

Intesa sugli EIRD e finanziamenti indicizzati all'Euribor: il magnetismo resistibile della nullità

di Enrico Camilleri*

SOMMARIO: 1. Il caso: Cass. civ., ord. 13.12.2023 n. 34889, Cass. civ., 3.5.2024, n. 12007 e Cass. civ., 19.7.2024, n. 19900. – 2. L'intesa sugli EIRD e i finanziamenti indicizzati all'Euribor: convergenze parallele. – 3. La prova privilegiata della violazione. Critica. – 4. Il magnetismo della nullità. La tesi contratto attuativo contro ogni evidenza. – 5. La nullità per indeterminabilità dell'oggetto. Critica. – 6. Uno scenario rimediabile plausibile tra vizi del consenso e risarcimento misconosciuto.

1. Il caso: Cass. civ., ord. 13.12.2023 n. 34889, Cass. civ., 3.5.2024, n. 12007 e Cass. civ., 19.7.2024, n. 19900.

Con un trittico di pronunce, rese tra il dicembre 2023 e il luglio di quest'anno, la Corte di Cassazione ha affrontato il tema delle ripercussioni che l'intesa illecita sugli *European Rate Interest Derivatives* – e (solo) indirettamente sulle manipolazioni del tasso interbancario di offerta in euro – accertata dalla Commissione europea tra il 2013 e il 2016 in relazione al periodo settembre 2005/maggio 2008¹, possa o meno aver determinato a carico di contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor, stipulati con la propria clientela da banche estranee alla cospirazione cartellistica, nel medesimo intervallo temporale in cui quest'ultima ha spiegato i propri effetti.

Questi, in breve, fatti e termini dei provvedimenti in commento.

L'ordinanza n. 34889/23 riguarda un contratto di leasing finanziario con indicizzazione all'Euribor degli interessi convenzionali. In particolare, a fronte di canoni insoluti, la banca creditrice otteneva decreto ingiuntivo nei riguardi della società debitrice, la quale faceva opposizione rilevando, fra l'altro, la nullità del contratto siccome recante clausola determinativa *per relationem* degli interessi dovuti, precisamente mediante rinvio a parametro Euribor, interessato da un'intesa illecita in violazione dell'art. 101 TFUE. Tribunale e Corte d'Appello di Milano rigettavano opposizione e gravame, evidenziando l'estraneità della banca creditrice alla violazione concorrenziale. La Suprema Corte è però di contrario avviso e reputa fondato uno dei motivi del ricorso per cassazione, che si appunta sulla prospettata nullità diretta del contratto, ex art. 2, comma 2°, l. 10 ottobre 1990, n. 287. A giudizio del Collegio, infatti, la decisione della Commissione europea,

di accertamento della violazione concorrenziale, involgerebbe anche pratiche manipolatorie del tasso Euribor e costituirebbe prova privilegiata della violazione medesima, spendibile in seno al giudizio civile sulla nullità (della clausola) di un contratto di finanziamento che della intesa illecita possa dirsi applicazione. D'altra parte, prosegue la Corte, col predicare la nullità dell'intesa – che può bene avere, come nella specie, indole non negoziale – le norme antimonopolistiche intendono colpire tutta la complessiva statuizione che realizzi un ostacolo al gioco concorrenziale, dunque non solo la condotta anticompetitiva ma anche qualunque contratto/negozio “a valle” che ne sia applicazione, donde appunto la nullità della clausola avente ad oggetto tassi convenzionali determinabili in forza di rinvio a parametro esterno al contratto ma illecitamente “manipolato”.

Il secondo *arrêt* deriva invece da una ingiunzione di pagamento relativa a contratto di mutuo immobiliare con tasso variabile, anch'esso indicizzato all'Euribor. L'ingiunta proponeva opposizione all'esecuzione, rigettata tuttavia dal Tribunale di Busto Arsizio con decisione successivamente confermata anche dalla Corte d'appello di Milano. Veniva quindi proposto ricorso per cassazione sulla base di plurimi motivi, fra cui quello della violazione della legge antimonopolistica – segnatamente l'art. 101 TFUE e l'art. 2, l. 10.10.1990, n. 287 – avendo la Corte milanese, ad avviso della ricorrente, erroneamente ritenuto che la decisione della Commissione europea, di “accertamento dell'intesa manipolativa dell'Euribor”, non incidesse sul contratto di finanziamento a valle.

Per ragioni processuali la Suprema Corte dichiara per vero inammissibile il motivo di ricorso; ritiene tuttavia che la particolare importanza della questione sollevata meriti l'affermazione di principi di diritto nell'interesse della legge, ex art. 363 cod. proc. civ. Così, sposando

* Contributo pubblicato in base a *referee*.

¹ Si tratta dei provvedimenti della Commissione europea C(2013) 8512/1 del 4.12.2013 e C(2016) 8530 del 7.12.2016 di fatto confermati

dalla decisione della Corte di Giustizia nel caso *HSBC Holdings e a./Commissione*, CORTE GIUST. UE, 12.1.2023, C-883/19 P.

parte delle argomentazioni efficacemente illustrate dalla Procura generale in sede di requisitoria², corregge la traiettoria argomentativa a base dell'ordinanza n. 34889/23. Lo fa, per un verso, escludendo ogni automatismo caducatorio a carico di clausole determinative del saggio degli interessi di un contratto di finanziamento, le quali rinviino a un parametro esterno – qui l'Euribor – in ipotesi interessato da pratiche anticoncorrenziali ma cui risultino tuttavia estranee (e di cui siano ignare) le stesse parti contraenti. Per altro verso, affermando che quelle medesime clausole possano comunque dirsi parzialmente viziate da nullità (originaria o sopravvenuta) *per impossibilità anche solo temporanea di determinazione del loro oggetto*, quante volte risulti provato che la condotta anticoncorrenziale involgente l'Euribor abbia per un certo periodo conseguito il proprio effetto distorsivo, rendendo quel parametro esterno, richiamato contrattualmente, in realtà non corrispondente all'intendimento perseguito dalle parti.

Senonché, trascorsi appena un paio di mesi sopraggiunge un terzo – ulteriormente contrastante – pronunciamento della Suprema Corte, questa volta della I sezione (l'ordinanza interlocutoria n. 19900 del 19.7.2024); pronunciamento che, facendosi portatore di una più rigorosa e a nostro avviso condivisibile impostazione circa i rapporti tra regole antimonopolistiche e disciplina generale del contratto, sollecita comunque la rimessione della questione interpretativa alle sezioni unite della Corte.

Nella specie, a fronte di un contratto di finanziamento indicizzato all'Euribor, la società sovvenuta e i suoi fideiussori (persone fisiche), ingiunti dalla cessionaria del credito, avevano proposto opposizione adducendo, fra l'altro, la nullità della clausola determinativa degli interessi dovuti, siccome involgente il parametro Euribor, interessato dalla violazione monopolistica. Tribunale e Corte d'Appello di Cagliari avevano però rigettato l'opposizione, giudicando valida la clausola contrattuale determinativa degli interessi, stante la estraneità della società finanziatrice al cartello illecito. Investita della questione, la Corte di Cassazione avalla questa linea ricostruttiva, in particolare sottolineando l'estraneità, al mercato rilevante inciso dall'intesa sugli EIRD, dei contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor, per tale ragione non inquadrabili entro la categoria dogmatica dei “contratti a valle”. Escluso così ogni automatismo caducatorio legato alla disciplina antitrust (i.e. nullità diretta), la Corte richiama quindi il precedente di Cass. civ. n. 12007/2024 per sottolineare l'inconsistenza della tesi di indeterminabilità dell'oggetto della clausola sugli interessi, a seguito di intervenute manipolazioni del parametro Euribor ad opera di terzi. Il consenso contrattuale – rileva il Collegio

– si forma infatti nel senso di richiamare non la complessa formula di calcolo dell'Euribor, *bensi un fatto esterno al contratto, che è assunto nel regolamento negoziale nella sua oggettività, per come risultante dal dato numerico ufficiale che ne esprime il significato, ossia il suo valore*. Al più, soggiunge il Collegio, l'attività manipolativa dell'indice, ad opera di terzi, può integrare gli estremi del vizio del consenso nel processo formativo della volontà contrattuale e assumere i contorni del dolo del terzo, fonte di annullabilità del negozio ex art. 1439, comma 2, c.c., quante volte una delle parti ne abbia avuto conoscenza e ne abbia tratto vantaggio; ovvero, integrare gli estremi della violazione del divieto di *neminem laedere* e spianare la strada a una pretesa risarcitoria nei riguardi dell'autore della condotta.

Soprattutto, però, la presa d'atto dei contrasti interpretativi già emersi tra diverse sezioni della Corte induce i giudici della I sezione a concludere nel senso della trasmissione degli atti alla prima Presidente della Corte affinché valuti l'opportunità di assegnare la causa alle Sezioni Unite per stabilire se il finanziamento indicizzato all'Euribor possa o meno integrare contratto a valle di intesa illecita e per chiarire quale sia il rimedio da reputare esperibile in caso di accertata manipolazione del medesimo, nell'alternativa appunto tra nullità (diretta ex legge antitrust o indiretta da indeterminabilità dell'oggetto) della clausola che vi faccia rinvio, vizio del consenso negoziale (i.e. dolo da approfittamento dei raggiri usati dal terzo) ovvero fatto produttivo di danni.

2. L'intesa sugli EIRD e i finanziamenti indicizzati all'Euribor: convergenze parallele.

Per inquadrare opportunamente le decisioni in esame e saggiarne la reale portata non è sufficiente fermarsi ai fatti di causa e ai passaggi argomentativi ivi svolti. Indispensabile è infatti integrare, nel quadro analitico, anche quanto emerso ad opera della Commissione europea nel caso DG Comp. AT 39914 e anzi proprio da lì muovere. Ebbene, con i provvedimenti C(2013) 8512/1 del 4.12.2013 prima, e C(2016) 8530 del 7.12.2016 poi, la Direzione generale per la concorrenza della Commissione europea ha accertato un'intesa di carattere non negoziale tra sette primarie banche europee, volta a condizionare i prezzi dei derivati sui tassi in euro (c.d. *European Interest Rate Derivatives*). Attraverso scambio di informazioni nell'ambito di rapporti bilaterali, queste banche tendevano infatti a rendere in certa misura per sé prevedibili quei prezzi, fra l'altro anche provando a manipolare uno dei due indici di riferimento che ne determinano la fissazione,

² V. Procura Generale Cassazione – Sost. Proc. Gen., dott. Nardecchia, Cass. civ., ud. 27.3.2024, causa n. 4 r.g. n. 8889/2022, reperibile su www.ilcaso.it. Le conclusioni del PG risultavano, per vero, nel senso

della richiesta di rimessione della causa alla Prima Presidente per assegnazione a sezioni unite.

vale a dire l'Euribor, tasso dei prestiti *risk free* tra primarie banche dell'area euro³.

Ora, come bene evidenziato dalla decisione di accertamento del 2016⁴, l'interesse delle singole banche coinvolte nell'infrazione, focalizzato, giova ripetere, sul mercato dei derivati, risultava non già univoco, unidirezionale, bensì oscillante intorno a tre varianti: rialzo, ribasso o invarianza del fixing di prezzo, a seconda che a venire in scadenza fossero derivati che vedessero quelle stesse banche titolari di posizioni creditorie, debitorie o di nessuna posizione. Considerato che il fixing del prezzo di negoziazione degli EIRD è il precipitato della combinazione di Euribor ed Eonia⁵, l'intesa illecita consisteva, fra le altre cose, anche in ciò, che le banche cospiratrici, componenti il *panel* che concorre alla formazione del primo (come del secondo) indicatore, tentavano di manipolarne la determinazione, sfruttando il particolare meccanismo di sua formazione.

Il tasso Euribor, infatti, per ciascuna delle 15 scadenze comprese tra 1 settimana e 12 mesi, si forma mediante quotidiana trasmissione, da parte degli istituti del *panel*, all'agenzia Thomson Reuters, tra le 10.45 e le 11 ora di Bruxelles, delle quotazioni a cui ciascuno ritiene che una ipotetica banca primaria presterebbe fondi in euro a un'altra. Eliminate dal totale delle quotazioni pervenute il 15% di quelle più alte e più basse, l'Agenzia fa dunque media ponderata delle quotazioni ricevute e pubblica il tasso di riferimento alle 11 (CET) di ciascun giorno lavorativo.

Ciò premesso, secondo quel che si legge ancora nella decisione della Commissione europea, le banche aderenti all'intesa, attraverso contatti bilaterali, hanno non solo condiviso informazioni non pubbliche sulle rispettive posizioni di negoziazione in derivati e sulle conseguenti preferenze sul fixing del prezzo di riferimento⁶, ma altresì concertato l'invio di quotazioni artatamente allineate (al rialzo o al ribasso), utili a incidere sulla determinazione finale dell'Euribor⁷, onde orientarlo alla propria maggior convenienza, legata di volta in volta ai derivati da scambiare.

Il punto di partenza nell'affrontare la tematica che ha impegnato la Corte di Cassazione e, a cascata, ormai

non poche corti di merito⁸, assume allora contorni a nostro avviso molto netti.

L'intesa accertata dalla Commissione europea e il dispiegamento della sua tensione effettuale distorsiva si collocano nel mercato degli EIRD; le manipolazioni a carico del processo formativo dell'Euribor presentano carattere solo collaterale, strumentale alla finalità anti-concorrenziale divisata dalle banche cospiratrici; ancora, quelle manipolazioni non risultano essere state effettivamente conseguite bensì solo tentate⁹, tanto più che semplici considerazioni di ordine statistico portano a legare le *chance* di successo di quell'attività distorsiva alla esiguità delle banche del *panel* che effettivamente trasmettano la propria quotazione, ovvero all'incremento del numero di quelle effettivamente cospiratrici. In pratica, tanto maggior peso possono avere le quotazioni artatamente allineate, quanto minore, rispetto al totale, sia il numero delle quotazioni genuine, il che passa o dal ridotto numero di banche non cospiratrici che di volta in volta le inviino, ovvero dall'elevato numero di quelle cospiratrici, essendo però l'uno scenario sottratto a ogni capacità di controllo preventivo degli istituti poi condannati e l'altro smentito dall'accertamento della Commissione, riguardante solo sette banche su quarantaquattro, che risultavano comporre il *panel* all'epoca dei fatti¹⁰.

