)» (§ 2.17), e nel principio di diritto muovono da intese dichiarate parzialmente nulle «in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea», per dichiarare nulle, nei contratti a valle, le clausole che le riproducono, ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge e dell'art. 1419 c.c. (§ 3). Le Sezioni Unite del 2026, a loro volta, rimettono al giudice di merito l'accertamento della nullità della garanzia «a mente dei principi enunciati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 41994 del 2021» (pag. 31). Il richiamo non è privo di conseguenze. Secondo Ullrich, la giurisprudenza della Corte di giustizia, attuata secondo il suo scopo, riserva al diritto dell'Unione la determinazione della portata della sanzione di nullità, così da coprire interamente l'operatività e gli effetti anticoncorrenziali dell'accordo, e lascia al diritto interno la sorte delle sole parti interamente estranee all'art. 101 TFUE[58]. Clausole che riproducono quelle ritenute dalle Sezioni Unite contrastanti con l'art. 101 non sono parti interamente estranee a quella disposizione: in questa lettura, che parte della dottrina estende espressamente alle clausole dei contratti conclusi con i terzi (v. *supra*, nota 5), la portata della loro nullità sarebbe dunque determinata dal diritto dell'Unione, mentre al diritto interno resterebbe la sorte del resto del contratto. In ogni caso, chi applichi la nullità così costruita applica anche l'art. 101 e deve farlo

[57] Corte giust., 14 dicembre 1983, causa 319/82, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est*, ECLI:EU:C:1983:374, punti 11 e 12, ripresi da Corte giust., 18 dicembre 1986, causa 10/86, *VAG France*, ECLI:EU:C:1986:502, punti 14-15; Corte giust., 30 aprile 1998, causa C-230/96, *Cabour*, ECLI:EU:C:1998:181, punto 51; Corte giust., 30 novembre 2006, cause riunite C-376/05 e C-377/05, *Brünsteiner*, ECLI:EU:C:2006:753, punto 48. Sulla retroattività della nullità, Corte giust., 6 febbraio 1973, causa 48/72, *Brasserie de Haecht II*, ECLI:EU:C:1973:11, punti 25-27, per cui essa «riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione». Le conclusioni dell'avvocato generale Medina nella causa *Livronsa*, cit., paragrafo 25 e nota 22, richiamano il punto 12 del 1983 per rimettere al giudice nazionale gli effetti dell'accordo vietato sui rapporti con i terzi; H. ULLRICH, *Nullity Neglected*, cit., par. 2.2.3.2, p. 624, critica quel rinvio, perché «it is the follow-on transaction that translates the anticompetitive agreement into a market reality»; secondo C. CAUFFMAN, *Nullity under Art. 101(2) TFEU*, cit., p. 29 (e p. 7, nota 18), con *Allianz Hungária*, cit., punto 45, la Corte «seems to have at least nuanced its views on the matter»; A. MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust*, cit., p. 688, nega rilievo, quanto alla nullità di diritto interno, alla distinzione fra contratti conclusi dai partecipanti all'intesa e contratti conclusi con soggetti terzi.

[58] H. ULLRICH, *Nullity Neglected*, cit., par. 2.2.1.3, p. 616: «it is Union law that determines the reach of the nullity sanction with a view to fully covering the agreement's anticompetitive operation and effects everywhere, whereas national law may come in only for those of its parts that are entirely outside Art. 101 TFEU [...] the question of the severability of innocent parts of an agreement from its anticompetitive substance must be a matter also of Union law». Il rilievo è di interesse per il dibattito interno, che tratta la scindibilità come questione di applicazione dell'art. 1419 c.c. L'autore argomenta in parte *de iure condendo* (v. *infra*, nota 81).

nell'interpretazione della Corte di giustizia: a quell'interpretazione appartengono la nozione di pratica concordata e la presunzione del nesso, mentre restano al diritto interno soltanto le conseguenze civili della nullità (v. *infra*, par. 8). L'applicazione dell'art. 101 suppone però, come si dirà, che l'intesa sia idonea a pregiudicare il commercio fra Stati membri, presupposto che per le norme uniformi dell'ABI sulla fideiussione *omnibus* la Corte di giustizia ha escluso nel 1999, sulla base degli elementi allora disponibili. Ne emerge un'incoerenza che le Sezioni Unite del 2021 non hanno sciolto. Hanno richiamato l'art. 101 senza soffermarsi su quel presupposto, che il provvedimento n. 55/2005 non aveva esaminato, e non ne hanno tratto le dovute conseguenze sul piano della prova. Il limite si fa più evidente nella sentenza del 2026. Pur rimettendo il giudizio ai principi del 2021, le Sezioni Unite escludono le inversioni dell'onere fondate su presunzioni che, nella tutela reale, sarebbero «di creazione giurisprudenziale» (pag. 20; v. *supra*, par. 1). La presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa non appartiene però a quella categoria: la Corte di giustizia la qualifica come parte integrante del diritto dell'Unione (v. *supra*, par. 4).

Un ulteriore passaggio della sentenza *Livronsa* merita attenzione, perché a prima vista parrebbe opporsi alla lettura qui proposta. Al punto 44 la Corte di giustizia osserva che, essendo l'infrazione accertata nelle decisioni sull'Euribor una restrizione per oggetto, i comportamenti sanzionati non consentono di per sé di stabilire quali effetti siano stati prodotti sul livello del tasso. Se ne potrebbe inferire che, allo stesso modo, la qualificazione dello schema ABI come intesa per oggetto non consenta di trarre conseguenze sui singoli contratti. L'inferenza, tuttavia, non è corretta, perché le due nullità hanno un fondamento diverso. Nel caso dell'Euribor la nullità della clausola avrebbe dovuto poggiare sull'alterazione di un parametro esterno al contratto e richiedeva quindi la prova di un effetto sul livello del tasso: prova che le decisioni della Commissione non fornivano. Nel caso della fideiussione, invece, il contratto riproduce le clausole che costituiscono il contenuto della deliberazione censurata, sicché ciò che occorre accertare non è un effetto prodotto su una grandezza esterna, ma la corrispondenza del testo contrattuale a quel contenuto e la diffusione uniforme dei moduli che lo recepiscono.

L'argomento richiede, tuttavia, una precisazione. Nelle conclusioni sulla causa *Livronsa* l'avvocato generale Medina esclude che il mutuo indicizzato all'Euribor sia parte dell'infrazione e lo distingue dal caso deciso dalla sentenza *Allianz Hungária*, nel quale la Corte di giustizia aveva affermato che un accordo orizzontale destinato a ripartire il mercato, ove ne fosse provata l'esistenza, avrebbe comportato «anche l'illegittimità degli accordi verticali conclusi per attuare l'accordo o la pratica stessi» (punto 45): a differenza di quegli accordi, il mutuo non era stato concluso per attuare l'intesa (§§ 21-23). La fideiussione conforme allo schema, che è invece lo strumento con cui la deliberazione si attua, si colloca, sotto questo profilo, dalla parte di *Allianz Hungária*[59]. Ne risulta quindi incompleta l'affermazione delle Sezioni Unite del 2021 secondo cui non vi sarebbe «nessuna lettura obbligata dell'art. 101 [...] che consenta di far rientrare automaticamente» la contrattazione a valle nella nozione di intesa vietata (§ 2.14.3): esatta quanto all'automatismo, essa trascura che la stipulazione del contratto

[59] Conclusioni dell'avvocato generale Medina nella causa *Livronsa*, cit., paragrafo 22, secondo cui gli accordi verticali necessari per l'attuazione dell'accordo orizzontale, «senza i quali quest'ultimo non avrebbe potuto essere realizzato», «potevano anch'essi essere considerati contrari all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e, quindi, nulli a tutti gli effetti».