D'altra parte – ed è la stessa ordinanza della Cassazione, n. 19900/2024 a fissarlo a chiare lettere¹¹ – rispetto alla vicenda anticoncorrenziale accertata, i finanziamenti a tasso variabile indicizzati all'Euribor, conclusi da banche estranee all'intesa, appaiono altra cosa: vuoi oggettivamente, stante che in nulla questi contratti hanno a che vedere con il mercato degli EIRD e le sue distorsioni competitive¹²; vuoi soprattutto soggettivamente, considerato che si tratta di finanziamenti concessi alla propria clientela da soggetti estranei alla cospirazione¹³.

Detto altrimenti, la vicenda anticoncorrenziale riguardante i derivati sui tassi e le vicende – formative e funzionali – dei vari contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor sembrano destinate a correre al più parallele, mentre non anche a intersecarsi o men che mai a convergere. Nondimeno, proprio una conver-

³ Essendo invece l'altro tasso, l'EONIA, relativo ai prestiti *overnight*, calcolato da BCE come media ponderata delle operazioni di prestito non garantito *overnight*, effettuate pure nel mercato interbancario. Per un'accurata disamina dei passaggi principali dei due provvedimenti della Commissione v. GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: "ci risiamo"!*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 29 ss.

⁴ Cfr. C(2016) 8530, cit., § 133.

⁵ V. *supra* nt. 3.

⁶ Cfr. C(2016) 8530, cit., § 358.

⁷ *IBID.*, § 358, lett. d.

⁸ Tra le pronunce che, a seguito dell'ordinanza del 2023, hanno abbracciato l'indirizzo interpretativo della Corte si segnala in particolare APP. CATANZARO, 18.1.2024, n. 67, reperibile sul sito www.centroanomaliiebancarie.it; si vedano poi, fra le tante, APP. TRIESTE, ord. 24.1.2024, in *DB-Non solo diritto bancario* (www.diritto bancario.it),

TRIB. BRINDISI, ord. 12.3.2024, in *Diritto del risparmio* (www.diritto del risparmio.it), le quali hanno disposto consulenze tecniche con quesiti che chiaramente danno per implicito l'approdo della nullità parziale dei contratti. In senso critico v. soprattutto TRIB. TORINO, 29.1.2024; APP. FIRENZE, 15.4.2024, n. 720, entrambe in *Foro Plus*.

⁹ Cfr. requisitoria Procura Generale Cassazione, cit., 8.

¹⁰ Cfr. ancora GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor*, cit., 36-37.

¹¹ Aspetto, quest'ultimo, assai chiaramente evidenziato dall'ordinanza interlocutoria della Cass. civ. n. 19900/2024, §§ 18 ss.

¹² Per l'eterogeneità oggettiva tra intesa EIRD e contratto di finanziamento indicizzato all'Euribor, v. in particolare APP. FIRENZE, 15.4.2024, n. 720, cit. e già TRIB. ROMA, 13.10.2020, n. 13966, in *Diritto del risparmio* (www.diritto del risparmio.it).

¹³ Cfr., fra le altre, soprattutto TRIB. TORINO, 29.1.2024, n. 181, cit., TRIB. ROMA, 15.11.2023, n. 16651, reperibile sul sito www.diritto pratico.it e TRIB. BOLOGNA, 6.12.2016, n. 2977, in *ForoPlus*.

genza viene postulata dall'ordinanza n. 34889/23 e una interferenza possibile, dalla sentenza del maggio 2024 (Cass. civ. n. 12007/2024), il che riporta alla mente una pagina molto nota della fisica moderna, legata all'ipotesi teorica che va sotto il nome di *diavoletto* di Maxwell.

Detto con molta approssimazione, in base alla seconda legge della termodinamica, l'entropia di un sistema chiuso non può decrescere ma al più rimanere invariata o aumentare fino al punto di morte termica. A meno dell'operare di un *diavoletto*, come quello immaginato da James Clerk Maxwell, che renda possibile questo risultato; una creatura/dispositivo che, ad esempio, rispetto a un recipiente di gas a temperatura uniforme, suddiviso al suo interno in due camere (A e B) separate da parete isolante, amministri una piccola apertura lungo la paratia, lasciando transitare dalla camera A alla camera B solo le molecole più veloci (/calde) e in senso inverso solo quelle più lente (/fredde). In un tempo dato, il sistema avrà così redistribuito uniformemente le particelle calde e fredde, generato neghentropia e... smentito la seconda legge della termodinamica. Quanto meno in teoria.

Anzi solo in teoria, visto che, come è stato poi dimostrato, il paradosso cui la ipotesi di Maxwell dà luogo non riesce a trovare conferma empirica: nessun dispositivo è in grado di riprodurre le descritte capacità del *diavoletto*, giacché in tanto può riuscire a selezionare le molecole, in quanto disponga di informazioni su di esse, il che richiede però energia (/calore) prelevata dall'esterno del sistema. Ergo, il sistema nel quale si osserva la decrescita dell'entropia non è in realtà chiuso, il secondo principio della termodinamica non ne esce smentito e l'ipotesi di Maxwell resta tale, confinata a esperimento mentale.

Ora, *mutatis mutandis* e anticipando quanto proveremo ad argomentare, ci pare possa dirsi che, in disparte dal piano risarcitorio, in nulla una data vicenda monopolistica, riguardante un certo mercato e determinati soggetti, può automaticamente interferire – per lo meno alla maniera predicata dalle sezioni unite con la nota pronuncia del 2021¹⁴, ossia irradiandovi nullità speciale da ordine pubblico economico – su un contratto avente contenuto irriducibile a quello cospirato-

rio e che soprattutto sia intercorso tra parti entrambe estranee alla (e ignare della) violazione monopolistica altrove (*rectius*, in altro mercato) intervenuta. A meno, anche in tal caso, di un *medium* argomentativo che funga da epigono del citato *diavoletto*, come sembra doversi dire riguardo all'ipotesi di fare qui applicazione della tesi del “contratto a valle” quale strumento attuativo di intese illecite concluse a monte e per ciò stesso partecipe della sanzione di nullità che quelle fulmina¹⁵.

Ipotesi che, nondimeno, proprio non regge¹⁶ e che non a caso è stata sconfessata dalle opportune precisazioni già contenute nella prima parte della sentenza n. 12007/24 e poi soprattutto dall'ordinanza n. 19900/24, allorché il Supremo Collegio ha evidenziato l'indispensabilità di informazioni/elementi di conoscenza in almeno una delle parti, affinché la si possa dire plausibile¹⁷.

Il copione dell'esperimento di Maxwell si ripete: anche in tal caso l'ipotesi teorica tale rimane e viene confutata dalla dimostrata necessità della variabile indipendente “informazione”, in guisa di conoscenza della cospirazione monopolistica da parte di almeno uno dei contraenti. Il che, però, a ben vedere, vale anche a smentire la plausibilità di quella sorta di *editio minor* della tesi della ripercussione parzialmente caducatoria, a carico del contratto a valle, che si sostanzia nel dire – come fa la Cassazione con la decisione del maggio 2024, in commento – che l'eventuale effettivo raggiungimento del risultato manipolatorio vizierebbe, per impossibilità di determinazione del suo oggetto, la clausola contrattuale di indicizzazione.

E, infatti, delle due l'una: o le parti sono entrambe ignare della manipolazione che interessa il parametro cui fanno riferimento, il quale, se richiamato in contratto, viene preso per buono da entrambe e così, tecnicamente, garantisce la determinabilità dell'oggetto contrattuale. Oppure una delle due è al corrente della manipolazione attuata da terzi e, richiamando quel parametro, intende approfittarne per spuntare un extra-profitto in danno della controparte, ma ciò è allora quanto dire o uno scenario riparatorio di marca contrattuale (riteniamo da dolo incidente)¹⁸, laddove la condotta di approfittamento del raggio altrui incida

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 30.12.2021, n. 41994, in *DeJure*.

¹⁵ La tesi del contratto “a valle” come sbocco dell'intesa illecita si deve, come noto, a Cass. civ., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, in *DeJure*; a tale tesi si sono riannodate, fra le altre, Cass. civ., ord. 12.12.2017, n. 29810 – espressamente richiamata dall'ordinanza della Cass. civ., 13.12.2023 n. 34889, in commento – nonché Cass. civ., 26.9.2019, n. 24044 (entrambe in *DeJure*), le quali tuttavia propendono nel senso rispettivamente della nullità potenzialmente piena e radicale ex art. 1418 cod. civ. e della nullità parziale, ex art. 1419 cod. civ. Idealmente nel solco del precedente del 2005, ma con una chiara presa di posizione a favore della nullità speciale da violazione dell'ordine pubblico economico, che solo parzialmente infirmerebbe il contratto a valle di intesa illecita, si è infine pronunciata Cass. civ., sez. un., 30.12.2021, n. 41994, cit., a proposito della nota vicenda delle fideius-

sioni omnibus conformi a norme uniformi ABI.

¹⁶ Con esemplare chiarezza v. ancora GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor*, cit., 38 ss.; si vedano altresì le considerazioni critiche di GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel 'contratto a valle' (il caso Euribor)*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 19 ss.; PAGLIANTINI-SANTARPIA, *Un'aberratio ictus bella e buona: Euribor manipolato e nullità parziale dei contratti indicizzati*, in *For. it.*, 2024, 497 ss.

¹⁷ Cfr. Cass. civ., 3.5.2024, n. 12007, § 6.1.

¹⁸ Come ci è parso di dover sostenere nella pur diversa situazione del “contratto a valle” propriamente detto, laddove cioè sia uno dei contraenti ad approfittare di condizioni perturbative del mercato che egli stesso abbia concorso a determinare (attraverso l'intesa di cui sia stato parte): sia consentito rinviare a CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008, 457 ss.; Id., *Validità*

sul *quomodo* del regolamento d'interessi convenuto; ovvero di annullabilità (*ex art. 1439, comma 2^o, cod. civ.*) del negozio, laddove investa l'*an* del consenso contrattuale, come in effetti prospettato dall'ordinanza n. 19900/2024.

3. La prova privilegiata della violazione. Critica.

Aspettando le sezioni unite, dunque, almeno quattro opzioni rimediali sono allo stato sul tappeto: quella della nullità antimonopolistica diretta (i.e., contratto di finanziamento quale sbocco dell'intesa), quella della nullità parziale da indeterminabilità dell'oggetto della clausola di indicizzazione, quella della annullabilità per dolo del terzo *ex art. 1439 cod. civ.* e, infine, quella riparatoria¹⁹; opzioni rispettivamente abbracciate dall'ordinanza n. 34889/23, dalla sentenza n. 12007/24 e dall'ordinanza interlocutoria n. 19900/24.

Prendendo le mosse dalla prima soluzione affacciata, essa si rifà alla tesi del contratto a valle quale sbocco attuativo dell'intesa, accolta dalle sezioni unite della Cassazione specie con la nota pronuncia n. 4994 del 2021. In disparte dalle non poche riserve che intorno a tale decisione permangono²⁰, va detto che non ad essa mostra invero di rifarsi la richiamata ordinanza del dicembre 2023. Oltre che a CASS. CIV., sez. un. 4.2.2005, n. 2207, che in prospettiva municipale ha segnato la svolta della nostra giurisprudenza nel senso della *plurioffensività possibile del comportamento vietato* dalla norma antitrust e dell'intendere quest'ultima come orientata alla tutela dell'interesse di tutti i soggetti del mercato alla preservazione del suo assetto concorrenziale, l'ordinanza n. 34889 della III sezione si riporta infatti ad altro precedente, risalente al 2017²¹. Indicazione tanto più singolare ove solo si consideri che tale pronuncia appare per più versi disallineata rispetto agli approdi cui l'ordinanza del dicembre 2023 è poi pervenuta, a tacer d'altro predicando una nullità totale del contratto attuativo e non invece solo parziale.

Ciò su cui preme tuttavia innanzitutto fermare l'at-

tenzione è altro non meno rilevante aspetto dell'iter motivazionale che sorregge l'ordinanza, vale a dire quello sul rilievo probatorio da annettere alla decisione definitiva di accertamento dell'infrazione, resa dalla Commissione europea. Si tratta, infatti, di uno snodo cruciale dell'abbrivio argomentativo secondo cui un contratto che possa dirsi collocato a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza, di quest'ultima costituirebbe lo sbocco attuativo e che porta la Corte a richiamare l'elaborazione giurisprudenziale sulla c.d. "prova privilegiata" (della violazione occorsa), affermando che, come tale, debba intendersi appunto la decisione (della Commissione) sull'intesa concernente gli EIRD.

In pratica, la decisione della Commissione costituirebbe, ai fini del giudizio sulla ipotetica nullità del contratto di finanziamento indicizzato o un suo segmento, appunto prova privilegiata della violazione intervenuta, il che spianerebbe la strada all'estensione della sanzione di cui all'art. 101, comma 2^o, TUE (o art. 2, l. n. 287/1990). Peccato, però, che non sia la prova privilegiata dell'intesa a rendere un dato contratto riconducibile all'orbita attuativa del disegno distorsivo, ma piuttosto determinate caratteristiche oggettive e soggettive di quello (rispetto alla violazione monopolistica) a consentire di invocare il peculiare congegno probatorio legato all'intervenuto accertamento amministrativo dell'infrazione.

Ed invero, quello della speciale valenza probatoria da annettere alle decisioni amministrative di accertamento della infrazione monopolistica è tema impostosi all'attenzione degli interpreti sul terreno delle azioni di risarcimento del danno antitrust, allorché il danneggiato, per via della cifra *fact sensitive* della vicenda risarcitoria, sconta una minorità informativa potenzialmente non colmabile rispetto al presunto *tortfeasor*. Ciò posto, considerato che il divieto di *running counter*, dettato dall'art. 16, reg. 2003/1/UE sulla scia della giurisprudenza *Masterfoods*²², si limita a fissare una sorta di vincolo in negativo a carico del singolo giudice adito, consistente nell'inibizione di decisioni in contrasto

della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva, in questa *Rivista*, 2020, II, 397 ss. ma spec. 403 ss.

¹⁹ Come detto, questa ultima ipotesi andrebbe ulteriormente differenziata a seconda che sia possibile o meno scorgere un approfittamento, di una delle parti ai danni dell'altra, della conosciuta alterazione del parametro Euribor ad opera dei terzi, la quale che abbia però unicamente inciso sulle condizioni del regolamento di interessi convenuto. In caso affermativo si darebbe infatti il rimedio della riparazione del danno contrattuale *ex art. 1440 cod. civ.*, mentre in carenza di qualsivoglia elemento di consapevolezza non resterebbe che la via della tutela aquiliana, perseguibile contro gli autori della condotta illecita. V. comunque *infra* § 6.

²⁰ Per le principali – e più persuasive – argomentazioni – critiche alla soluzione della nullità parziale del contratto a valle di intesa illecita, nei termini di nullità speciale da (violazione) dell'ordine pubblico economico v. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite*, 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, 13 ss.; ID., voce «Contratto e concorrenza», in *Enc. del dir. – I tematici*, I, *Contratto*, diretto da D'AMICO,

Giuffrè, 2021, 246 ss. ma spec. 264; GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel 'contratto a valle' (il caso Euribor)*, cit., 21 ss.; GUIZZI, *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi: notazioni critiche a margine delle Sezioni Unite sulla nullità dei "contratti a valle"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2024, 170 ss., 670, secondo una linea di pensiero già espressa in numerosi lavori tra i quali, più recentemente ID., *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vint ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, 1173 ss. In senso adesivo v. invece, DENOZZA, *Principle vs Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale "regolatoria"*, in questa *Rivista*, 2022, II, 670, il quale aveva già prospettato la tesi della nullità del contratto a valle, in funzione di esigenze di effettività in ID., *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese e abusi*, *ibidem*, 2020, II, 406 ss.; SARTORI, *Fideiussione omnibus e nullità delle clausole in deroga: tra efficienza del mercato e stabilità del sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 309 s.

²¹ CASS. CIV., ord. 12.12.2017, n. 29810, cit. In senso analogo v. altresì COLL. COORD. ABF, 19.8.2020, n. 14555, che offre spunto alle interessanti considerazioni critiche di RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 572 ss. ma spec. 597 ss.

²² Cfr. CORTE GIUST. UE, 14.12.2000, causa C-344/98.

con quelle già rese dalla Commissione, e desumendosi, d'altra parte, dall'art. 2 dello stesso Regolamento UE, l'incombere dell'onere di provare un'infrazione concorrenziale a carico di colui che la ponga a base delle proprie pretese, ecco palesarsi l'inappagata esigenza di alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore e di promozione del *private enforcement*.

Esigenza cui, almeno fino al punto di svolta della direttiva 2014/104/UE (e, in chiave domestica, del d. legis. 19 gennaio 2017, n. 3, di recepimento), che ha codificato il principio del c.d. *binding effect* delle decisioni amministrative definitive di accertamento della violazione, la giurisprudenza della Cassazione aveva dato ampio riscontro, pervenendo appunto alla elaborazione della categoria di prova privilegiata, intesa quale vera e propria presunzione atipica, *quoad effectum*, sempre più accostata alla prova legale²³.

Senonché, siffatto congegno pretorio, che pure mantiene agibilità dopo l'entrata in vigore della direttiva del 2014, sia pure per le sole fattispecie cui quest'ultima non possa applicarsi *ratione temporis*, è certo ben impiegabile anche al di là del contenzioso risarcitorio e precisamente nel giudizio sulle possibili ripercussioni che la violazione accertata abbia generato a carico del contratto c.d. a valle. Anche in tale scenario l'attore potrà infatti produrre o chiedere che venga acquisita al compendio probatorio la decisione amministrativa divenuta definitiva, sì da far dare almeno per presunte la condotta di infrazione monopolistica e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale – per riprendere la lettera degli artt. 7, d. lg. n. 3/2017 e 9, dir. n. 104²⁴. E ne dà conferma assai eloquente la recente decisione *Repsol*²⁵ con cui, in nome del principio di effettività degli artt. 101 e 102 TFUE, si è appunto affermato che l'accertamento di una violazione del diritto della concorrenza, da parte di un'autorità antimonopolistica nazionale, *dimostra l'esistenza di tale violazione fino a prova contraria, che spetta al convenuto fornire, purché la sua natura e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale corrispondano a quelle della violazione constatata in tale decisione*²⁶.

Non sfugge, tuttavia, come già nella impostazione della nostra giurisprudenza di legittimità e oggi in modo assai più esplicito proprio alla stregua della citata

decisione della Corte di Giustizia, almeno due elementi risultino imprescindibili affinché si possa anettere alla decisione amministrativa definitiva un effetto – presunzione *iuris tantum* – così tanto prossimo al *binding effect* della direttiva 2014/104/UE: che la proiezione probatoria della decisione amministrativa in sede civile resti ancorata a quanto in essa accertato e che, in ossequio al principio del giusto processo, sia spesa esclusivamente nei confronti della medesima parte già coinvolta nel procedimento amministrativo e colà, o in sede di impugnazione, messa in grado articolare le proprie difese.

Entrambi tali elementi risultano nondimeno mancanti nel caso della intesa sugli EIRD e dell'ipotizzato suo rilievo nel giudizio civile incentrato sui contratti di finanziamento indicizzati all'Euribor.

Nessuna intesa direttamente tendente alla manipolazione dell'Euribor risulta infatti essere stata accertata dalla Commissione europea, la quale viceversa si è limitata a scorgere, nella (tentata) manipolazione, un comportamento non solo collaterale al disegno distortivo altrimenti focalizzato ma soprattutto di non riscontrato successo. Ritenere – come fa la Corte con l'ordinanza del dicembre 2023 – che la decisione della Commissione europea possa anche solo lasciare presumere *iuris tantum* una violazione monopolistica che semplicemente non è stata accertata²⁷ risulta pertanto esito francamente irricevibile, tanto più ove si aggiunga che la banca coinvolta nel rapporto di leasing (indicizzato all'Euribor) non rientra tra quelle partecipanti alla intesa sanzionata dalla Commissione.

Basti richiamare, a tale ultimo proposito, gli artt. 47 della Carta di Nizza e 6, comma 1 della Convenzione europea sui diritti dell'Uomo, le decisioni *Menarini* e *Grande Stevens*²⁸ in tema di giusto processo e, ancora, la ricordata decisione *Repsol*. In base a quest'ultima, in particolare, allorché autore, natura, qualificazione giuridica, durata ed estensione territoriale di una violazione accertata mediante decisione amministrativa coincidano solo in parte con quelli cui fa riferimento la singola azione giudiziaria, le risultanze della decisione amministrativa, benché non necessariamente prive di qualsiasi rilevanza, possono al più costituire *un indizio dell'esistenza dei fatti cui si riferiscono*²⁹.

²³ La vicenda interpretativa che ha condotto alla elaborazione della categoria della prova privilegiata, in relazione alle decisioni delle *Authorities* antimonopolistiche, prende le mosse da CASS. CIV., 2.2.2007, n. 2305, in *DeJure*, ove però era prospettato un accostamento di quelle decisioni piuttosto al modello della presunzione semplice. A partire da CASS. CIV., 13.2.2009, n. 3640, (*ibid.*), invece, si è inaugurato il filone interpretativo della prova privilegiata e, nel suo quadro, si è assistito a una progressiva accentuazione dell'accostamento effettuale alla presunzione legale: v. CASS. CIV., 18.8.2011, n. 17362; CASS. CIV., 9.5.2012, n. 7039; CASS. CIV., 28.5.2014, n. 11904; CASS. CIV., 22.5.2019, n. 13846 e CASS. CIV., 5.7.2019, n. 18176, tutte in *DeJure*. V. altresì TRIB. NAPOLI, 25.7.2023, *ibid.*

²⁴ Sul valore delle decisioni amministrative di accertamento delle infrazioni concorrenziali in sede di giudizio civile v. NEGRI, *L'efficacia*

delle decisioni amministrative nel processo civile, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 483 ss.; D. DALFINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei diritti*, Napoli, ESI, 2022, 98; J. UWE FRANK, *Introduction with some comparative remarks from a German Perspective*, in *Binding effect of decisions of national authorities*, in *Concurrences*, 3/17, 37 ss., ma spec. 39.

²⁵ CORTE GIUST. UE, 20.4.2023, C-25/21, ZA et al v. *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*.

²⁶ *Ibid.*, § 62.

²⁷ Tale dovendosi considerare quella riguardante la determinazione del tasso Euribor.

²⁸ V. CORTE EUR DIR UOMO, 27.10.2011, ric. n. 43509/08, *Menarini Diagnostics v Italia*; CORTE EUR DIR UOMO, 4.3.2014, ric. n. 18640/10, *Grande Stevens and Others v Italy*.

²⁹ CORTE GIUST. UE, 20.4.2023, C-25/21, cit., § 64.

4. Il magnetismo della nullità. La tesi contratto attuativo contro ogni evidenza.

Escludere che un contratto disallineato oggettivamente e soggettivamente rispetto alla decisione amministrativa di accertamento della infrazione monopolistica legittimi il rinvio allo schema della prova privilegiata involge però ben più che non il solo terreno probatorio, giacché mette in luce anche gli elementi sostanziali che rendono inconferente il rinvio alla sequenza stessa intesa-contratto “a valle”, in guisa di programma e sua realizzazione.

È certo indiscutibile che la norma antimonopolistica tenda a preservare un interesse oggettivo e di portata generale, quale è l’assetto concorrenziale del mercato e non invece l’interesse dei singoli concorrenti³⁰; ed è noto, d’altra parte, come ciò abbia finito col divenire premessa maggiore del ragionamento che conduce a scorgere nel c.d. “contratto a valle” di intesa restrittiva il segmento esecutivo di quest’ultima. Paradigmatico è, in proposito, quanto affermato dalle sezioni unite della Suprema Corte con la nota decisione del dicembre 2021, secondo cui, una volta intesa la norma antitrust – e segnatamente dell’art. 2, comma 3^o, l. n. 287 del 1990 – nei termini indicati, non potrebbe che addivenirsi a una lettura della locuzione «ad ogni effetto», ivi contenuta e riferita alla nullità delle intese illecite, come riproduttiva del principio generale secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, donde «la conclusione dell’invalidità anche dei contratti che realizzano l’intesa vietata»³¹.

Il punto è, però, che anche a voler sorvolare sulle non trascurabili riserve che residuano intorno alla ipotesi di contratti a valle ritenuti *comunque* attuativi dell’intesa illecita, non solo cioè se *Ausführungsverträge*, bensì anche *Folgeverträge*, resta che la vicenda del finanziamento indicizzato all’Euribor si colloca fuori quadro rispetto a quella cornice interpretativo³².

Basterebbe dire che, presa sul serio, la formula del

“contratto a valle”, in tanto assume dignità quale oggetto (/strumento) di indagine, in quanto sia riferita a un contratto di cui venga in esponente – pur senza attingere alla dimensione tecnica del collegamento – una qualche forma di continuità contenutistica, oltre che di posteriorità cronologica con la concertazione monopolistica, precisamente in virtù del fatto che uno dei contraenti abbia preso parte alla cospirazione o ne sia comunque consapevole, volendone trarre vantaggio in danno dell’altra parte³³. Se anche si ritenesse, in altri termini, come opinano gli strenui fautori della *necessità* della tutela reale, che il contratto a valle ammonti a veicolo di trasmissione di contenuti vietati, dalla fase programmatica (intesa) a quella realizzativa, e che per ciò stesso meriti (in virtù di quale comminatoria non è però dato sapere³⁴) di essere colpito dalla nullità, ciò vorrebbe comunque dire che sovrapponibilità contenutistica “intesa-contratto” e incidenza effettuale dell’una e dell’altro sul medesimo mercato siano condizioni irrinunciabili perché si possa predicare, del negozio attuativo, il partecipare del “medesimo disvalore che la legge riserva all’intesa «a monte»”³⁵.

Così però, ad ogni evidenza, non è se, da una parte, si dà intesa sugli EIRD e, dall’altra, contratto di finanziamento indicizzato all’Euribor, per di più intervenuto tra soggetti entrambi estranei alla cospirazione e di essa ignari: diverso oggetto, diverso mercato di riferimento ed eterogeneità soggettiva fanno della nullità speciale a presidio dell’ordine pubblico economico, che fulminerebbe anche il contratto a valle o, peggio ancora, sue singole clausole³⁶, nulla più che un atto di fede³⁷, se non la spia di una forza magnetica della nullità³⁸ che spinge a sovrapporre il “*to be*” (propugnato) all’“*as is*” (fraiteso) del quadro rimediale.

Non si tratta affatto di predicare un esonero preventivo del tema dell’Euribor rispetto al raggio di applicazione della disciplina antitrust, bensì semplicemente di non addivenire a esiti che banalmente non si reggono in punto di diritto³⁹ e che, per di più, rischiano di metter

³⁰ Così Cass. civ., sez. un., 4.2.2005, n. 2207, cit.

³¹ Cfr. Cass. civ., sez. un., 30.12.2021, n. 41994, cit. § 2.12.2.

³² Particolarmente stringente è la critica che viene mossa alla ordinanza del dicembre del 2023, sulla vicenda dei finanziamenti indicizzati all’Euribor, da GUIZZI *Manipolazione dell’Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: “ci risiamo”!*, cit. V. altresì PAGLIANTINI-SANTARPIA, *Un’aberratio ictus bella e buona: Euribor manipolato e nullità parziale dei contratti indicizzati, op e loc cit.*; ACCETTELLA, *I contratti «a valle» dell’intesa vietata nella vicenda relativa alla manipolazione dell’Euribor*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 53 ss. Si veda inoltre la posizione critica già espressa da COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in *Contratti bancari*, a cura di CAPOBIANCO, Wolters Kluwer, 2021, 651. In senso favorevole all’ipotesi della nullità – del finanziamento indicizzato all’Euribor – si era invece espresso CALABRESE, *Effetti della manipolazione dell’Euribor sul mutuo bancario a tasso variabile*, in questa *Rivista*, 2018, I, 317 e oggi, in relazione all’ordinanza in commento, DOLMETTA, *Euribor manipolato e contratti «a valle»*. *Questioni, Riv. dir. Banc.*, 2024, 1 ss. ma spec. 6-7.

³³ Cfr. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell’ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, cit., 403 ss.

³⁴ V. per tutti GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel ‘contratto a valle’ (il caso Euribor)*, cit., 21.

³⁵ Cfr. DOLMETTA, *Euribor manipolato e contratti «a valle»*. *Questioni*, cit., 6.