a valle può costituire attuazione dell'intesa e rientrare così nell'infrazione. È proprio questo a consentire di conciliarla con il principio di diritto, che dichiara nulle, nel contratto a valle, le clausole riproduttive di quelle contrastanti con l'art. 101 TFUE, cioè le pattuizioni con cui la banca dà attuazione alla deliberazione. Gli accordi verticali del caso *Allianz Hungária*, però, erano conclusi fra imprese, le compagnie di assicurazione e i concessionari di automobili, mentre la fideiussione rilasciata da una persona fisica presenta specificità proprie, non essendo un accordo fra imprese. Il diritto dell'Unione consente dunque di qualificare la condotta della banca che adotti lo schema come attuazione della deliberazione associativa e, quindi, come parte dell'infrazione. Quanto alle conseguenze sul contratto di garanzia, non occorre stabilire se spettino al diritto dell'Unione o al diritto interno, perché l'esito non cambia. Nella lettura di parte della dottrina (v. *supra*, nota 5), come si è visto, la portata della nullità delle clausole riprodotte sarebbe determinata dal diritto dell'Unione. Se invece ci si attiene al rinvio della sentenza *Livronsa*, pur pronunciata in una fattispecie in parte diversa, il contratto concluso con una persona fisica estranea alla deliberazione rientra fra i contratti adottati sulla base della deliberazione vietata e fra rapporti con soggetti terzi che la Corte di giustizia rimette al giudice nazionale (punti 35 e 39). Anche in questa prospettiva la nullità non viene meno, perché il principio di equivalenza impone di applicare alle violazioni dell'art. 101 TFUE le stesse regole, fra cui l'art. 1419 c.c., che il diritto interno applica alle violazioni dell'art. 2 della legge n. 287/1990 (v. *infra*, par. 8). In entrambi i casi l'esito è quello individuato dalle Sezioni Unite del 2021: la nullità delle sole clausole riprodotte e la conservazione del contratto per il resto (§ 3).

7. Le fideiussioni specifiche.

Se l'esito sul contratto non cambia, quale che sia l'ordinamento cui spettino le conseguenze della nullità, per le garanzie specifiche la questione si sposta sul suo presupposto: se anche i moduli per queste garanzie ricadano nella medesima intesa e, in caso contrario, come si provi l'intesa o la pratica concordata richiesta dalle Sezioni Unite del 2026. Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Siracusa riguardava proprio garanzie specifiche, rilasciate nel 2015. Le Sezioni Unite hanno formulato il principio di diritto con riferimento alla fideiussione specifica riproduttiva delle tre clausole e hanno posto a carico del garante che ne invochi la nullità la prova che il modello negoziale corrispondesse a un'intesa o a una pratica concordata restrittiva estesa anche a questa tipologia di garanzia (pagg. 29 e 31). La Corte di Cassazione ha precisato che la standardizzazione delle tre clausole, «non oggetto di specifica ed effettiva trattativa», può essere ritenuta «indice di corrispondenti pratiche commerciali concordate», da valutare «a mezzo dei vari elementi di prova raccolti», senza necessità di verificare «un fattore soggettivo intenzionale» (pag. 30). La stessa sentenza esclude invece che possa trarsi un argomento dalla circostanza che una delle garanzie decise dalle Sezioni Unite nel 2021 fosse specifica, perché quella pronuncia non si occupò partitamente del profilo (pag. 30). Nel ragionamento della Corte di Cassazione del 2026, la nullità della garanzia che risponda a una pratica concordata è coerente con il diritto interno, che le Sezioni Unite del 2021 avevano letto alla luce dell'art. 101 TFUE. L'art. 2 della legge n. 287/1990 comprende le pratiche concordate fra le intese e le dichiara nulle ad ogni effetto (commi 1 e 3). Quella sentenza ne aveva tratto il rilievo anche dei comportamenti «"non contrattuali" o "non negoziali"» (§ 2.16.1) e aveva

ricavato dalla direttiva 2014/104/UE che resta agli Stati assicurare «la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario» (§ 2.14.4). Il rilievo che il diritto interno dà alle pratiche concordate conta per le garanzie specifiche, perché la sentenza del 2026 chiede di provare «un'intesa o pratica concordata» (pag. 31), mentre l'art. 101, par. 2, TFUE riserva la nullità di pieno diritto agli accordi e alle decisioni (v. *supra*, par. 5). Il ruolo del diritto dell'Unione non si esaurisce, tuttavia, in quello di criterio di lettura del diritto interno, cui sembra circoscriverlo la sentenza del 2026, che ne richiama gli «obiettivi unionali» (pag. 18) ma non l'art. 101 TFUE. Quando quella disposizione si applichi, come accade seguendo i principi delle Sezioni Unite del 2021 (v. *supra*, par. 6), il diritto dell'Unione opera su due piani: consente di qualificare i moduli che riproducono le clausole come manifestazione della medesima infrazione e incide in ogni caso sulla prova, attraverso la nozione di pratica concordata e la presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa (v. *supra*, par. 4; *infra*, par. 8).

La tesi che circoscrive la nullità alle sole fideiussioni *omnibus*, che la sentenza chiama «restrittiva», è sostenuta dalla Procura generale e indicata come l'orientamento dominante nella giurisprudenza di legittimità del 2024 e del 2025[60]. Per le fideiussioni specifiche essa esclude la nullità delle clausole riprodotte, perché «difetta quell'accertamento di un'intesa o pratica illecita "a monte"» (pag. 25). L'argomento poggia su un dato testuale e impone un esame analitico. Il provvedimento n. 55/2005 ebbe per oggetto lo schema della fideiussione a garanzia di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore (§ 9), caratterizzato dalla clausola *omnibus* (§ 13), e avverte che le valutazioni istruttorie non ebbero ad oggetto la legittimità delle singole clausole (§ 78). Se ne è ricavato che il carattere anticoncorrenziale derivasse dall'inserimento delle clausole in una garanzia estesa a una serie indefinita di rapporti futuri e non potesse quindi trasferirsi alla garanzia prestata per un singolo rapporto[61].

A quell'obiezione i medesimi testi del 2005 offrono però una risposta, perché l'argomento su cui essa riposa fu sollevato nel procedimento e non venne accolto. Fu infatti l'ABI a sostenere che le clausole divergenti dalla disciplina codicistica trovassero giustificazione nella funzione propria della garanzia *omnibus* e che per questa ragione fossero riprodotte nei moduli (§§ 27 e 36). La Banca d'Italia ritenne fondata tale giustificazione per la sola clausola di pagamento a prima richiesta (§§ 80 e 95), respingendola invece per le tre clausole censurate, delle quali affermò che «hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa» (§ 96). Lo scopo così individuato prescinde dall'estensione della garanzia a una serie indefinita di rapporti futuri: riguarda la ripartizione fra banca e garante delle conseguenze della negligenza della prima e dei vizi del rapporto garantito, e si realizza dunque nello stesso modo quando la

[60] Cass., sez. III, ord. 19 aprile 2024, n. 10689; Cass., sez. I, 1° luglio 2024, n. 18079; Cass., sez. I, 15 luglio 2024, n. 19401; Cass., sez. III, 19 dicembre 2024, n. 33472; Cass., sez. III, 10 gennaio 2025, nn. 657, 660 e 675; Cass., sez. I, 25 giugno 2025, n. 17163; Cass., 24 marzo 2026, n. 7065, richiamate come conformi dalla Procura generale, secondo quanto riferisce la sentenza n. 24825 alle pagg. 25-26.

[61] Così Cass., 2 agosto 2024, n. 21841, riportata dalla sentenza n. 24825, pagg. 22-24. In senso contrario, per l'estensione alle garanzie specifiche, App. L'Aquila, 3 settembre 2024, n. 1089; Trib. Alessandria, 5 luglio 2023, n. 608. In dottrina S. PAGLIANTINI, D. SANTARPIA, *Fideiussioni omnibus, contratti a valle e nullità parziale: historia sulla resistibile ascesa di una chimera*, in *Foro it.*, 2024, I, c. 1884 ss.

garanzia assiste un singolo rapporto. Nella medesima direzione si colloca il parere dell'Autorità garante, secondo cui la valutazione concorrenziale non riposa sulla difformità delle clausole dal regime codicistico, bensì sulla circostanza che sia l'associazione a prevederne in modo uniforme una disciplina di dettaglio che aggrava la posizione del garante (§ 36): profilo che non muta in funzione dell'oggetto della garanzia[62].

Sul piano europeo, comportamenti diversi che perseguano lo stesso oggetto anticoncorrenziale possono costituire manifestazioni di un'unica infrazione[63]. Le condizioni generali predisposte da un'associazione fanno parte dell'intesa quando contengano disposizioni atte a giovare ai suoi fini, anche se accanto a queste figurano clausole commerciali d'uso corrente, di per sé estranee all'intesa[64]. Anche negli schemi per le garanzie specifiche le tre clausole censurate convivono con clausole d'uso corrente, la cui presenza non le sottrae all'intesa. La riproduzione delle stesse clausole nei moduli per le garanzie specifiche si presta quindi a essere letta come estensione del medesimo coordinamento e non come fenomeno autonomo. Il rilievo non è privo di limiti. La nozione di infrazione unica è stata elaborata dalla giurisprudenza dell'Unione nel sindacato sulle decisioni con cui la Commissione accerta le infrazioni e ne imputa la responsabilità alle imprese[65], cioè nell'ambito dell'applicazione pubblicistica del diritto europeo della concorrenza: la sua trasposizione al giudizio civile di nullità, fondato sulla sola legge n. 287/1990, è un argomento, non una regola. Diverso è il caso in cui il giudice applichi l'art. 101 TFUE, come accade quando segua i principi delle Sezioni Unite del 2021 e ricorra il pregiudizio al commercio fra Stati membri (v. *supra*, par. 6 e *infra*, par. 8). La nozione di infrazione unica appartiene allora all'interpretazione della disposizione che egli applica, perché la Corte di giustizia la ricava dal divieto stesso: la violazione «può risultare non soltanto da un atto isolato, ma anche da una serie di atti o persino da un comportamento continuato» (*Anic*, punto 81). In tal caso i moduli per le garanzie specifiche sono manifestazione della medesima infrazione e le fideiussioni che li riproducono ne sono effetti e si trovano nella stessa posizione di quelle *omnibus*: valgono per esse le conclusioni del paragrafo 6, cioè la nullità delle sole clausole riprodotte e la conservazione della garanzia per il resto. Nell'una come nell'altra prospettiva, la premessa di fatto è documentata: le norme bancarie uniformi dell'ABI recano dal 1987 schemi-tipo per le fideiussioni relative a obbligazioni specifiche, che contengono le stesse tre clausole[66]. La stessa circolare dell'ABI

[62] Letto sul testo, uno dei precedenti di segno contrario ha una portata più ristretta. Cass., sez. III, ord. 19 aprile 2024, n. 10689, cit., riguardava una polizza fideiussoria prestata a garanzia di un contributo pubblico, non una fideiussione bancaria, ed enuncia la propria *ratio* «a contrario», circoscrivendo l'affermazione con l'inciso «sempre e solo in relazione al citato provvedimento». Di segno cautelativo è l'avvertenza di E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus ed intesa antitrust: la sentenza delle sezioni unite n. 41994 del 2021*, in *Persona e Mercato*, 2023, n. 1, p. 64 ss., spec. p. 68, per il quale la soluzione della nullità parziale «è condizionata dalle particolarità dell'ipotesi in esame» e non è «una formula da applicare all'intero spettro dei contratti a valle».

[63] Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punti 81 e 112-114.

[64] Corte giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren*, cit., punti 35-39.

[65] Oltre a Corte giust., 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni*, cit., punti 81 e 112-114, v. Corte giust., 22 ottobre 2015, causa C-194/14 P, *AC-Treuhand*, cit., punto 30, per il quale, al fine di concludere per la partecipazione di un'impresa all'infrazione «e della sua responsabilità per tutti i diversi elementi che include», la Commissione deve dimostrare che essa intendeva contribuire agli obiettivi comuni ed era a conoscenza dei comportamenti degli altri partecipanti, o poteva ragionevolmente prevederli ed era disposta ad accettarne il rischio.

[66] La circolare del 1987, cit. alla nota 9, offre su questo punto una fonte primaria: essa reca cinque schemi-tipo, dei quali tre per garanzie specifiche (allegati nn. 3, 4 e 5), e dà atto che le due clausole introdotte nello schema

del 17 giugno 1987 (v. *supra*, note 9 e 66), del resto, dà atto che le due clausole introdotte nello schema base, fra cui quella di sopravvivenza, sono state «trasfuse, con gli opportuni adattamenti, negli altri schemi di garanzia», compresi quelli per le garanzie specifiche: è la stessa associazione a estenderne il contenuto a queste ultime, sicché la loro riproduzione nei moduli per le garanzie specifiche risale alla medesima fonte associativa, le norme bancarie uniformi, che lo schema esaminato nel 2005 riproponeva per la fideiussione *omnibus* (parere, § 37), e non a scelte autonome delle singole banche. Il diritto dell'Unione offre poi al giudice di merito due criteri per valutare se anche le garanzie specifiche ricadano nell'intesa. Il primo riguarda l'oggetto. Perché un accordo o una decisione di associazione siano vietati per il loro oggetto è sufficiente che siano concretamente idonei a restringere la concorrenza, mentre la questione «se e in quale misura tale effetto si produca realmente» rileva «soltanto al fine di calcolare l'importo delle ammende e di valutare eventuali diritti al risarcimento del danno»[67]. L'oggetto si apprezza sul contenuto delle disposizioni, sugli obiettivi e sul contesto economico e giuridico, senza che l'intenzione delle parti sia elemento necessario[68], in termini che corrispondono all'esclusione, operata dalle Sezioni Unite, di «un fattore soggettivo intenzionale» (pag. 30). Lo scopo che la Banca d'Italia ha attribuito alle tre clausole (§ 96) non dipende dal tipo di garanzia: il giudizio sulle garanzie specifiche può quindi fondarsi sull'oggetto della decisione associativa che le prevede, ove la si consideri restrittiva per sua natura (v. *supra*, par. 5), senza che occorra provarne le ricadute su quel segmento di mercato. La conclusione si discosta dal principio del 2026, che chiede di accertare un'intesa «con effetti restrittivi della concorrenza» (pag. 31). Per il diritto dell'Unione quella verifica è superflua quando la restrizione sia insita nella deliberazione. In caso contrario essa passa anzitutto per la dimostrazione che le clausole siano state applicate in modo uniforme, condizione posta dallo stesso provvedimento (dispositivo, lett. a), che la raccolta dei moduli descritta nel par. 10 è destinata a documentare. Il secondo criterio riguarda la partecipazione della singola banca. Quando un'iniziativa anticoncorrenziale comune è comunicata alle imprese e ricorrono gli altri due elementi costitutivi della pratica concordata, cioè un comportamento sul mercato che dia seguito alla concertazione e il nesso causale fra i due, che si presume per l'impresa rimasta attiva sul mercato (v. *supra*, par. 4), il giudice può ritenere, nella valutazione delle prove, che ciascuna vi partecipi dal momento in cui ne abbia avuto conoscenza, salvo che dimostri di essersene pubblicamente dissociata o fornisca altra prova contraria[69]: è la posizione della banca che abbia

base, quella sugli obblighi di informazione verso il fideiussore e quella di sopravvivenza, sono state «trasfuse, con gli opportuni adattamenti, negli altri schemi di garanzia». La numerazione degli articoli riscontrata dalla giurisprudenza di merito (App. L'Aquila n. 1089/2024, cit.; App. Milano n. 1425/2023, cit.) su moduli per garanzie specifiche successivi al 2005 corrisponde a quella della circolare. Le tre clausole censurate nel 2005 ricorrono negli schemi per le garanzie specifiche: la reviviscenza all'art. 2 degli allegati nn. 3, 4 e 5; la deroga all'art. 1957 c.c. all'art. 7 dell'allegato n. 3, all'art. 6 dell'allegato n. 4 e all'art. 5 dell'allegato n. 5; la sopravvivenza all'art. 9 dell'allegato n. 3, all'art. 10 dell'allegato n. 4 e all'art. 8 dell'allegato n. 5. La dottrina riferita dalle Sezioni Unite del 2026 individua un solo schema per una fideiussione specifica, quello per l'apertura di credito per importo determinato, e lo assimila alla fideiussione *omnibus* perché garantisce un rapporto di durata (pag. 27): l'obiezione non considera gli schemi per lo sconto di effetti cambiari e per le operazioni varie comportanti rischi.