³⁶ Cfr. Cass. civ., sez. un., 30.12.2021, n. 41994, cit. § 2.17.

³⁷ Per la chiara esclusione di ogni conseguenza caducatoria prodotta dalla decisione di accertamento dell’intesa sugli EIRD a carico di contratti di finanziamento indicizzati all’Euribor v. già TRIB. GENOVA, ord. 22.1.2019, in *www.altalex.it*; TRIB. PADOVA, 3.12.2019, in *Riv. dir. risp.*, 2020, 330 ss. e, in seguito, fra le altre, in senso critico v. APP. LECCE, TARANTO, 6.9.2023, in *Foro Plus*.

³⁸ Singolarità municipale nell’approccio alla materia dei cartelli consistente nel riferire ai contratti a valle di intesa illecita la conseguenza della nullità: v. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021*, n. 41994, cit., 9, 21; BENHÖR, *The Impact of Competition Law on the private Law concepts of Nullity and Damages*, in *Primary EU Law and Private Law concepts*, edited by MICKLITZ e SIEBURG, Intersentia, 2017, 133 ss., ma spec. 144 ss.

³⁹ Cfr. GUIZZI, *Manipolazione dell’Euribor*, cit.

capo a paradossi a catena. Primo paradosso (incisivamente messo in luce dall'ordinanza n. 19900/2024)⁴⁰: la violazione dell'ordine pubblico economico dovrebbe dirsi ricorrente sia in caso di manipolazione al rialzo – dunque in senso favorevole al creditore-banca – sia nel caso opposto, con la conseguenza che a invocare la nullità del contratto possa essere, in tale ultima ipotesi, anche la banca. D'altra parte, come è ancora l'ordinanza n. 19900/2024⁴¹ a chiarire, non si dà qui nullità di protezione da vessatorietà della clausola, posto che, a tacer d'altro, l'art. 33 cod. cons. non ricomprende nella presunzione di vessatorietà le pattuizioni concernenti «prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista»; se invece si assumesse il ricorrere di una nullità bensì virtuale di protezione, si arriverebbe diritti al cuore di un secondo paradosso: la banca estranea all'intesa sarebbe chiamata a rivestire (e sopportare i costi di) una inopinata posizione di garanzia oggettiva, legata cioè al fatto che il mercato (quale, poi?)⁴² sia stato distorto dalla condotta di terzi. E ancora, terzo paradosso, si dovrebbe assumere travolta la (sola) clausola contrattuale di indicizzazione, ad onta del fatto che in essa l'Euribor è però semplice parte del tutto, in quanto segmento variabile destinato comunque a saldarsi con uno fisso (spread), ai fini della determinazione dell'effettivo tasso da applicare⁴³, con la conseguenza che al *vulnus* prodotto non potrebbe porsi rimedio attraverso il congegno eterointegrativo in cui si risolve l'art. 117, comma 7, TUB⁴⁴. Intanto perché è questa una tecnica da ricondurre pur sempre – a mo' di suo correttivo – al principio della «c.d. «nullità a vantaggio» (del cliente), che – ai sensi dell'art. 127 comma 2^o – informa le peculiari ipotesi previste dal titolo del TUB, dedicato alla materia della «trasparenza» delle condizioni contrattuali»⁴⁵; se riferita, dunque, alla condotta di una banca che è, appunto, esente da ogni responsabilità, tale tecnica non trova spazio⁴⁶. Quindi giacché, a tutto concedere, proprio in virtù del segmento fisso della clausola (spread), quella ipotizzata sarebbe circostanza ben diversa vuoi dalla totale carenza contenutistica di cui al comma 4 del medesimo articolo, vuoi dal ricorrere di un parametro incerto, sanzionato dal successivo comma 6, considerato che, quando pure manipolato, quello

dell'Euribor resta un parametro bensì certo dal punto di vista del regolamento degli interessi che lo contiene⁴⁷.

Ora, i limiti argomentativi della tesi abbracciata dall'ordinanza n. 34889/2023, già evidenziati dalla Procura Generale nella citata requisitoria del 27.3.2024, sono stati infine chiaramente messi a nudo dalla sentenza n. 12007/2024, nonché dall'ordinanza n. 19900/2024. Con la prima decisione, la Corte, ricollegandosi al precedente delle sezioni unite del 2021, ha affermato che, affinché di un contratto possa predicarsi l'essere momento applicativo di una intesa distorsiva della concorrenza, occorre «quanto meno che uno dei contraenti sia a conoscenza dell'esistenza di quella determinata intesa (o pratica non negoziale) con un determinato oggetto e un determinato scopo e intenda avvalersi del risultato oggettivo della stessa»: in difetto della prova di siffatta conoscenza, dunque, quello stesso contratto non potrebbe *in alcun modo* ritenersi «di per sé *'a valle'* di intese illecite». La più recente ordinanza del luglio 2024 ha ribadito questa linea interpretativa e in più (meritoriamente) gettato una luce critica su quella che descrive come la tendenza a operare una indiscriminata estensione della tesi del contratto («a valle») attuativo dell'intesa, suggerendo anzi *una lettura restrittiva della sentenza delle Sezioni Unite n. 41994 del 30 dicembre 2021*⁴⁸.

A nostro avviso resta comunque non convincente già la premessa maggiore del sillogismo – l'illiceità del comportamento-intesa si traduce in illiceità/nullità dell'atto-contratto che vi dia seguito⁴⁹ – ma, quanto meno, ove si voglia continuare a darla per buona, è finalmente evidenziata la distonia della premessa minore (il contratto di finanziamento indicizzato all'Euribor e concluso da soggetti estranei alla cospirazione non è attuativo della intesa sugli EIRD) e si esclude quindi che per essa possa darsi la ipotizzata conclusione caducatoria (*rectius*, l'automatismo della nullità della clausola di indicizzazione).

5. La nullità per indeterminabilità dell'oggetto. Critica.

La pur netta sconfessione della ricostruzione affacciata dall'ordinanza del dicembre del 2023 (nullità antimonopolistica diretta della clausola contrattuale di in-

⁴⁰ Cfr. CASS. CIV., ord., 19.7.2024, n. 19900, cit., §§ 22-23, ma spec. 28, laddove la Corte osserva come «la riconducibilità della situazione in esame nell'alveo del rimedio della nullità potrebbe, in ipotesi, avere l'effetto, laddove si accertasse che l'Euribor è stato alterato, sia pure per alcuni periodi, nel senso della sua artificiosa riduzione, di esporre il mutuatario, soggetto obbligato, alla restituzione del capitale residuo mutuato o, comunque, al versamento di maggiori interessi».

⁴¹ Ibid. § 23.

⁴² GUIZZI, *op. cit.*, 40; ACCETTELLA, *I contratti «a valle» dell'intesa vietata nella vicenda relativa alla manipolazione dell'Euribor*, 62-63.

⁴³ TRIB. TORINO, 29.01.2024, cit.

⁴⁴ Diversamente però TRIB. CAGLIARI, ORD., 14 maggio 2024, in www.dirittoelrisparmio.it, con cui si è deciso di procedere comunque alla nomina di CTU per rideterminare il piano di ammortamento di un contratto di mutuo indicizzato all'euribor, alla stregua dell'art. 117,

comma 7, TUB.

⁴⁵ Così CASS. CIV., ord., 18.6.2020, n. 11876, § 18, in *DeJure* richiama peraltro CASS. CIV., sez. un., 4.11.2019, n. 28314, *ibid.*

⁴⁶ Analogamente PAGLIANTINI-SANTARPIA, cit., 498.

⁴⁷ Per la non riconducibilità del parametro euribor di indicizzazione di contratti di finanziamento allo spettro di azione del comma 6 dell'art. 117 TUB, v. MIRONE, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, t. II, II ed., a cura di COSTA e MIRONE, Giappichelli, 2024, 1755 ss.; v. altresì APP. ROMA, 10.10.2023, n. 6472, reperibile sul repository *Italian Case Law on Antitrust enforcement* (<https://itaca.europeanlitigation.eu>).

⁴⁸ Cfr. CASS. CIV., ord. 19.7.2024, n. 19900, cit., § 22.

⁴⁹ V., per tutti, GUIZZI, *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi: notazioni critiche a margine delle Sezioni Unite sulla nullità dei «contratti a valle»*, cit., 178-185.

dicizzazione) non è valse del tutto premio sulla forza di quello che si è prima indicato come magnetismo della nullità, che riemerge infatti tra le pieghe della sentenza n. 12007 del maggio 2024, seppure in guisa di rinvio alle regole di diritto comune⁵⁰. Quante volte – afferma la Corte – le parti di un contratto si rifacciano a un parametro esterno per la determinazione di profili contenutistici del loro rapporto e quel parametro si riveli successivamente alterato a causa di vicende (manipolazioni) a terzi riconducibili, non potrebbe che derivarne l’alterazione del divisato regolamento degli interessi, in danno di uno dei contraenti e, per l’effetto, la parziale nullità della clausola di indicizzazione per indeterminabilità del suo oggetto.

Si sarebbe sulle prime tentati di ridimensionare la portata concreta di simile ragionamento, viste le assai estreme condizioni ipotetiche su cui riposa e, soprattutto, il carattere quasi diabolico della prova per esse richiesta⁵¹. In disparte da queste considerazioni, resta comunque che, in punto di diritto, la decisione non appaia pienamente persuasiva e che segnali piuttosto una latente, irrisolta tensione tra una classica causa di nullità che però qui fa difetto (i.e., l’indeterminabilità dell’oggetto) e una situazione (i.e., presupposizione frustrata) che non alla nullità prelude, bensì ad altro genere di rimedio.

Nel mentre, infatti, richiama espressamente i principi di esistenza, possibilità, liceità e determinabilità dell’oggetto contrattuale⁵², la Corte ritiene che l’effettiva alterazione dell’indice esterno adottato dalle parti renderebbe quello stesso oggetto (/corrispettivo) appunto non determinabile perché lo strumento a tale scopo preordinato sarebbe incompatibile con l’autoregolamentazione degli interessi concordata dalle parti.

Ora, che così non sia si incarica adesso di illustrarlo persuasivamente l’ordinanza n. 19900/2024⁵³, sottolineando come il parametro adottato dalle parti sia apprezzato nella sua oggettività in fase di conclusione del contratto e, quand’anche *in itinere* alterato da manipolazioni di terzi, oggettivo rimanga, sempre consentendo la determinazione contenutistica della singola clausola. Anche però a prendere per buona la diversa lettura offerta da Cass. civ. n. 12007/2024, secondo cui l’indice esterno richiamato contrattualmente sarebbe

comprensivo anche o forse innanzitutto del meccanismo di sua (genuina) determinazione, il quale soltanto assicurerebbe di volta in volta una fissazione del saggio degli interessi rispondente agli effettivi, imponderabili andamenti del mercato e dunque non aprioristicamente vantaggioso per l’una o l’altra parte, non può sfuggire come si finisca con l’introdurre una variabile diversa da quella meramente oggettiva, dei criteri/parametri esterni e certi di determinazione del corrispettivo dovuto; precisamente la variabile di comune – ma inespresa – determinazione soggettiva delle parti, vera e propria presupposizione⁵⁴, la quale tuttavia, se frustrata successivamente alla conclusione del negozio, non alla nullità può mettere capo bensì alla mobilitazione di altri rimedi, quali se del caso recesso o soprattutto risoluzione del contratto⁵⁵.

Come si vede, è ancora una volta il magnetismo della nullità a manifestarsi in tutta la sua forza e neppure i complessi scenari effettuali cui mette capo inducono a guadagnare distanza (critica) di sicurezza da esso. Basti dire che, dopo avere ipotizzato l’eventualità – più teorica che altro – in cui sia dato depurare la misura del tasso dagli effetti delle pratiche che lo hanno alterato, la Corte, ancora con la sentenza del maggio 2024, reputa, per il resto, che quella da indeterminabilità dell’oggetto sia una nullità parziale della clausola di indicizzazione, da equiparare al caso del tasso di riferimento non rilevato, salvo aggiungere che la modalità di sostituzione della previsione contrattuale resta comunque estranea all’oggetto del ricorso su cui essa Corte è stata chiamata pronunciarsi⁵⁶.

6. Uno scenario rimediale plausibile tra vizi del consenso e risarcimento misconosciuto.

Quello esercitato dalla nullità quale rimedio quasi salvifico che, come tale, finisce persino con l’esorbitare dai limiti teorici e tecnici che ne dovrebbero regolare l’impiego è un fascino cui concorrono diversi fattori, su cui non è qui dato soffermarsi⁵⁷. Ma è un fascino tutt’altro che irresistibile.

Merita, da questo punto di vista, un convinto plauso la recente ordinanza del luglio 2024 (n. 19900/24), con

⁵⁰ Cfr. CASS. CIV., 3.5.2024, n. 12007, cit., § 6.1.

⁵¹ Vale a dire quella di effettivo conseguimento del risultato distortivo – qui avente ad oggetto la determinazione dell’Euribor – avuto di mira da soggetti terzi al contratto di finanziamento, autori della intesa.

⁵² *IBID.*, § 6.2.3.

⁵³ Cfr. CASS. CIV., ord., 19.7.2024, n. 19900, cit., § 25.

⁵⁴ *IBID.*, § 6.2.1.

⁵⁵ V. CASS. CIV., sez. un., 20.4.2018, n. 9909, in *DeJure*. Per la riferibilità, alla presupposizione, di un compendio rimediale riconducibile allo spettro della risoluzione, mentre non anche nella invalidità, v. ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, 2a ed., Giuffrè, 2021, 965 ss.; BENEDETTI, voce «Presupposizione», in *Enc. del dir.*, I tematici, I, *Contratto*, diretto da D’AMICO, Giuffrè, 873 ss. ma spec. 889-890.

⁵⁶ V. CASS. CIV., 3.5.2024, n. 12007, § 6.2.1. Si tratta di una mancata indicazione che dischiude uno scenario nel quale resta arduo districarsi: per le ragioni già esposte in precedenza, mentre non sembrerebbe trovare applicazione l’art. 117, comma 7, TUB, residuerebbe al più spazio per l’art. 1284, comma 3°. Per l’operare degli ordinari meccanismi sostitutivi offerti dal diritto comune – tra cui, in ordine al difetto (qui sopravvenuto) della clausola di pattuizione degli interessi, quello dettato dall’art. 1284, comma 3°, cod. civ. – in luogo della tecnica speciale di cui all’art. 117, comma 7°, TUB, allorché si prospetti una ipotesi di nullità *ex art.* 1346 cod. civ., v. CASS. CIV., ord. 18.6.2020, n. 11876, in *DeJure*.