[67] Corte giust., 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, cit., punto 38, che richiama Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, cit., punto 31; per le decisioni di associazioni di imprese, Corte giust., 27 gennaio 1987, causa 45/85, *Verband der Sachversicherer*, cit., punto 39.

[68] Corte giust., 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, cit., punti 36-37.

[69] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punti 42, 44 e 46.

ricevuto gli schemi associativi per le garanzie specifiche e li abbia adottati (v. *supra*, par. 5). In questa prospettiva emerge il limite della soluzione adottata dalle Sezioni Unite per le garanzie specifiche. Al garante si chiede di provare «un'intesa o pratica concordata [...] estesa alle fideiussioni specifiche», mentre il provvedimento del 2005 vale per lui «a fortiori» come elemento di prova da solo non sufficiente (pag. 29) e nessuna presunzione lo assiste (pag. 20). La sentenza non chiarisce se l'intesa da provare sia la medesima accertata nel 2005, estesa a quei moduli, o un'intesa diversa. Nel secondo caso il garante, che dispone di regola del solo contratto sottoscritto, dovrebbe ricostruire *ex novo* un coordinamento fra banche attingendo a documenti nella disponibilità di queste ultime: la formula, che in astratto ammette la nullità, si risolverebbe nei fatti in un diniego di tutela, difficilmente compatibile con il principio di effettività (v. *supra*, par. 4). Letta invece secondo il diritto dell'Unione, la prova cambia oggetto e misura. Il garante non deve dimostrare un'intesa nuova, ma l'estensione del medesimo coordinamento sui moduli per le garanzie specifiche. Può farlo per indizi oggettivi e concordanti, come il principio di effettività esige che sia consentito (*Eturas*, punto 37; v. *supra*, par. 4). Gli indizi sono qui anzitutto documentali: gli schemi associativi del 1987 e la riproduzione delle stesse clausole nei moduli di istituti diversi negli stessi anni, anche dopo il provvedimento del 2005. Assolta questa prova, gli effetti restrittivi non vanno dimostrati, perché la decisione associativa rileva per il suo oggetto, mentre la partecipazione della banca che abbia adottato gli schemi e il nesso fra il coordinamento e la sua condotta si presumono. Alla banca resta la prova contraria, che grava su chi è in condizione di accedere agli elementi rilevanti (v. *supra*, par. 4).

Gli atti del giudizio da cui è nato il rinvio mostrano come il confronto fra il modulo sottoscritto e gli schemi associativi del 1987 possa rivelare la fonte del modulo. Le fideiussioni specifiche del 3 febbraio 2015 riproducono, secondo la trascrizione riportata nell'ordinanza del Tribunale di Siracusa, le clausole di reviviscenza, di deroga all'art. 1957 c.c. e di sopravvivenza in formulazione pressoché testuale e prevedono che il fideiussore sia tenuto a pagare a semplice richiesta scritta «anche in caso di opposizione del debitore». L'inciso compare in tutti gli schemi-tipo della circolare dell'ABI del 17 giugno 1987, compresi quelli per le garanzie specifiche (v. *supra*, nota 9). Era presente all'art. 7, comma 1, delle condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie, valutate dalla Banca d'Italia nel provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994. Nel testo esaminato nel 2005, invece, la clausola si limita a stabilire che «il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole» (§ 81 e nota 9). Un modulo per garanzie specifiche del 2015 recava dunque, accanto alle tre clausole, una formulazione che lo schema esaminato nel 2005 non conteneva più. Il dato non prova da solo il coordinamento, ma è un indizio oggettivo della sua fonte: il modulo riproduce il testo associativo del 1987, non una redazione autonoma della banca. Neppure la lettura alternativa, secondo cui la banca avrebbe continuato a usare un proprio modulo storico, conduce a un esito diverso, perché quel modulo riproduce il testo dell'associazione: la sua sopravvivenza nel 2015 è proprio il «ritardo» nella «dissoluzione degli effetti» che le Sezioni Unite chiedono di vagliare (pag. 21). Perché quel ritardo riveli un coordinamento e non una scelta unilaterale della banca, l'indizio deve però accompagnarsi alla presenza delle stesse clausole nei moduli di altri istituti negli stessi anni, che faccia emergere gli elementi di concertazione richiesti dalla sentenza *EMI Records* (v. *supra*, par. 4). I testi

riprodotti nel modulo, in quanto formulazioni del 1987, non sono quelli esaminati dal provvedimento n. 55/2005, che ebbe per oggetto lo schema comunicato nel 2003. Il rilievo non toglie valore all'indizio. Lo schema del 2003 riproponeva sostanzialmente le clausole già presenti nelle condizioni del 1987 (parere, § 37) e la Banca d'Italia individuò il rischio che esso comportava proprio nella possibilità che perpetuasse la «consolidata prassi bancaria preesistente» da cui discendeva l'uniformità dei moduli (§ 93). Ciò che il provvedimento temeva di veder perpetuato era dunque la prassi di cui i testi del 1987 sono l'espressione. La valutazione della Banca d'Italia, del resto, non riguarda la lettera di un testo, ma lo scopo delle tre clausole, quello di addossare al fideiussore le conseguenze della negligenza della banca e dei vizi del rapporto garantito (§ 96), che è identico nelle due formulazioni. Per quei moduli, sottoscritti dopo il 2005, il provvedimento non è prova privilegiata, ma resta un elemento di prova (pag. 29) che il confronto documentale integra. A differenza della Corte di Cassazione, che ne riduce il valore «a fortiori» per le garanzie specifiche, nella lettura qui proposta, condotta alla luce del diritto dell'Unione, esso vale negli stessi termini che per le garanzie *omnibus*. La valutazione che la Banca d'Italia ha dato delle tre clausole vale per clausole identiche per contenuto e per scopo. La decisione associativa che le prevede, se la si qualifica come restrittiva per oggetto (v. *supra*, par. 5), non richiede che se ne provino gli effetti. Non occorre comunque ricostruire il coordinamento da cui è nata: la fonte è la stessa, le norme bancarie uniformi, che lo schema esaminato nel 2005 riproponeva (parere, § 37). Al garante spetta una prova documentale: la circolare e il proprio contratto per la fonte del modulo, i moduli di altri istituti negli stessi anni per la persistenza del coordinamento (v. *infra*, parr. 9 e 10). Non gli spetta la ricostruzione di un accordo fra banche i cui elementi sono nella disponibilità di queste ultime. Resta alla banca la prova che quelle clausole siano state il frutto di una trattativa effettiva con il garante (pag. 22).

8. Il collegamento fra i due ordinamenti.

I criteri richiamati nei paragrafi precedenti appartengono al diritto dell'Unione: la nozione di pratica concordata, la presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa, la rilevanza degli effetti di un'intesa formalmente cessata, la valutazione delle decisioni di associazioni per il loro oggetto, la nozione di infrazione unica. La presunzione di partecipazione dell'impresa di cui sia provata la conoscenza dell'iniziativa comune è anch'essa enunciata dalla Corte di giustizia, ma in funzione dell'apprezzamento delle prove rimesso al giudice nazionale (v. *supra*, nota 32). Il principio di effettività esige, a sua volta, che la prova dell'infrazione possa essere data anche per indizi, purché oggettivi e concordanti (v. *infra*, par. 9). Quando si applichi l'art. 101 TFUE, come accade seguendo i principi delle Sezioni Unite del 2021, quei criteri entrano nel giudizio come parte dell'interpretazione della disposizione applicata (v. *supra*, parr. 6 e 7). Qualora non si accettasse questa tesi, perché l'art. 101 presuppone il pregiudizio al commercio fra Stati membri, che il provvedimento n. 55/2005, fondato soltanto sul diritto nazionale, non esaminò, il giudizio sulla fideiussione resterebbe retto dall'art. 2 della legge n. 287/1990. Occorrerebbe allora stabilire a quale titolo i criteri elaborati dalla Corte di giustizia vi entrino. Le vie sono tre: l'interpretazione conforme, che prescinde dall'applicabilità diretta del diritto dell'Unione, il principio di equivalenza e l'art. 3 del

regolamento n. 1/2003, che la presuppongono entrambi e restano quindi disponibili se il giudice accerti egli stesso il pregiudizio agli scambi.

La via principale è l'interpretazione conforme. L'art. 1, comma 4, della legge n. 287/1990 impone di interpretare le norme sulle intese in base ai principi dell'ordinamento dell'Unione in materia di concorrenza. La Corte di giustizia si è dichiarata competente a interpretare l'art. 101 TFUE anche quando l'autorità nazionale aveva applicato soltanto una norma interna che ne riproduceva il contenuto, per il sicuro interesse dell'Unione a un'interpretazione uniforme delle nozioni riprese dal suo diritto[70]. Secondo la sentenza *T-Mobile Netherlands*, poi, «l'interpretazione fornita dalla Corte è vincolante per tutti i giudici nazionali degli Stati membri» in sede di applicazione dell'art. 101 TFUE (punto 50). Se non lo si intende come applicazione diretta dell'art. 101 TFUE (v. *supra*, par. 6), il richiamo di quella disposizione nel principio di diritto delle Sezioni Unite del 2021, cui rinvia quello del 2026, va letto in questo senso: come vincolo a interpretare il diritto interno in conformità all'art. 101, nel significato che gli attribuisce la Corte di giustizia. Nella medesima direzione depone un rilievo svolto nelle conclusioni sulla causa *Livronsa*[71]. L'avvocato generale Medina, pur escludendo l'applicabilità formale dell'art. 16 del regolamento n. 1/2003 quando il giudice nazionale decide in base al proprio diritto, osserva che gli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione formano parte integrante degli ordinamenti degli Stati membri e che le constatazioni ivi compiute non possono essere ignorate nei procedimenti nazionali (§§ 35-37). La Corte di giustizia, dal canto suo, non prende posizione sull'applicabilità dell'art. 16, par. 1, del regolamento n. 1/2003 alla domanda di nullità fondata sul diritto nazionale, che esclude soltanto in via d'ipotesi per affermare la ricevibilità del rinvio (punto 29), e risponde fissando i limiti del vincolo (punto 42). Il caso non è lo stesso: in *Livronsa* le constatazioni erano contenute in una decisione della Commissione, adottata in applicazione dell'art. 101 TFUE, mentre il provvedimento n. 55/2005 è l'atto di un'autorità nazionale fondato sulla sola legge interna. Il rilievo dell'avvocato generale riporta però al principio da cui muove: ciò che è stato stabilito a norma del diritto dell'Unione non può essere disatteso neppure quando la controversia vada decisa al di fuori del suo specifico quadro normativo (conclusioni, § 37). Il principio si presta a essere esteso all'interpretazione dell'art. 101 TFUE fornita dalla Corte di giustizia, che l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/1990 rende criterio di lettura del diritto interno. La competenza della Corte di giustizia a interpretare non equivale a un obbligo di applicazione diretta: resta il giudice nazionale a decidere secondo il diritto interno, interpretato in conformità. Se ne potrebbe trarre un'obiezione: entrando nel giudizio attraverso una norma interna di rinvio, la presunzione vi opererebbe come regola nazionale e ricadrebbe fra quelle escluse dalle Sezioni Unite. L'obiezione non coglie il punto. La presunzione vi entra per scelta del legislatore, che con l'art. 1, comma 4, ha imposto di interpretare le norme sulle intese in base ai principi dell'ordinamento dell'Unione, e il suo contenuto resta quello definito dalla Corte di giustizia. Non è dunque una presunzione «di creazione giurisprudenziale» nel senso della sentenza n. 24825 (pag. 20). Accanto all'interpretazione conforme opera una ragione più semplice e di matrice europea: il principio di equivalenza. Le regole interne che governano la sorte del contratto a valle, e fra esse l'art.

[70] Corte giust., 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, cit., punti 19-23, con richiamo alla giurisprudenza *Dzodzi* e *Leur-Bloem*.
[71] Conclusioni dell'avvocato generale Medina nella causa *Livronsa*, cit., paragrafi 35-37.

1419 c.c., si applicano alle violazioni dell'art. 101 TFUE perché devono applicarsi allo stesso modo in cui si applicano alle violazioni del diritto nazionale della concorrenza[72]. Il principio impone che le regole nazionali applicabili ai diritti derivanti dal diritto dell'Unione non siano meno favorevoli di quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno[73]. Combinato con la sentenza *Livronsa*, che rimette al diritto nazionale le conseguenze della nullità sui contratti a valle (punti 35 e 39), esso produce un effetto preciso: la costruzione delle Sezioni Unite del 2021, la nullità speciale per nesso funzionale e la nullità parziale ai sensi dell'art. 1419 c.c. (§§ 2.16.1, 2.17 e 3), diventa nell'ordinamento italiano la conseguenza necessaria anche delle violazioni dell'art. 101 TFUE. Il giudice non potrebbe riservare al garante che invochi il diritto dell'Unione un trattamento meno favorevole di quello riservato a chi invochi l'art. 2 della legge n. 287/1990, né quanto alla sorte del contratto né quanto alle regole di prova. Il principio ha però un limite: opera quando il diritto dell'Unione è applicabile, cioè nell'ipotesi dell'art. 3 del regolamento n. 1/2003 esaminata di seguito, e assicura la parità di trattamento, non l'ingresso nel giudizio interno delle presunzioni europee, che resta affidato all'interpretazione conforme.

La terza via riporta alla tesi dei paragrafi 6 e 7 e ne costituisce il fondamento normativo, ma è subordinata al già espresso presupposto di fatto: che l'intesa sia idonea a pregiudicare il commercio fra Stati membri. Dal 1° maggio 2004 (art. 45) il regolamento n. 1/2003 impone alle autorità e ai giudici nazionali che applichino la legislazione nazionale sulla concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate dotati di questa idoneità di applicare anche l'art. 101 TFUE (art. 3, par. 1). Il considerando n. 8 ne indica la ragione nell'esigenza di garantire l'applicazione effettiva delle regole di concorrenza dell'Unione e precisa che «[i] concetti di accordi, decisioni e pratiche concordate sono concetti autonomi del diritto comunitario in materia di concorrenza che disciplinano il coordinamento della condotta delle imprese sul mercato secondo l'interpretazione delle giurisdizioni della Comunità». Le fideiussioni in discussione sono successive al 1° maggio 2004, come lo stesso provvedimento del 2 maggio 2005, che individuò il mercato nell'intero territorio nazionale «in ragione sia dell'estesa base associativa dell'ABI sia della diffusione dei servizi disciplinati dallo schema contrattuale in questione» (§ 8) e non si pronunciò sul pregiudizio al commercio fra Stati membri. Le Sezioni Unite del 2021, che pure richiamano l'art. 101 TFUE nel principio di diritto

[72] C. CAUFFMAN, *The Impact of Voidness*, cit., p. 3: «the implementing contract may also be affected by the voidness of the cartel infringement on the basis of national rules of competition law or contract law which, given the principle of equivalence, also apply in the case of infringement of the EU competition rules». V. anche Id., *The Impact of Voidness for Infringement of Article 101 TFEU on Related Contracts*, in *European Competition Journal*, 2012, vol. 8, n. 1, p. 95 ss. Per i contratti conclusi in applicazione delle norme bancarie uniformi dell'ABI, nello stesso senso, le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 15 gennaio 1998 nelle cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco e a.*, ECLI:EU:C:1998:7: rimesse al diritto interno le conseguenze della nullità sui singoli contratti (paragrafo 56), queste «devono essere analoghe a quelle che si produrrebbero in caso di violazione della norma equivalente al detto articolo contenuta nella legge n. 287/90» (paragrafo 57). La Corte di giustizia non ha esaminato la questione, avendo escluso il pregiudizio al commercio fra Stati membri (v. *infra*, nota 75). L'obbligo di interpretazione conforme incontra per altro verso il limite del risultato *contra legem*: Corte giust., 21 gennaio 2021, causa C-308/19, *Whiteland Import Export*, ECLI:EU:C:2021:47, punti 60-62; Corte giust., 17 ottobre 2018, causa C-167/17, *Klohn*, ECLI:EU:C:2018:833, punti 45 e 65, richiamate da Corte giust., 22 giugno 2022, causa C-267/20, *Volvo e DAF Trucks*, cit., punti 52 e 77.