⁵⁷ Sulle spinte, specie giurisprudenziali, al superamento della distinzione tra reati in contratto e reati-contratto, quale riflesso della più generale tendenza ad un impiego estensivo della nullità v. MODICA, *Contratto e norma penale: verso un diritto ulteriormente sanzionatorio?*, in *Contratti*, 2023, 353 ss. V. inoltre gli opportuni rilievi critici di M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, a cura di OLIVIERI e ZOPPINI, Editori Laterza, 2008, 176.

cui la sezione I della Cassazione non soltanto sottolinea i rischi (conclusioni inappaganti o, comunque, inefficienti⁵⁸) che si accompagnano ad un acritico ripiegamento sulla tecnica di tutela c.d. reale, ma propugna una diversa e più convincente strategia rimediabile, pur sempre legata all'arsenale di tutele offerto dal diritto comune. La Corte non esclude, infatti, che la conoscenza della manipolazione del parametro esterno ad opera di terzi, avuta dal contraente che possa trarne vantaggio, integri gli estremi del dolo determinante (del terzo), cui l'art. 1439, comma 2°, cod. civ. associa l'annullabilità del contratto. Ricostruzione, questa, senza dubbio condivisibile, vuoi tenuto conto che al ricorrere degli elementi indicati, ben difficilmente il processo formativo della volontà negoziale potrebbe non dirsi alterato; vuoi perché implicitamente spiana la strada anche alla più duttile prospettiva di mera responsabilità (pre)contrattuale (ex art. art. 1440, cod. civ.), per l'ipotesi in cui il *deceptus* sia non già stato indotto a concludere un contratto che non avrebbe altrimenti concluso ma semmai ad addivenire a determinate (deteriori) condizioni del suo regolamento.

Certo, non mancano taluni aspetti critici. Innanzitutto, stando almeno all'orientamento che sembra potersi ricostruire dalla pur scarsa giurisprudenza in materia, la consapevolezza del raggirio del terzo, da parte del contraente che ne tragga vantaggio, tende a essere intesa come "connivenza"⁵⁹, il che finisce col renderne allora assai ardua la prova. Inoltre, come la stessa ordinanza n. 19900 non manca di rilevare, pure lo scenario invalidativo da annullabilità rende in ogni caso disagiata ricostruire *quale sia la base normativa della «eventuale possibilità di sostituzione del parametro richiamato dalla clausola contrattuale con un altro valore»*⁶⁰. Resta comunque che la via prospettata appare tecnicamente ineccepibile, oltre a non essere l'unica che possa essere percorsa.

Oltre a quella che si appunta sui vizi della volontà, infatti, l'ordinanza della I sezione meritoriamente rimarca anche l'attingibilità alla tutela risarcitoria di stampo aquiliano, da tempo negletta in tema di riper-

cussioni contrattuali di violazioni di regole antimonopolistiche, giacché sostanzialmente misconosciuta.

Paradigmatico è, al riguardo, l'ormai noto passaggio della pronuncia a sezioni unite del 30.12.2021, n. 41994, in cui la Corte afferma che l'interesse protetto dalla norma antitrust resterebbe frustrato alla stregua della sola tutela riparatoria, questa essendo bensì rivolta alla salvaguardia di un interesse individuale e come tale priva di efficacia dissuasiva, tanto più che "non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno"⁶¹.

Invero, vuoi il supposto esclusivo orientamento individuale della tutela riparatoria, contrapposto a quello viceversa generale che presiederebbe alla tutela reale, vuoi l'assunto per cui la prima e non anche la seconda porterebbe con sé un connaturato rischio di *underreaction* e quindi di *underdeterrence* sono stati sottoposti a critiche stringenti dalla più attenta dottrina⁶².

È certo vero che il risarcimento del danno di marca aquiliana ha scontato non pochi limiti di adattamento alla cornice del pregiudizio da violazione della disciplina antitrust, persistenti pure all'indomani della direttiva 2014/104/UE e del d.lg. 19.1.2007, n. 3, di suo recepimento⁶³. Non può però tralasciarsi di considerare come, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, questo stato di cose si sia profondamente evoluto fino a lasciare emergere una tecnica rimediabile di fatto *self-sufficient* rispetto a quella aquiliana municipale o quanto meno a tracciare con nettezza i contorni di un illecito tipico⁶⁴ (largamente *sui generis*) in seno ad essa.

Non vi è qui modo di soffermarsi analiticamente su tali aspetti. Basti però dire della crescente tendenza a distinguere tra condizioni costitutive della pretesa risarcitoria, affidate a disposizioni di natura sostanziale, e regole procedurali di sua amministrazione⁶⁵, queste seconde soltanto ritenute terreno di autonomia delle legislazioni nazionali. È a questa stregua, infatti, che si comprendono la progressiva estroversione del rimedio fino al punto da non tollerare altro filtro di accesso se non quello di causalità diretta, temperata in chiave probabilistica⁶⁶; la prospettiva di riparazione del pregiudizio individuale che si fa funzione della riparazione

⁵⁸ Cass. civ., ord. 19.7.2024, n. 19900, cit., § 22.

⁵⁹ Cfr., Cass. civ., 2.4.1985, n. 2253, in *DeJure*.

⁶⁰ Cfr. Cass. civ., ord., 19.7.2024, n. 19900, cit., § 23.

⁶¹ Cfr. Cass. civ., sez. un., 30.12.2021, n. 41994, cit., § 2.13.1.

⁶² Cfr. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021*, n. 41994, cit., 21; GUIZZI, *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi: notazioni critiche a margine delle Sezioni Unite sulla nullità dei "contratti a valle"*, cit., 185.

⁶³ V. CAMILLERI, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 145 ss.

⁶⁴ Sostenitore di questa lettura, sin già dal varo della direttiva Danni e della disciplina domestica di recepimento, è stato ALPA, *Illecito e danno antitrust. Casi e materiali*, Giappichelli, 2016, 2 ss. Per parte nostra, ci era parso che, almeno sulle prime, il quadro indiziario a suffragio della tesi dell'illecito tipico fosse ancora incompleto, non tale

in pratica da far superare o ridimensionare la frizione con la fisionomia domestica del rimedio in *Tort* (V. CAMILLERI, *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza*, cit., 169); proprio i decisivi interventi della Corte, di cui pur brevemente si dirà nel testo, inducono però oggi a riconsiderare profondamente quella posizione.

⁶⁵ La distinzione tra condizioni costitutive della pretesa risarcitoria, affidate a disposizioni di natura sostanziale, e regole procedurali di sua amministrazione, terreno di autonomia procedurale degli Stati membri è rimarcata in particolare da CORTE GIUST. UE., 22.6.2022, C-267/20, *Volvo Ag*, §46, nonché già da CORTE GIUST. UE., 14.3.2019, C724/17, *Skanska Industrial Solutions*, § 28. Particolarmente significative – e radicali – sono, inoltre, nella medesima direzione, le Conclusioni dell'AG Kokott in CORTE GIUST. UE., 29.7.2019, causa C. 435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H.*, spec. sub. § 44.

⁶⁶ CORTE GIUST. UE., 12.12.2019, C. 435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H.*, § 26 e 31.

del danno al mercato; la presunzione *iuris tantum* del danno – per lo meno quello maggiormente ricorrente, ossia da sovrapprezzo cartellistico – e l'avvio della sua stima lungo binari equitativi⁶⁷.

Pochi ma significativi tasselli di un mosaico che smentisce la supposta insufficienza/inadeguatezza della tutela risarcitoria a dare adeguata risposta rimediabile alle esigenze anche generali – deterrenza – scaturenti dalla violazione della disciplina antitrust, confutando, di conseguenza, la necessità che la misura compensativa sia abbinata a tutela reale⁶⁸. V'è però anche altro che maggiormente rileva ai nostri fini.

Ribadire che il finanziamento indicizzato all'Euribor, siccome fra l'altro concesso da banche estranee alla cospirazione sugli EIRD, non può considerarsi “contratto a valle” di quest'ultima, non implica che resti preclusa, ad entrambi i contraenti, la possibilità di agire per il risarcimento del danno da essi riportato, contro chi della violazione sia invece artefice. È ancora una volta la speciale fisionomia assunta dalla responsabilità da illecito antitrust a consentire questo esito, altrimenti di certo non conseguibile secondo le ordinarie regole aquiliane.

Il riferimento va precisamente alle decisioni *Köne*⁶⁹ e *Otis Gesellschaft m.b.H* (c.d. *Otis II*)⁷⁰, rese dalla Corte di Giustizia.

Con la prima pronuncia, infatti, è stata affermata la legittimazione attiva al risarcimento del danno da parte di quanti, pure non coinvolti da alcuna relazione contrattuale diretta con imprese cartelliste, abbiano patito un prezzo allineato a quello cartellizzato (c.d. *umbrella price*), praticato loro (opportuniticamente) da imprese terze alla cospirazione. Di più, però, con la seconda decisione (*Otis II*), di qualche anno successiva, la Corte è poi giunta ad ammettere che anche soggetti – acquirenti o fornitori – operanti su mercati diversi da quello interessato dalla violazione antitrust possono agire contro gli autori di questa, se ed in quanto da essa abbiano riportato un pregiudizio.

Ecco dunque che, anche nella ipotesi in esame, della intesa sugli EIRD e di successivi finanziamenti indicizzati all'Euribor, conclusi tra soggetti estranei alla concertazione e ignari di essa, la prospettiva risarcitoria può essere tutt'altro che una chimera⁷¹, solo che si decida di prenderne sul serio le regole di impiego e se ne accettino i tratti devianti dalla responsabilità civile municipale.

Basta poco, in definitiva, per vincere il magnetismo della nullità e riporne le presunte taumaturgiche virtù nel cassetto delle suggestioni *à la page*.

CASS. CIV., III sez., ord. 13.12.2023, n. 34889 – SCARANO *Presidente* – GORGONI *Estensore* – AA. e società Alfa s.r.l. (avv.ti Suck e Falqui) – Banco BPM s.p.a. (avv. De Crescenzo) – Società Alfa s.r.l. – Cassa App. Milano, 8.3.2022

CONCORRENZA – INTESA VIETATE EX ART. 2, L. N. 287/1990 – NOZIONE – ACCORDO MANIPOLATIVO DEL TASSO EURIBOR – DECISIONE 4.1.2013 DELLA COMMISSIONE EUROPEA – CONTRATTI FACENTI RIFERIMENTO AL TASSO EURIBOR – NULLITÀ – EFFICACIA PROBATORIA DELLA DECISIONE DELLA COMMISSIONE – PROVA PRIVILEGIATA DELL'INTESA ILLECITA – ESTRANEITÀ DELLA BANCA ALL'INTESA – IRRILEVANZA (l. 10.10.1990, n. 287, art. 2)

Le intese vietate ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (cd. “legge antitrust”) non sono soltanto quelle trasfuse in contratti o negozi giuridici in senso tecnico, ma anche quelle veicolate da comportamenti o condotte “non negoziali” che, con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, restringano o falsino, in qualsiasi forma e in modo consistente, la concorrenza all'interno del mercato; ne conseguono, da un lato, la riconducibilità alla citata nozione normativa dell'accordo manipolativo del tasso Euribor accertato dalla Commissione Europea con decisione del 4.1.2013 e, dall'altro, la nullità dei contratti “a valle” che si richiamino *per relationem* al tasso manipolato, assurgendo la predetta decisione a prova privilegiata di un'intesa illecita, alla quale è irrilevante che non abbia preso parte l'istituto bancario contraente.

dal testo:

Il fatto. I motivi. (*Omissis*) Considerato che (*Omissis*) con il terzo motivo si denuncia la violazione dell'art. 2, comma 2°, della legge n. 287/90; attinta da censura è la statuizione con cui la Corte d'Appello ha escluso la nullità dei contratti invocata da parte ricorrente, per aver determinato il compenso facendo riferimento al tasso Euribor, in quanto accordo a valle di un cartello tra otto delle principali banche europee finalizzato alla manipolazione dei tassi sulla scorta dei quali viene determinato l'Euribor;

il motivo è fondato;

nel caso di specie, la Corte d'Appello ha ritenuto

⁶⁷ Per una analisi più distesa di questi aspetti ci permettiamo di rinviare a CAMILLERI, voce «Responsabilità civile e illecito antitrust», in *Enc. del dir.*, I tematici – *La responsabilità civile*, in corso di pubblicazione, Giuffrè, 2024.

⁶⁸ CASS. CIV., sez. un., 30.12.2021, n. 41994, cit., § 2.15.

⁶⁹ CORTE GIUST. UE., 5.6.2014, causa C-557/12 *Köne*.

⁷⁰ CORTE GIUST. UE., 29.7.2019, causa C-435/18, *Otis Gesellschaft*

m.b.H., cit.

⁷¹ La via del rimedio risarcitorio è ritenuta l'unica percorribile quando “il contratto a valle sia stato concluso attraverso la spontanea adesione del contraente che non abbia partecipato all'intesa e il medesimo contratto sia inidoneo da solo a realizzare la lesione della concorrenza” da MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in questa *Rivista*, 2020, II, 415 ss. ma spec. 416.

genericamente enunciata la censura dell'allora appellante perché la mera partecipazione di più istituti di credito al *panel* per la determinazione del tasso Euribor non implica la sussistenza di un'intesa vietata dall'art. 2 della l. 287/1990 e perché il Banco BPM non aveva partecipato ad un'intesa manipolativa della concorrenza;

nella pronuncia delle sezioni unite di questa Corte n. 2207 del 4/2/2005 è stato precisato che «la legge “antitrust” 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto “ex” art. 2043 cod. civ., chi subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione “a monte”, ha a propria disposizione l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990 ... la cui cognizione è rimessa ... alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello»;

questa Corte (cfr. Cass. 1/2/1999, n. 827) aveva già affermato che l'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (la cosiddetta legge “antitrust”), «allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le “intese” fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle “intese” in quanto contratti in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare “voluto”. Il legislatore – infatti – con la suddetta disposizione normativa ha inteso – in realtà ed in senso più ampio – proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche; il che può essere il frutto anche di comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”. Si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali”. Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle “intese non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in

quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza»;

pertanto, qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge antitrust;

ora, nel caso di specie, il ricorrente aveva invocato la nullità del tasso applicato nel contratto di *leasing* in quanto determinato *per relationem*, facendo riferimento al tasso Euribor fissato attraverso un accordo manipolativo della concorrenza da un certo numero di istituti bancari, come accertato dalla Commissione Antitrust Europea con decisione del 4/12/2013 (la quale aveva ravvisato l'avvenuta violazione dell'art. 101 Trattato CE nella parte in cui dispone che «Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra stati membri e che abbiano per oggetto o per l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni della transazione. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto»;

detta decisione avrebbe dovuto considerarsi prova privilegiata (Cass. 31/08/2021, n. 23655; Cass. 05/07/2019, n. 18176; Cass. n. 13846 del 22/05/2019, n. 13846; Cass. 28/05/2014, n. 11904; Cass. 22/05/2013, n. 12551; Cass. 09/05/2012, n. 7039; Cass. 18/08/2011, n. 17362) a supporto della domanda volta alla declaratoria di nullità dei tassi “manipolati” ed alla rideterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione, a prescindere dal fatto che all'intesa illecita avesse o meno partecipato il Banco Bpm S.p.A., giacché raggiunta dal divieto di cui all'art. 2 della l. n. 287/1990 è qualunque contratto o negozio a valle che costituisca applicazione delle intese illecite concluse a monte (Cass. 12/12/2017, n. 29810);

la Corte d'appello ha errato, dunque, nel ritenere genericamente enunciata la censura di violazione della normativa antitrust (*Omissis*)

CASS. CIV., III sez., 3.5.2024, n. 12007 – DE STEFANO *Presidente* – TATANGELO *Estensore* – NARDECCHIA P.M. (concl. parz. diff.) – Beta s.r.l. (avv.ti Cancrini e Sorgentone) – Elrond NPL 2017 s.r.l. (avv.ti Marra, Meroni, Cervini) – Cassa con rinvio App. Milano, 25.1.2022

CONCORRENZA – CONTRATTI DI MUTUO IMMOBILIARE INDICIZZATO EURIBOR – IMPRESA MUTUANTE ESTRANEA ALLA VIOLAZIONE – NULLITÀ PARZIALE DELLA CLAUSOLA DI INDICIZZAZIONE – ESCLUSIONE – FONDAMENTO (l. 10.10.1990, n. 287, art. 2; t.f.u.e.,

art. 101; d. legis. 1^o.9.1993, n. 385, art. 58; cod. civ., art. 1346)

I contratti di mutuo contenenti clausole che, al fine di determinare la misura di un tasso d'interesse, fanno riferimento all'Euribor, stipulati da parti estranee ad eventuali intese o pratiche illecite restrittive della concorrenza dirette alla manipolazione dei tassi sulla scorta dei quali viene determinato il predetto indice, non possono considerarsi contratti stipulati in "applicazione" delle suddette pratiche o intese, in mancanza della prova della conoscenza di queste ultime da parte di almeno uno dei contraenti (anche a prescindere dalla consapevolezza della loro illiceità) e dell'intento di conformare oggettivamente il regolamento contrattuale al risultato delle medesime intese o pratiche; pertanto, va esclusa la sussistenza della nullità delle specifiche clausole di tali contratti contenenti il riferimento all'Euribor, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 e/o dell'art. 101 del TFUE.

CONCORRENZA – CONTRATTI DI MUTUO – CLAUSOLE COLLEGATE AL TASSO EURIBOR – NULLITÀ PARZIALE PER IMPOSSIBILITÀ DI DETERMINAZIONE DELL'OGGETTO – CONDIZIONI – PROVA DELLA ALTERAZIONE DEL PARAMETRO – NECESSITÀ (l. 10.10.1990, n. 287, art. 2; t.f.u.e., art. 101; cod. civ., artt. 1346, 1418, comma 2^o)

Le clausole dei contratti di mutuo che, al fine di determinare la misura di un tasso d'interesse, fanno riferimento all'Euribor, possono ritenersi viziate da parziale nullità (originaria o sopravvenuta), per l'impossibilità anche solo temporanea di determinazione del loro oggetto, ove sia provato che la determinazione dell'Euribor sia stata oggetto, per un certo periodo, di intese o pratiche illecite restrittive della concorrenza e a tal fine è necessario che sia fornita la prova che quel parametro, almeno per un determinato periodo, sia stato oggettivamente, effettivamente e significativamente alterato in concreto, in virtù delle condotte illecite dei terzi, al punto da non potere svolgere la funzione obbiettiva ad esso assegnata di efficace strumento di determinazione dell'oggetto della clausola sul tasso di interesse; in tale ultimo caso (ferme, ricorrendone tutti i presupposti, le eventuali azioni risarcitorie nei confronti dei responsabili del danno, da parte del contraente in concreto danneggiato), le conseguenze della parziale nullità della clausola che richiama l'Euribor (per il solo periodo in cui sia accertata l'alterazione concreta di quel parametro) e, prima fra quelle, la possibilità di una sua sostituzione in via normativa, laddove non sia possibile ricostruirne il valore "genuino", cioè depurato dell'abusiva altera-

zione, andranno valutate secondo i principi generali dell'ordinamento.

dal testo:

Il fatto. Elrond NPL 2017 S.r.l., rappresentata da Cerved Credit Management S.p.A., ha intimato a Beta S.r.l. precetto di pagamento dell'importo di € 119.079,64, sulla base di un contratto di mutuo ipotecario originariamente stipulato dalla società intimata con il Credito Valtellinese S.c.r.l., assumendo di essersi resa cessionaria del relativo credito.

La società intimata ha proposto opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.c.

L'opposizione è stata rigettata dal Tribunale di Busto Arsizio.

La Corte d'appello di Milano ha confermato la decisione di primo grado.

Ricorre Neemias S.r.l., sulla base di tre motivi.

Resiste con controricorso Elrond NPL 2017 S.r.l., rappresentata da Cerved Credit Management S.p.A. A seguito di adunanza camerale tenuta in data 25 ottobre 2023, è stata disposta la trattazione in pubblica udienza con ordinanza interlocutoria n. 30610 del 3 novembre 2023.

Le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

I motivi. (Omissis) 3. Con il terzo motivo si denuncia «Violazione di legge ai sensi dell'articolo 360 primo comma n. 3 c.p.c. della legge n. 287 del 1990 e dell'art. 101 TFUE. Nullità della clausola del contratto di mutuo relativa al tasso Euribor per il periodo 2005-2008». (Omissis) 3.5 È, in definitiva, inevitabile concludere che, con riguardo alla validità della cd. "clausola Euribor" sul tasso degli interessi, la decisione contenuta nella sentenza impugnata sia di carattere meramente processuale e che, con essa, sia stato semplicemente dichiarato inammissibile il motivo di gravame avverso la decisione di primo grado che aveva accertato la validità di tale clausola, per difetto di specificità, in violazione dell'art. 342 c.p.c., così determinandone il passaggio in giudicato.

Il terzo motivo di ricorso, che non contiene censure dirette specificamente a contestare tale decisione di natura meramente processuale, di conseguenza, è irrimediabilmente inammissibile.

4. La Corte ritiene, peraltro, che il motivo in questione abbia ad oggetto una questione di particolare importanza e vi siano, quindi, le condizioni per pronunciare in proposito i principi di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c.: istituto che è ricostruito quale espressione della funzione di nomofilachia e comporta che – in relazione a questioni la cui particolare importanza sia desumibile non solo dal punto di vista normativo, ma anche da elementi di fatto – la Corte di cassazione possa eccezionalmente pronunciare una regola di giudizio che, sebbene non

influyente nella concreta vicenda processuale, serva tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi o simili (per tutte, v. Cass., Sez. U, Sentenza n. 27187 del 28/12/2007, Rv. 600347-01).

L'odierna trattazione in pubblica udienza risulta, infatti, fissata proprio in considerazione del rilievo, sia giuridico che sociale, della predetta questione, sulla quale questa Corte – e, in particolare, questa Sezione – non ha avuto ancora modo di pronunciarsi in tale forma solenne, risultando esclusivamente pubblicato un precedente, adottato peraltro con mera ordinanza a seguito di adunanza camerale (Cass., Sez. 3, Ordinanza n. 34889 del 13/12/2023, Rv. 669588-01), con il quale è stata cassata una decisione di merito che aveva escluso in radice la possibilità di ritenere nulla la clausola di un contratto di *leasing* che prevedeva un tasso di interesse parametrato all'Euribor, nonostante fosse stata accertata da una decisione della Commissione Europea l'avvenuta violazione dell'art. 101 del TFUE, per l'esistenza di un cartello tra otto delle principali banche europee finalizzato alla manipolazione dei tassi sulla scorta dei quali viene determinato il suddetto Euribor.

In virtù dell'articolata requisitoria del Procuratore Generale e dei contributi offerti dalle parti anche nella discussione orale, che hanno consentito un più adeguato approfondimento delle questioni rilevanti, la Corte ritiene doveroso affrontare la tematica in questa sede, almeno in relazione ai contratti del tipo di quello oggi in esame, pure in considerazione del suddetto precedente, riguardo al quale, circoscrivendo la rimeditazione ad una delle premesse, può giungersi ad una ulteriore specificazione nei sensi di cui appresso e, quindi, senza necessità di una più approfondita elaborazione in sedi diverse.

5. Va, in primo luogo, escluso che possa qualificarsi conforme a diritto l'affermazione della corte d'appello secondo la quale la nullità delle intese in violazione delle norme sulla concorrenza potrebbe essere invocata solo dalle imprese in concorrenza e non dagli "utenti finali".

Sul punto, deve, al contrario, ribadirsi che «la legge "antitrust" 10 ottobre 1990 n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti; pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti ri-

levanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello» (Cass., Sez. U, Sentenza n. 2207 del 04/02/2005, Rv. 579019-01; conf.: Sez. 1, Sentenza n. 14238 del 06/07/2005, Rv. 583536-01; Sez. 1, Sentenza n. 14716 del 13/07/2005, Rv. 583044-01; Sez. 1, Sentenza n. 20919 del 27/10/2005, Rv. 583839-01; Sez. 3, Sentenza n. 11759 del 19/05/2006, Rv. 591227-01; Sez. U, Sentenza n. 13896 del 14/06/2007, Rv. 598015-01; Sez. 3, Sentenza n. 993 del 21/01/2010, Rv. 611386-01).

6. Tanto premesso, la questione di diritto da esaminare ha ad oggetto la validità delle clausole contrattuali che, al fine di determinare il tasso di interesse, moratorio o convenzionale, relativo ad obbligazioni assunte dalle parti, facciano espresso riferimento (in tutto o in parte) al parametro costituito dall'Euribor (*Omissis*).

Occorre stabilire:

a) se i contratti di mutuo che fissano tassi di interesse con rinvio al parametro costituito dall'Euribor, possano considerarsi contratti cd. "a valle" rispetto alle intese (o, più precisamente, alle pratiche) restrittive della concorrenza dirette ad alterare l'Euribor poste in essere dalle banche sanzionate con la già richiamata decisione della Commissione Europea del 2013, cui ha fatto seguito quella, analoga, del 2016; più precisamente, se le clausole contrattuali in questione costituiscano una "applicazione" di tali intese, in analogia a quanto già in passato stabilito da questa stessa Corte, a Sezioni Unite, con riguardo alle clausole dei «contratti di fideiussione "a valle" di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante» in quanto riproducti «quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata – perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza» e, quindi, «contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del TFUE» (Cass., Sez. U, Sentenza n. 41994 del 30/12/2021, Rv. 663507-01); b) se, altrimenti e quanto meno, possa comunque aver rilievo, sulla validità del regolamento negoziale, il fatto che il parametro di riferimento per la determinazione del tasso degli interessi voluto concordemente dalle parti, possa aver subito una eventuale alterazione, a causa di condotte illecite di terzi.

6.1 In merito alla prima questione, la Corte ritiene che la risposta non possa essere affermativa in termini assoluti: e che, in tal senso, non sia possibile condividere le premesse da cui parte la già richiamata Cass. n.

34889 del 2023 in ordine al tasso stabilito per i contratti di *leasing*.

Infatti, per restare nell'ambito dello schema tracciato anche di recente dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 41994 del 2021, più sopra richiamata, affinché possa ritenersi che, in un contratto (cd. "a valle" dell'intesa), sia fatta "applicazione" di una illecita intesa (o pratica non negoziale) restrittiva della concorrenza esistente "a monte", occorre quanto meno che uno dei contraenti sia a conoscenza dell'esistenza di quella determinata intesa (o pratica non negoziale) con un determinato oggetto e un determinato scopo e intenda avvalersi del risultato oggettivo della stessa.

Ciò, con riguardo ai contratti di mutuo stipulati da istituti bancari, richiederebbe, dunque, l'allegazione e la prova che la banca stipulante, al momento della conclusione del contratto, fosse o direttamente partecipe di quell'intesa o, almeno, fosse consapevole della sussistenza di una intesa tra altre banche volta ad alterare il valore dell'Euribor o di una effettiva pratica non negoziale in tal senso ed abbia inteso avvalersi dei risultati di questa.

Non vi è dubbio che il mero riferimento, in un contratto, al parametro dell'Euribor, sull'intuitivo sottinteso presupposto che esso sia correttamente determinato e, quindi, non alterato in modo illecito, sia del tutto legittimo: esso potrebbe, allora ed in ipotesi, assumere carattere illecito, quale manifestazione di una alterazione della libera concorrenza, solo laddove si sia inteso consapevolmente far riferimento al parametro "alterato" da pratiche anticoncorrenziali, o almeno abbia inteso farlo uno dei contraenti.

Ma, perché ciò avvenga e ridondi immediatamente in modo negativo sull'assetto del sinallagma del singolo contratto, è necessario che le parti (o una di esse) siano per lo meno consapevoli dell'alterazione del parametro e dei suoi effetti e intendano avvalersene nella determinazione del contenuto di tale contratto.

In mancanza, il contratto non potrebbe in alcun modo ritenersi, di per sé, una consapevole o volontaria "applicazione" di intese illecite dirette ad alterarlo (cioè, un contratto cd. "a valle" di siffatte intese illecite, nel senso fatto proprio dalla già richiamata sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte n. 41994 del 2021).