[73] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punti 32 e 34. Le Sezioni Unite del 2021 richiamano il principio con *Courage* e *Manfredi* (§ 2.14.2).

(§ 3), non vi si sono soffermate (v. *supra*, par. 6). La Corte di giustizia ha affermato che un'intesa che abbracci l'intero territorio di uno Stato membro «ha, per natura, l'effetto di rinforzare le scompartimentazioni nazionali»[74]. Se il giudice ravvisa quel pregiudizio, la presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa entra nel giudizio, insieme alla nozione di infrazione unica (v. *supra*, par. 7), non come criterio interpretativo, ma come parte del diritto dell'Unione che il giudice stesso deve applicare. Il pregiudizio agli scambi resta però un fatto da allegare e provare. Il suo accertamento spetta al giudice di merito. La lettura del precedente del 1972 deve misurarsi, inoltre, con la sentenza *Bagnasco*, nella quale la Corte di giustizia ha escluso che le norme bancarie uniformi dell'ABI relative alla fideiussione *omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente, «come quelle in esame nella causa a qua», fossero atte, «nel loro complesso», a pregiudicare il commercio fra Stati membri[75]. La decisione poggia sui rilievi della Commissione, che nessuna delle parti aveva contestato: i servizi in questione avevano un'influenza assai ridotta sugli scambi, la partecipazione di filiali o succursali di istituti non italiani era limitata e l'impiego di quei contratti da parte della clientela delle banche estere non era determinante per la loro scelta di stabilirsi in Italia (punti 51 e 52). La pronuncia riguarda le norme applicate a garanzie stipulate fra il 1989 e il 1991 ed è fondata sugli elementi acquisiti in quel procedimento: non esclude una diversa conclusione per lo schema del 2003 e per il mercato successivo, ma chi invochi l'art. 101 TFUE deve dedurre circostanze nuove rispetto a quelle valutate nel 1999. L'argomento resta pertanto condizionato alla prova di quel presupposto, mentre l'interpretazione conforme ne prescinde.

Le tre vie conducono allo stesso punto. L'interpretazione conforme, imposta dall'art. 1, comma 4, della legge n. 287/1990, porta a leggere le nozioni dell'art. 2 come quelle dell'art. 101 TFUE. Il principio di equivalenza rende la nullità costruita dalle Sezioni Unite del 2021 la conseguenza anche delle violazioni del diritto dell'Unione. L'art. 3 del regolamento n. 1/2003, quando il giudice ritenga che l'intesa possa pregiudicare il commercio fra Stati membri, impone di applicare anche l'art. 101 TFUE e, con esso, le nozioni di accordo, decisione di associazione e pratica concordata nell'interpretazione della Corte di giustizia (considerando n. 8). Cambia il titolo per cui i criteri europei entrano nel giudizio, non il loro contenuto: la pratica concordata, la decisione di associazione e la presunzione del nesso sono in ogni caso quelle definite dalla Corte di giustizia. Diversa è la forza con cui vi entra la nozione di infrazione unica: è un argomento nel giudizio fondato sulla sola legge interna, è invece parte dell'interpretazione vincolante della disposizione quando si applichi l'art. 101 TFUE (v. *supra*, par. 7). Quale che sia la via seguita, l'«intesa o pratica concordata» che le Sezioni Unite chiedono al garante di provare (pagg. 29 e 31) va dunque intesa nel significato elaborato dalla Corte di giustizia, con

[74] Corte giust., 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren*, cit., punti 28-30.

[75] Corte giust., 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco e a.*, ECLI:EU:C:1999:12, punti 46-53 e dispositivo, n. 2. Le clausole esaminate comprendevano la deroga all'art. 1957 c.c. e la sopravvivenza della garanzia all'invalidità dell'obbligazione principale (punto 11). La Corte ha ricordato che l'accertamento dei presupposti dell'art. 85, n. 1, del Trattato richiede di regola analisi economiche complesse riservate al giudice nazionale, ritenendole non necessarie nella specie (punto 50), e non ha risposto alla questione degli effetti sui contratti a valle (punto 62). In senso opposto le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, cit., paragrafi 39-43, per le quali una pratica restrittiva applicata in tutto il territorio di uno Stato membro fa sorgere una «forte presunzione» di pregiudizio agli scambi (paragrafo 40).

la presunzione del nesso che ne è parte integrante. Il giudice che volesse discostarsene dovrebbe dimostrare che la nozione interna diverge da quella europea, contro il criterio dell'art. 1, comma 4, della legge n. 287/1990, oppure sottoporre la questione alla Corte di giustizia (v. *infra*, parr. 9 e 10).

9. I limiti dell'argomento.

Stabilito il titolo per cui i criteri europei entrano nel giudizio, restano da esaminare le obiezioni che si possono opporre all'argomento e i limiti che esso stesso incontra. Nella letteratura sul *private enforcement* è diffusa un'impostazione secondo la quale il diritto dell'Unione offre poca guida al giudice sulla causalità. Le pronunce della Corte di giustizia e la direttiva 2014/104/UE riconoscono la legittimazione di chiunque sia stato danneggiato, ma non disciplinano compiutamente il modo in cui il nesso si concretizza. I giudici nazionali applicano pertanto i propri diritti delle obbligazioni entro i limiti dei principi di effettività e di equivalenza. La direttiva stessa rinuncia a definire la causalità, lasciandola ai diritti degli Stati membri[76]. L'osservazione è esatta, ma riguarda il nesso fra l'illecito e il danno nelle azioni risarcitorie, non il nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa, che è elemento costitutivo della nozione di pratica concordata. La distinzione non è di comodo: il rinvio ai diritti nazionali presuppone che il diritto dell'Unione non abbia elaborato una propria nozione del nesso. Occorre perciò accertare se una tale nozione esista. Rispetto al nesso interno alla fattispecie quella nozione esiste: la Corte di giustizia l'ha qualificata parte integrante del diritto dell'Unione[77].

Superata l'obiezione, restano i limiti che l'argomento incontra. Il primo attiene alla prova. La presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa non esonera il garante dalla prova della persistenza dell'intesa dopo il 2005, cioè del protrarsi degli effetti della deliberazione accertata (v. *supra*, par. 4). La presunzione opera solo dopo quella prova, che il principio di effettività consente di dare anche per indizi, purché oggettivi e concordanti[78].

---

[76] I. LIANOS, C. LOMBARDI, *Causation and Private Enforcement of Competition Law*, CLES Research Paper Series n. 3/2024, Londra, 2024, pp. 7-8 e 11-12.

[77] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punto 33 (v. *supra*, par. 4). L'obiezione va però presa nella sua forma più netta, che è quella che C. CAUFFMAN, *Nullity under Art. 101(2) TFEU*, cit., p. 28, ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: «[t]he fact that anticompetitive agreements cannot have any effects against third parties does not mean that contracts concluded with third parties on cartelized terms [...] are also null» (la stessa autrice si chiede però, altrove, se quella giurisprudenza non debba essere rivista: v. *supra*, nota 5). All'obiezione non si può invece accostare il rilievo di P. VAN CLEYNENBREUGEL, *The Presumption of Harm*, cit., p. 205, per il quale la presunzione «does not discharge a claimant from the obligation to prove a causal link»: esso riguarda la presunzione di danno dell'art. 17, par. 2, della direttiva, e dunque il nesso fra infrazione e pregiudizio nell'azione risarcitoria, sicché conferma la distinzione svolta nel testo anziché contraddirla. Sul piano interno, G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1309 ss., rileva «l'ambiguità del controllo operato dalla stessa Banca d'Italia, che finisce per selezionare le clausole contrattuali (riproduttive di modelli-standard) da considerare "anticoncorrenziali" e quelle invece da preservare da tale censura sulla base di criteri abbastanza evanescenti» (c. 1315, nota 22) e dubita che quel controllo si distingua dall'ordinario controllo sul contenuto contrattuale, come quello sulla vessatorietà (c. 1314, nota 15). In senso contrario alla tesi qui sostenuta, M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, n. 1, p. 13 ss.; S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1318 ss.