Non può, peraltro, trascurarsi che, anche se le parti del singolo contratto non siano consapevoli delle intese o pratiche illecite di terzi volte ad alterare il parametro esterno costituito dall'Euribor, qualora tali intese o pratiche abbiano effettivamente raggiunto, in concreto, il risultato dell'effetto manipolativo perseguito, applicando ugualmente quel parametro, nel suo valore "falsato", il concreto regolamento di interessi resterebbe alterato, a danno di uno dei contraenti.

Potrebbe allora ritenersi che ciò determini comunque, in qualche modo, una oggettiva applicazione degli effetti dell'illecita intesa (o pratica non negoziale) re-

strittiva della libera concorrenza nell'ambito di quel singolo contratto, in danno di uno dei contraenti, in contrasto con le norme dirette a vietare siffatte intese o pratiche.

In realtà, anche in tal caso, ad evitare gli effetti distorsivi del mercato derivanti dalle intese o pratiche illecite volte ad alterare l'Euribor, deve ritenersi che siano sufficienti i rimedi negoziali dell'ordinamento interno (cfr. sul punto, in motivazione, la già richiamata sentenza n. 41994 del 2021 delle Sezioni Unite di questa Corte, laddove si afferma che «... la sede naturale per la regolamentazione della sorte dei contratti a valle è quella dell'ordinamento interno degli Stati membri, non essendovi nessuna lettura obbligata dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento della UE, che consenta di far rientrare – automaticamente – nella nozione di intesa vietata la contrattazione a valle»).

Di conseguenza, non è necessario invocare i rimedi apprestati dall'ordinamento di origine sovranazionale in tema di concorrenza e, in particolare, quelli di cui all'art. 2 della legge n. 287 del 1990 ed all'art. 101 TFUE.

6.2 Può, infatti, darsi risposta affermativa, secondo la Corte, ed entro i limiti che seguono, al quesito se possa avere rilievo sul regolamento contrattuale, applicando gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento interno e, quindi, al di là della possibilità di considerare nulle le clausole contrattuali di riferimento all'Euribor ai sensi della normativa di origine sovranazionale sulla tutela della concorrenza, il fatto che, comunque, il parametro di riferimento per la determinazione del tasso di interesse, voluto concordemente dalle parti, abbia subito una alterazione a causa di condotte illecite di terzi che, oggettivamente, ne abbiano falsato il contenuto, rendendo pertanto quel riferimento non più rispondente all'effettivo assetto di interessi voluto dalle parti e consacrato nell'accordo contrattuale.

6.2.1 Devono prendersi le mosse dalla considerazione che, nelle ipotesi in esame, il concreto assetto di auto-regolamentazione degli interessi delle parti è integrato, secondo la loro stessa volontà, dal riferimento ad un parametro esterno, non del tutto casuale e non totalmente aleatorio, ma di cui è noto il meccanismo ordinario di determinazione che, in tal modo, assume la natura di un vero e proprio presupposto del regolamento contrattuale, in quanto idoneo a individuare l'oggetto della clausola di determinazione del corrispettivo (o quello di una penale), benché non ne sia prevedibile *ex ante* il risultato finale concreto.

Si tratta di una clausola certamente valida, sotto il profilo della regolare formazione della volontà negoziale e della liceità, possibilità e determinabilità dell'oggetto del contratto. (*Omissis*)

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, infatti, «la convenzione relativa agli interessi è validamente stipulata, in ossequio al disposto dell'art. 1284, comma 3, c.c., quando il relativo tasso risulti determinabile e controllabile

in base a criteri oggettivamente indicati» (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 13823 del 23/09/2002, Rv. 557507-01; Sez. 2, Ordinanza n. 26173 del 18/10/2018, Rv. 650780-01; Sez. 6-1, Ordinanza n. 8028 del 30/03/2018, Rv. 647904-01: «in tema di contratto di mutuo, affinché una clausola di determinazione degli interessi corrispettivi sulle rate di ammortamento scadute sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1346 c.c., è sufficiente che la stessa – nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 – contenga un richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse; a tal fine occorre che quest'ultimo sia desumibile dal contratto con l'ordinaria diligenza, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante, non rilevando la difficoltà del calcolo necessario per pervenire al risultato finale, né la perizia richiesta per la sua esecuzione»; Sez. 1, Ordinanza n. 17110 del 26/06/2019, Rv. 654281-01; Sez. 3, Sentenza n. 96 del 04/01/2022, Rv. 663501-01; Sez. 3, Ordinanza n. 28824 del 17/10/2023, Rv. 669019-01; con specifico riferimento ad un tasso interbancario determinato su scala europea, con caratteristiche analoghe a quelle dell'Euribor: Sez. 2, Sentenza n. 36026 del 27/12/2023, Rv. 669821-01: «in tema di contratto di mutuo, l'indicizzazione al parametro rappresentato dal tasso interbancario Libor, che sia stata approvata per iscritto dal cliente, è collegata a dati oggettivi di agevole e pubblico riscontro calcolati in modo unitario su scala europea, sicché essa è conforme al principio della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto ex art. 1346 c.c.»).

Laddove, però, si accerti che il parametro richiamato sia stato alterato da una attività illecita posta in essere da terzi, viene meno il risultato, almeno parzialmente prevedibile, del meccanismo costituente il presupposto del riferimento al parametro esterno voluto dalle parti: è inevitabile, allora, concludere che esso non potrebbe ritenersi più in grado di esprimere la effettiva volontà negoziale delle parti stesse, almeno con riguardo alla specifica clausola che prevede il richiamo al parametro in questione, per tutto il tempo in cui l'alterazione del meccanismo esterno di determinazione del corrispettivo dell'operazione ha prodotto i suoi effetti.

Non possono esservi dubbi sul fatto che, qualora sia stipulato un contratto che faccia riferimento, per un parametro quantitativo rilevante del regolamento negoziale quale l'oggetto del corrispettivo o una penale, ad un determinato valore “esterno”, che le parti sanno essere determinato in virtù di specifici e noti meccanismi operativi concreti e che viene ufficializzato da determinati organismi istituzionali sovranazionali e, in particolare, europei (parametro che costituisce, quindi, un «dato oggettivo di agevole e pubblico riscontro calcolato in modo unitario su scala europea»), il dato di riferimento deve intendersi richiamato nel regolamento negoziale in virtù di tali sue oggettive caratteristiche, onde, laddove quel parametro venga meno (nel senso che

non sia più disponibile, perché, ad esempio, non più rilevato e reso pubblico), esso, ovviamente, non potrà essere utilizzato per la determinazione del contenuto delle obbligazioni oggetto del contratto (la questione si è posta, in concreto, ad esempio, con riguardo al tasso ufficiale di sconto e poi al tasso ufficiale di riferimento, non più determinati dopo una certa data).

In tal caso, si porrà il problema della eventuale possibilità di sostituzione del parametro richiamato dalla clausola contrattuale con un altro valore, sulla base dei principi generali dell'ordinamento; in mancanza di tale possibilità, la clausola contrattuale dovrà ritenersi non più efficace, a causa della sua parziale nullità sopravvenuta, per l'impossibilità di determinazione del relativo oggetto.

A giudizio della Corte, deve dirsi lo stesso laddove il parametro esterno richiamato nel contratto, invece di venire oggettivamente meno, perché in radice non più esistente, divenga sostanzialmente inidoneo a costituire l'espressione della volontà negoziale delle parti (eventualmente anche solo per un determinato periodo), perché alterato nella sua sostanza, a causa di fatti illeciti posti in essere da terzi, che siano tali da privarlo in radice delle caratteristiche per le quali le parti lo avevano richiamato nel contratto, quale presupposto del loro regolamento di interessi: in siffatta situazione, l'oggetto della clausola contrattuale, se il valore “genuino” e non alterato del dato di riferimento esterno non sia ricostruibile, sarà di impossibile determinazione e la clausola stessa dovrà ritenersi viziata da parziale nullità (originaria o sopravvenuta, a seconda dei casi), limitatamente al periodo in cui manchi il predetto dato.

D'altra parte, applicare il parametro illecitamente alterato sarebbe palesemente contrario all'effettivo regolamento degli interessi voluto dalle parti, che hanno fatto riferimento a quel parametro proprio in virtù del suo ordinario – e non alterato – meccanismo di determinazione.

Laddove fosse possibile ricostruire la misura di tale tasso, “depurandola” dagli effetti delle pratiche illecite che lo hanno alterato, sarebbe quella la misura da applicare nei rapporti tra le parti.

Se, invece, ciò non sia possibile, la situazione deve ritenersi equiparabile a quella che si verificherebbe se il tasso richiamato, in quel limitato periodo di tempo in cui sia stato oggetto di effettiva alterazione, non fosse stato affatto rilevato e fissato (estranea all'oggetto del presente ricorso è, peraltro, la questione delle modalità di sostituzione del tasso di interesse indicato nel contratto con riferimento al parametro esterno, nella specie l'Euribor, laddove quest'ultimo si riveli assolutamente non disponibile, a causa dell'accertata alterazione, nell'impossibilità di ricostruire il suo valore “genuino”, cioè depurato dell'alterazione).

6.2.2 È evidente che tale impostazione differisce da quella per cui, in siffatta situazione, sarebbe in ogni

caso ravvisabile una nullità direttamente derivante dalla natura del singolo contratto stipulato con riferimento all'Euribor, quale «contratto “a valle” dell'intesa restrittiva della concorrenza», cioè quale “applicazione” di quell'intesa.

Può, però, giungersi ad una conclusione che tuteli ugualmente in modo adeguato i contraenti e le regole della libera concorrenza sul mercato, rilevandosi, in conformità ai principi generali dell'ordinamento interno relativi agli elementi essenziali del contratto, che, quando una clausola negoziale contenga un riferimento ad un parametro quantitativo esterno, in ragione del meccanismo di determinazione di tale parametro, e quel parametro esterno venga illecitamente alterato da un'intesa restrittiva della concorrenza, si verifica una nullità parziale (originaria o sopravvenuta, a seconda dei casi), per impossibilità di determinazione dell'oggetto della clausola stessa, per il periodo in cui è stata in concreto sussistente l'alterazione illecita (ciò che è ben possibile nei contratti di durata e quando il parametro di è istituzionalmente soggetto ad una evoluzione nel tempo).

Il parametro alterato, infatti, non corrisponde a quello che nel contratto le parti hanno inteso richiamare e non è possibile la determinazione del parametro effettivamente richiamato (cioè, quello non alterato), se la sua misura, depurata dell'illecita alterazione, non sia ricostruibile.

6.2.3 In definitiva, la corretta impostazione da adottare per risolvere le questioni legate alla stipulazione di clausole contrattuali contenenti riferimenti all'Euribor, in applicazione dei principi sull'esistenza, la possibilità, la liceità e la determinabilità dell'oggetto del contratto, implica che la cd. “clausola Euribor” – anche in caso di accertamento di pratiche illecite dirette ad alterare il suo valore – non può dirsi di per sé nulla, in generale, perché costituente “applicazione” di un'intesa illecita e vietata restrittiva della concorrenza (salvo il solo caso in cui almeno uno dei contraenti abbia consapevolmente inteso avvalersi degli effetti dell'illecita alterazione, al momento della stipula).

Essa, però, potrebbe risultare viziata da parziale nullità per impossibilità di determinazione del suo oggetto, se ed in quanto l'intesa illecita vietata abbia in sostanza ed in concreto fatto venir meno o, se non altro, reso incompatibile con l'autoregolamentazione degli interessi delle parti oggetto del contratto stipulato, il parametro esterno di riferimento da queste effettivamente voluto (cioè, quello “genuino” e non quello “alterato”) e nei limiti in cui il parametro genuino non sia ricostruibile.

D'altra parte, anche in virtù del principio generale della complementarità degli strumenti di tutela del contraente (ma la questione esula, con ogni evidenza, dalla tematica oggetto della presente fattispecie), nel caso in cui si dimostri che le pratiche illecite abbiano determinato un'alterazione dei tassi di interesse pagati

o ricevuti (rispettivamente in aumento o in diminuzione) dalle parti dei contratti contenenti clausole di richiamo del tasso resta ferma la possibilità, per il contraente danneggiato, di esercitare le opportune azioni risarcitorie nei confronti dei soggetti responsabili, a qualunque titolo, del danno, ricorrendone – beninteso – tutti i presupposti.

6.3 Sulla base delle premesse fin qui esposte, deve, in particolare, concludersi che, affinché possano avere ingresso tutte le valutazioni richiamate in merito alla validità ed efficacia delle clausole contrattuali contenenti il richiamo al parametro dell'Euribor, occorre sempre necessariamente, in primo luogo, che sia fornita (evidentemente da chi allega la invalidità della clausola) la prova, non solo dell'esistenza di una intesa o di una pratica volta ad alterare il parametro in questione, ma anche del fatto che tale intesa o pratica abbia raggiunto il suo obiettivo e, quindi, quel parametro sia stato effettivamente “alterato” in concreto, a causa della illecita manipolazione subita e, di conseguenza, non sia utilizzabile nei rapporti tra le parti, non corrispondendo all'oggetto del contratto, come determinato secondo la volontà delle parti.

Tale accertamento, poi, deve essere compiuto non in astratto ed in generale, ma caso per caso ed in relazione al tempo in cui le pratiche illecite hanno avuto un effettivo riflesso sul mercato di riferimento del contratto, valutando: a) se le pratiche manipolative anticoncorrenziali poste in essere dal cartello (nella specie, quello delle banche sanzionate dalla Commissione Europea) abbiano alterato effettivamente l'Euribor e non siano rimaste a livello di mero tentativo (senza, cioè, raggiungere lo scopo di alterare in concreto quel tasso, come infine fissato); b) se e per quale tempo ed in quale misura tale alterazione abbia inciso in modo significativo sulla determinazione del tasso di interesse previsto dalle parti nel singolo contratto; c) quali siano le conseguenze della eventuale nullità parziale delle relative clausole sul complessivo assetto negoziale e sulla possibilità di una sostituzione automatica – ed in quali termini – con previsioni minimali di legge.

L'approdo della richiamata Cass. n. 34889 del 2023, per il quale la decisione della Commissione Europea del 4 dicembre 2013 assurge certamente a prova privilegiata di un'intesa illecita, può allora condividersi, evidentemente quale punto di partenza: invero, una volta così conseguita la prova di tale intesa, sarà poi indispensabile che la parte che se ne assuma danneggiata per la perturbazione del sinallagma contrattuale fornisca quegli ulteriori elementi probatori, sopra descritti come necessari per qualificare appunto inefficace, per tutto il periodo in cui ha prodotto conseguenze l'intesa illecita, la clausola negoziale contenente il riferimento al parametro esterno alterato, che ha reso l'oggetto del contratto non determinabile secondo la volontà delle parti.