[78] Corte giust., 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*, cit., punti 36-37.

Per le fideiussioni specifiche la prova riguarda anche la riconducibilità dei moduli alla medesima intesa, che gli schemi associativi del 1987 consentono di documentare. Se quella riconducibilità non risulti, il garante deve provare, come chiedono le Sezioni Unite del 2026, un'intesa o una pratica concordata «estesa alle fideiussioni specifiche» (pag. 29), per la quale la standardizzazione delle clausole può valere come indice (pag. 30; v. *supra*, par. 7). Dopo il 2005, inoltre, l'ABI poteva diffondere lo schema soltanto attraverso circolari emendate dalle clausole censurate e trasmesse in via preventiva alla Banca d'Italia (dispositivo). Se l'associazione vi si è conformata, i suoi documenti successivi non recano più quelle clausole e non possono attestarne il coordinamento, la cui persistenza va provata con elementi di altra natura. La giurisprudenza europea avverte che, quando in un periodo significativo si siano tenute riunioni collusive senza l'impresa, la valutazione va fondata anche su altri elementi di prova[79]: l'uso uniforme e documentato delle clausole censurate è l'elemento ulteriore che quella giurisprudenza richiede, ma deve essere provato. Il divieto, del resto, si applica anche alla condotta parallela che prosegua dopo la cessazione formale dell'accordo, se questo continua a produrre i suoi effetti, ma la concertazione non si presume quando quella condotta ammetta altre spiegazioni ragionevoli, che chi deduce l'infrazione deve rendere implausibili[80]. Alla banca resta quindi la possibilità di opporre ragioni autonome dell'impiego delle clausole. Resta infine che il principio enunciato dalle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c. vincola il giudice del procedimento in cui la questione è stata rimessa e, per ogni altro giudice, ha l'autorità della pronuncia nomofilattica. Discostarsene quanto alla presunzione del nesso fra la concertazione accertata e la condotta successiva dell'impresa richiede un confronto argomentato o il ricorso al rinvio pregiudiziale[81].

10. Riflessi nel giudizio di merito.

Nel giudizio di merito, la distinzione fra la prova della persistenza dell'intesa e la presunzione del nesso si riflette sull'allegazione e sull'istruzione probatoria. Poiché la persistenza del coordinamento oltre il periodo esaminato dalla Banca d'Italia si prova per indizi oggettivi e concordanti, rilevano in particolare la presenza delle clausole censurate nei moduli di istituti diversi nei medesimi anni, documentabile attraverso una raccolta dei testi contrattuali ordinata per periodo[82], la risalenza del coordinamento indicata dal parere dell'Autorità garante

[79] Corte giust., 17 settembre 2015, causa C-634/13 P, *Total Marketing Services*, cit., punto 28.

[80] Trib., 12 aprile 2013, causa T-411/08, *Artisjus c. Commissione*, cit., punti 98-99, 109 e 156, con i richiami ivi, in una fattispecie di limitazioni territoriali mantenute nei contratti dopo la soppressione della clausola di esclusiva (punti 98-100).

[81] Resta da precisare la collocazione della tesi. Quanto alla presunzione del nesso, essa poggia sulla giurisprudenza della Corte di giustizia (v. *supra*, par. 4). La lettura che riconduce al diritto dell'Unione la sorte dei contratti conclusi con i terzi argomenta invece in parte *de iure condendo*. Ullrich dà atto che la Corte di giustizia ha rinviato espressamente la questione al diritto degli Stati membri e sostiene che quel rinvio «is questionable» (H. ULLRICH, *Nullity Neglected*, cit., par. 2.2.3.2, p. 624). Cauffman si chiede se la Corte di giustizia non debba rivedere la sentenza del 1983 e Lamadrid de Pablo e Ortiz Blanco suggeriscono che la riveda. Bartho ricava invece l'obbligo di nullità dall'effetto utile, pur escludendo l'applicazione diretta dell'art. 101, par. 2, TFUE (v. *supra*, nota 5). Le conclusioni del saggio non dipendono da quella lettura, perché restano le stesse anche seguendo il rinvio della sentenza *Livronsa* (v. *supra*, par. 6).

[82] Che la prova per raccolta sia praticabile è dimostrato dalla giurisprudenza di merito: App. L'Aquila n. 1089/2024, cit., pur ponendo a carico del garante la prova dell'intesa all'epoca della stipulazione, dichiara la nullità

e l'impiego delle clausole da parte dell'istituto convenuto anche dopo il provvedimento del 2005. Per le fideiussioni specifiche vi si aggiungono la circolare del 1987 e il confronto fra il modulo sottoscritto e gli schemi associativi (v. *supra*, par. 7). Quanto alla banca convenuta, gli schemi la cui conoscenza rileva sono le norme bancarie uniformi del 1987, non lo schema del 2003, che l'ABI comunicò alla Banca d'Italia prima della diffusione presso le associate (provvedimento, § 3). Quella conoscenza, dalla quale si può presumere la partecipazione della banca (v. *supra*, par. 7), si prova con l'appartenenza all'associazione all'epoca in cui la circolare fu diffusa (parere, § 37) e, soprattutto, con la corrispondenza pressoché testuale del modulo, che non si spiega senza la conoscenza del testo associativo. Ove occorra, l'ordine di esibizione può essere rivolto anche all'ABI, quale terzo, per le circolari trasmesse alle associate (art. 210 c.p.c.). Assolta tale prova, il nesso con la condotta della banca rimasta attiva sul mercato opera secondo la presunzione enunciata dalla Corte di giustizia.

L'ordine di esibizione è lo strumento che le stesse Sezioni Unite indicano. I parametri dell'art. 3 del d.lgs. n. 3/2017, che la Corte di Cassazione richiama come «indici conformativi sistematici» (pag. 21), ne orientano la formulazione: la categoria di prove va individuata attraverso natura, periodo di formazione e contenuto, e in concreto si tratta dei moduli di fideiussione in uso, nel periodo di stipulazione della garanzia, presso un campione di istituti rappresentativo del mercato nazionale, recanti clausole corrispondenti agli artt. 2, 6 e 8 dello schema. L'art. 6, comma 6, dello stesso decreto, che consente al giudice di ritenere provato il fatto in caso di rifiuto ingiustificato di esibire, è dettato per le azioni risarcitorie, ma offre un parametro utile per la valutazione del contegno della parte nel giudizio di nullità. Il medesimo risultato si raggiunge del resto senza estensioni analogiche, muovendo da quanto la Corte di giustizia afferma in via generale sul riparto dell'onere probatorio: «gli elementi di fatto che una parte fa valere possono essere tali da obbligare l'altra parte a fornire una spiegazione o una giustificazione, in mancanza della quale è lecito ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto»[83].

---

parziale perché sono stati prodotti duecentosessantasette contratti, dei quali duecentoventi stipulati fra il 2005 e il 2019; Trib. Alessandria, 5 luglio 2023, n. 608, cit., rileva che il modulo «è stato utilizzato da decine di banche (quasi tutte quelle operanti sul mercato italiano)». La stessa App. Milano n. 1425/2023, cit., relativa a una fideiussione specifica, aggiunge che l'appellante avrebbe dovuto produrre «un numero decisamente più elevato di fideiussioni "specifiche"» per poter affermare «che si sia trattato di pratica consolidata ad opera delle Banche» e, con ciò, indica la via.

[83] Corte giust., 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P e altre, *Aalborg Portland e a.*, cit., punto 79. Sul piano europeo, *RegioJet*, cit., sull'art. 5, par. 1, della direttiva 2014/104/UE, che non osta all'esibizione in pendenza di un procedimento dinanzi alla Commissione, nel rispetto delle condizioni degli artt. 5 e 6. Nella prassi del Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa, l'esibizione è stata disposta fra il 2021 e il 2023 secondo uno schema costante: i moduli standard di fideiussione *omnibus* in uso nel mese o nell'anno di stipulazione della garanzia, presso un campione di sette-dieci istituti «di diverso dimensionamento» e «rappresentativi dell'intero territorio nazionale», in ragione dell'individuazione del mercato rilevante nell'intero territorio nazionale (provvedimento n. 55/2005, § 8): fra le altre, Trib. Milano, ord. 16 novembre 2021, R.G. n. 11070/2020; ord. 18 maggio 2022, R.G. n. 2623/2021; coll., ord. 25 maggio 2023, R.G. n. 40881/2019, tutte inedite. L'esibizione è stata invece negata per le fideiussioni specifiche, «non omnibus» (ord. 17 maggio 2022, R.G. n. 32298/2021, inedita), ritenute estranee all'accertamento del 2005 (coll., ord. 25 maggio 2023, cit.), con una distinzione che il principio enunciato nel 2026 rende superata (v. *supra*, par. 7). L'efficacia dell'ordine verso i terzi dipende, tuttavia, dalla domanda proposta: nel giudizio in cui era stata chiesta anche la condanna al risarcimento, il Tribunale ha applicato al terzo inadempiente la sanzione amministrativa dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 3/2017, nella misura minima, escludendo che la conservazione decennale dell'art. 119 TUB e l'art. 2220 c.c. riguardassero i moduli contrattuali (ord. 17 maggio 2023, R.G. n. 2623/2021, inedita). Per quanto consta, è l'unico caso in cui

Quando il giudice ritenga di non poter applicare la presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa in un giudizio fondato sulla legge n. 287/1990, la questione presenta i requisiti per un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, che, secondo la sentenza *Allianz Hungária*, rientra nella competenza della Corte di giustizia anche in assenza di applicazione diretta dell'art. 101 TFUE (punti 19-23).

11. Questioni aperte.

Il principio enunciato dalle Sezioni Unite può essere superato, quanto alla presunzione del nesso, per due vie (v. *supra*, par. 9). La prima è il confronto argomentato. L'autorità della pronuncia nomofilattica non esonera il giudice dal misurarsi con le ragioni che la sorreggono. Quanto alla presunzione, quelle ragioni muovono da una premessa discutibile. Le Sezioni Unite escludono le presunzioni «di creazione giurisprudenziale» (pag. 20), ma la presunzione del nesso non è una regola probatoria elaborata dal giudice nazionale: è parte integrante della nozione europea di pratica concordata (v. *supra*, par. 4). Il confronto può partire, del resto, dallo stesso principio del 2026. Esso rimette al giudice di merito l'accertamento della nullità «a mente dei principi enunciati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 41994 del 2021» (pag. 31). Quei principi dichiarano nulle le clausole che riproducono quelle contrastanti anche con l'art. 101 TFUE (§ 3). Il giudice che applichi il principio del 2026 applica dunque anche l'art. 101 TFUE e deve farlo nell'interpretazione della Corte di giustizia, della quale la presunzione del nesso fa parte (v. *supra*, par. 6). Né l'esito muta se si ritenga che manchi il pregiudizio al commercio fra Stati membri, perché l'art. 2 della legge n. 287/1990 va comunque interpretato in conformità all'art. 101, con la medesima presunzione (v. *supra*, par. 8). Il principio finisce così per rinviare a una disciplina che comprende la presunzione che la stessa sentenza, con la formula generale di pag. 20, non ammette. Per i giudici di merito diversi da quello del procedimento in cui la questione è stata rimessa, il confronto si traduce in una motivazione che dia conto di queste ragioni. La seconda via conduce alla Corte di giustizia. Sul piano europeo, la questione che più si presta a un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE non è l'applicabilità in astratto della presunzione del nesso fra la concertazione e la condotta successiva dell'impresa, che la sentenza *Eturas* ha già chiarito, ma il suo operare in un giudizio civile di nullità a valle di un'intesa accertata sulla base di una norma nazionale modellata sull'art. 101 TFUE, quando l'associata non abbia partecipato alla deliberazione e si limiti ad applicarne lo schema. È una domanda che, secondo la sentenza *Allianz Hungária*[84], la Corte di giustizia è competente a esaminare e alla quale nessuna delle pronunce esaminate dà una risposta diretta. Per le fideiussioni specifiche la domanda si arricchisce di un profilo ulteriore, che attiene anch'esso all'interpretazione dell'art. 101, par. 1, TFUE: se le nozioni di decisione di associazione di imprese e di infrazione unica consentano di ricondurre alla medesima deliberazione i moduli che ne riproducono le clausole per una diversa tipologia di garanzia, quando l'accertamento

l'inottemperanza del terzo sia stata sanzionata. Una via probatoria, infine, è rimasta ai margini: le richieste da rivolgere alla Banca d'Italia sono state ritenute «allo stato in parte irrilevanti» (coll., ord. 25 maggio 2023, cit.). Nel giudizio deciso da App. Milano n. 1425/2023, cit., l'appellante aveva chiesto alla Banca d'Italia copia delle fideiussioni esaminate nell'istruttoria del 2002-2005.

[84] Corte giust., 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, cit., punti 19-23; v. *supra*, parr. 8 e 10.

dell'autorità abbia riguardato soltanto lo schema per la fideiussione *omnibus* (v. *supra*, par. 7). Il provvedimento offre, del resto, un dato utile alla risposta: la censura non fu orientata dalla clausola *omnibus*, perché furono dichiarati in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287/1990 i soli artt. 2, 6 e 8 dello schema, mentre «le altre disposizioni dello schema contrattuale», fra le quali quella clausola, non risultarono lesive della concorrenza (dispositivo).
Una seconda questione aperta riguarda i rimedi e muove dalle conclusioni del paragrafo 6. Quale che sia l'ordinamento cui spettino le conseguenze sul contratto, l'esito è la nullità parziale costruita dalle Sezioni Unite del 2021, limitata alle clausole che riproducano quelle dello schema, salvo che risulti una diversa volontà delle parti (§ 3). Il diritto dell'Unione conosce però un rimedio ulteriore, adottato dalla Commissione nella decisione *Astra*: imporre all'impresa che abbia dato attuazione all'intesa di offrire alla controparte una scelta fra il mantenimento del rapporto, il recesso e la rinegoziazione delle clausole viziate. Il rimedio non discende dalla nullità, ma dal potere di ordinare la cessazione dell'infrazione. Esso mira a rimuovere gli effetti restrittivi che sopravvivano nei contratti conclusi con i terzi, come la fideiussione rilasciata da una persona fisica estranea all'intesa (v. *supra*, par. 6). Nel caso delle fideiussioni esso sarebbe praticabile e, se si ammette che il principio di effettività possa esigere la riparazione in natura, merita di essere discusso anche in sede civile, accanto alla nullità parziale[85].

[85] Decisione 93/50/CEE della Commissione, del 23 dicembre 1992 (IV/32.745 – Astra), in G.U.C.E. L 20 del 28 gennaio 1993, p. 23, punto 32, per la quale il potere di ordinare la cessazione dell'infrazione «comporta non solo lo scioglimento degli accordi restrittivi conclusi tra le parti, ma anche l'eliminazione degli effetti restrittivi contenuti nei contratti conclusi con imprese terze in base ai suddetti accordi restrittivi», da realizzare attribuendo ai clienti un «diritto di revisione»: restare vincolati, recedere o rinegoziare (punto 33 e art. 3). Che il risarcimento riconosciuto dalla Corte di giustizia possa assumere anche la forma della riparazione in natura e che il principio di effettività possa esigerlo è prospettato da C. CAUFFMAN, *The Impact of Voidness*, cit., p. 2 ss. Sulla questione parallela del collegamento funzionale in materia di Euribor, pendente davanti alle Sezioni Unite, v. *supra*, nota 4. Per una ricostruzione della prassi giudiziaria in materia di raccolta dei moduli successivi al 2005, G. CASTELLANO, N. STIAFFINI, *Gli oneri istruttori in tema di fideiussioni ABI alla luce delle Sezioni Unite n. 41994/2021. Prime applicazioni e diverse visioni*, in *Riv. dir. risp.*, 2022, n. 1, p. 49 ss., spec. p. 73 ss.