Orbene, nel caso di specie, è appena il caso di rile-

vare che queste prove certamente non sono state fornite o, quanto meno, la corte d'appello e, ancor prima, il tribunale, le hanno ritenute insufficienti (avendo tra l'altro affermato che, per l'Euribor, «il meccanismo di calcolo garantisce che tassi anomali non ne falsino il valore»), sulla base di motivazione adeguata, onde il relativo motivo di ricorso, anche se fosse stato ammissibile, non avrebbe potuto dirsi fondato.

6.4 Vanno, in conclusione affermati, ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c., i seguenti principi di diritto:

«i contratti di mutuo contenenti clausole che, al fine di determinare la misura di un tasso d'interesse, fanno riferimento all'Euribor, stipulati da parti estranee ad eventuali intese o pratiche illecite restrittive della concorrenza dirette alla manipolazione dei tassi sulla scorta dei quali viene determinato il predetto indice, non possono, in mancanza della prova della conoscenza di tali intese e/o pratiche da parte di almeno uno dei contraenti (anche a prescindere dalla consapevolezza della loro illiceità) e dell'intento di conformare oggettivamente il regolamento contrattuale al risultato delle medesime intese o pratiche, considerarsi contratti stipulati in "applicazione" delle suddette pratiche o intese; pertanto, va esclusa la sussistenza della nullità delle specifiche clausole di tali contratti contenenti il riferimento all'Euribor, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990 e/o dell'art. 101 TFUE»;

«le clausole dei contratti di mutuo che, al fine di determinare la misura di un tasso d'interesse, fanno riferimento all'Euribor, possono ritenersi viziate da parziale nullità (originaria o sopravvenuta), per l'impossibilità anche solo temporanea di determinazione del loro oggetto, laddove sia provato che la determinazione dell'Euribor sia stata oggetto, per un certo periodo, di intese o pratiche illecite restrittive della concorrenza poste in essere da terzi e volte a manipolare detto indice; a tal fine è necessario che sia fornita la prova che quel parametro, almeno per un determinato periodo, sia stato oggettivamente, effettivamente e significativamente alterato in concreto, rispetto al meccanismo ordinario di determinazione presupposto dal contratto, in virtù delle condotte illecite dei terzi, al punto da non potere svolgere la funzione obbiettiva ad esso assegnata, nel regolamento contrattuale dei rispettivi interessi delle parti, di efficace determinazione dell'oggetto della clausola sul tasso di interesse»;

«in tale ultimo caso (ferme, ricorrendone tutti i presupposti, le eventuali azioni risarcitorie nei confronti dei responsabili del danno, da parte del contraente in concreto danneggiato), le conseguenze della parziale nullità della clausola che richiama l'Euribor per impossibilità di determinazione del suo oggetto (limitatamente al periodo in cui sia accertata l'alterazione concreta di quel parametro) e, prima fra quelle, la possibilità di una sua sostituzione in via normativa, laddove non sia possibile ricostruirne il valore "genuino", cioè depurato dell'abusiva alterazione, andranno valutate secondo i principi generali dell'ordinamento». (Omissis).

CASS. CIV., I sez., ord. 19.7.2024, n. 19900 – DI MARZIO Presidente – CATALLOZZI Estensore – Raff s.r.l. e al. (avv.ti Origa, Siffu, Tanza) – Ge.Se. Gestioni Separate s.r.l. in liquidazione (avv. Fanni) – Rimette al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite

CONCORRENZA – INTESA RESTRITTIVA SUGLI EIRD – MERCATO RILEVANTE – CONTRATTO DI FINANZIAMENTO INDICIZZATO ALL'EURIBOR – ESTRANEITÀ – MANIPOLAZIONE DELL'EURIBOR – NULLITÀ PER INDETERMINATEZZA OGGETTO – ESCLUSIONE – INTERFERENZA DI TERZI SUL CONTENUTO NEGOZIALE – RAGGIRI – ANNULLABILITÀ – CONDIZIONI (cod. civ., artt. 1346, 1349, 1418, 1825; cod. proc. civ., artt. 115, 116; l. 10.10.1990, n. 287, art. 2)

Il mercato dei mutui a tasso variabile indicizzati all'Euribor è diverso da quello rilevante ai fini dell'intesa sugli EIRD. Il tasso Euribor, quand'anche manipolato da soggetti terzi, non risulta per ciò solo indeterminato dal punto di vista del contratto che vi faccia riferimento e non determina dunque nullità di quest'ultimo; la condotta manipolativa, perpetrata da soggetti diversi dai contraenti, può al più integrare gli estremi del dolo del terzo e come tale importare l'annullabilità del contratto, allorché ricorra la prova della conoscenza (e dell'approfittamento) che una delle parti ne abbia avuto.

dal testo:

Il fatto. Rilevato che 1. La Delta s.r.l., Tizia e Caio propongono ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Cagliari, depositata il 14 settembre 2020, di reiezione dell'appello (principale) per la riforma della sentenza del locale Tribunale che aveva respinto la opposizione al decreto ingiuntivo con il quale era stato loro intimato di pagare in favore della GE.SE. Gestioni Separate s.r.l. in liquidazione la somma di euro 306.548,86, oltre interessi, la prima in adempimento di un finanziamento dalla stessa contratto con la SFIRS s.p.a. (il cui credito era stato poi ceduto alla ingiungente) e gli altri quali fideiussori delle obbligazioni assunte dalla Delta s.r.l. con la conclusione di tale finanziamento. (Omissis)

5. – Il ricorso è affidato a un unico motivo.

6. – Resiste con controricorso la GE.SE. Gestioni Separate s.r.l. in liquidazione. (Omissis)

I motivi. Considerato che 8. – Con l'unico motivo i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione degli artt. 1284, 1346, 1418, secondo comma, e 1825 cod. civ., 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, 101 TFUE, 53 Accordo sull'Area Economica Europea, 127 t.u.b. e 115 e 116 cod. proc. civ., per aver la sentenza impu-

gnata ritenuto valida la clausola (n. 4) del contratto di finanziamento che, nel determinare il tasso degli interessi corrispettivi, faceva espresso riferimento al parametro dell'Euribor, benché la Commissione dell'Unione Europea, con decisione del 4 dicembre 2013 aveva accertato la sua illecita alterazione per il periodo dal 29 settembre 2005 al 30 maggio 2008.

9. – Premettono che tale periodo era stato interessato dalla vigenza del contratto di finanziamento e sostengono che l'accertata illecita alterazione dell'Euribor avrebbe quale suo effetto la nullità della contestata clausola che a tale parametro faceva riferimento, con conseguente sostituzione del tasso di interesse così patuito con il tasso di interesse legale.

10. – Sulla questione relativa alla validità dei contratti di finanziamento che nella determinazione del tasso di interesse dovuto dal soggetto finanziato fanno riferimento all'indice rappresentato dall'Euribor si è formato un orientamento in seno alla Terza Sezione Civile di questa Corte, espresso dall'ordinanza n. 34889 del 13 dicembre 2023 e puntualizzato dalla successiva sentenza n. 12007 del 3 maggio 2024. 11. – Con la prima decisione si è ritenuto che l'accordo manipolativo della concorrenza posto in essere da alcune banche e avente a oggetto la fissazione dell'Euribor costituiva «prova privilegiata ... a supporto della domanda volta alla declaratoria di nullità dei tassi “manipolati” ed alla rideterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione», a prescindere dal fatto che all'intesa illecita avesse o meno partecipato il soggetto finanziatore, «giacché raggiunta [sic] dal divieto di cui all'art. 2 della l. n. 287/1990 è qualunque contratto o negozio a valle che costituisca applicazione delle intese illecite concluse a monte».

12. – Con la sentenza n. 12007 del 3 maggio 2024 la Terza Sezione ha chiarito che, ai fini dell'accertamento della validità delle clausole contrattuali che fanno espresso riferimento al parametro costituito dall'Euribor per la determinazione del tasso di interesse relativo alle obbligazioni assunte dalle parti, occorre stabilire: a) se i relativi contratti di mutuo possono considerarsi contratti cd. «a valle» rispetto alle intese (o, più precisamente, alle pratiche) restrittive della concorrenza dirette ad alterare l'Euribor poste in essere dalle banche sanzionate con le decisioni della Commissione Europea del 2013 e del 2016 e, in quanto tali, travolti dalla nullità di tali intese; b) se può comunque aver rilievo sulla validità del regolamento negoziale il fatto che il parametro di riferimento per la determinazione del tasso degli interessi voluto concordemente dalle parti possa aver subito una eventuale alterazione a causa di condotte illecite di terzi. 13. – Con riferimento al primo aspetto, ha osservato, richiamando il precedente delle Sezioni Unite di questa Corte rappresentato dalla sentenza n. 41994 del 30 dicembre 2021, che la dichiarazione di nullità di un contratto concluso «a valle» di un'intesa (o pratica non negoziale) restrittiva

della concorrenza presuppone che lo stesso costituisca «applicazione» dell'illecita medesima e, dunque, che almeno uno dei contraenti sia a conoscenza dell'esistenza di quella determinata intesa con un determinato oggetto e un determinato scopo e intenda avvalersi del risultato oggettivo della stessa. In difetto, ha aggiunto, gli effetti distorsivi del mercato derivanti dalle intese o pratiche illecite volte ad alterare l'Euribor potranno essere eliminati attraverso gli ordinari rimedi negoziali.

14. – In ordine al secondo aspetto, pur riconoscendo la validità della clausola di determinazione degli interessi che faccia riferimento a un parametro esterno, quale l'Euribor, ha affermato che qualora tale parametro esterno sia alterato da una attività illecita posta in essere da terzi lo stesso non è più «in grado di esprimere la effettiva volontà negoziale delle parti stesse, almeno con riguardo alla specifica clausola che prevede il richiamo al parametro in questione, per tutto il tempo in cui l'alterazione del meccanismo esterno di determinazione del corrispettivo dell'operazione ha prodotto i suoi effetti».

15. – In questa evenienza, il parametro esterno diviene sostanzialmente inidoneo a costituire l'espressione della volontà negoziale delle parti (eventualmente anche solo per un determinato periodo), perché alterato nella sua sostanza a causa di fatti illeciti posti in essere da terzi tali da privarlo in radice delle caratteristiche per le quali le parti lo avevano richiamato nel contratto, con la conseguenza che siffatto parametro va sostituito con un altro valore, sulla base dei principi generali dell'ordinamento e, in difetto, la clausola contrattuale dovrà ritenersi non più efficace, a causa della sua parziale nullità sopravvenuta, per l'impossibilità di determinazione del relativo oggetto. 16. – Ciò posto, ritiene questa Sezione – tabellarmente competente per le controversie sia in materia di concorrenza e impresa in generale, sia in materia di contratti bancari – che l'orientamento interpretativo fatto proprio dalle richiamate pronunce della Terza Sezione desti alcune perplessità e meriti di essere ripensato. 17. – In merito alla nullità delle clausole di determinazione del tasso di interesse dei contratti di mutuo – e, più in generale, di finanziamento – che fanno riferimento all'indice dell'Euribor per violazione della disciplina antitrust, si rileva che la Commissione Europea, con decisioni del 4 dicembre 2013 e del 7 dicembre 2016 – vincolanti per il giudice nazionale ai sensi dell'art. 16, par. 1, Regolamento (CE) n. 1/2003, e non già prova privilegiata –, ha stabilito che tra il 29 settembre 2005 e il 30 maggio 2008 alcune banche avevano partecipato a un'infrazione unica e continuata all'art. 101 TFUE avente a oggetto la restrizione e/o la distorsione della concorrenza nel settore dei derivati sui tassi di interesse in euro collegati all'Euribor (Euro Interbank Offered Rate) e/o all'EONIA (Euro Over-Night Index Average) (di seguito «EIRD»).

18. – In particolare, la Commissione Europea,

(*Omissis*) ha accertato che l'intesa restringeva la concorrenza mediante la creazione di un'asimmetria informativa tra gli operatori del mercato, dal momento che i partecipanti all'infrazione, da un lato, si trovavano nella posizione migliore per conoscere in anticipo, con una certa precisione, il livello al quale l'Euribor sarebbe stato fissato o doveva essere fissato dai loro concorrenti che agivano in collusione e, dall'altro, sapevano se l'Euribor in una data specifica sarebbe stato fissato o meno a un livello artificioso (cfr., in tema, le decisioni rese sull'impugnazione del primo provvedimento adottato della Commissione rese dal Tribunale dell'Unione Europea, con sentenza del 24 settembre 2019, causa T105/17, e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 12 gennaio 2023, causa C-883/19 P).

19. – La accertata intesa restrittiva era orientata alla riduzione dei flussi di cassa che i partecipanti avrebbero dovuto pagare a titolo degli «EIRD» o dall'aumento di quelli che essi dovevano ricevere a tale titolo e ha, dunque, riguardato un mercato, quello degli «EIRD», diverso da quello dei mutui a tasso variabile, di cui partecipa sia il contratto dedotto in giudizio, sia quelli interessati dalle richiamate pronunce della Terza Sezione. Da ciò consegue, che tali contratti non possono considerarsi «a valle» rispetto all'intesa illecita, tanto meno nell'ipotesi in cui il mutuante sia estraneo all'intesa anticoncorrenziale, non costituendone lo sbocco, né risultando essenziali a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Essi, dunque, non costituiscono il mezzo di violazione della normativa antitrust, in quanto, come osservato, l'intesa illecita concerneva il mercato degli «EIRD», e ciò a prescindere da ogni considerazione in ordine alla conoscenza dell'esistenza dell'intesa illecita e/o dall'intenzione di avvalersi del relativo risultato oggettivo. 20. – Può, inoltre, evidenziarsi che l'orientamento della Terza Sezione è nel senso che l'accertamento dell'intesa restrittiva della concorrenza determina sempre la nullità dei contratti «a valle» che ne costituiscono attuazione, muovendo dai principi espressi dalla richiamata decisione delle Sezioni Unite n. 41994 del 30 dicembre 2021.

21. – Tale decisione, tuttavia, è stata resa con riguardo allo specifico fenomeno relativo alla riproduzione in contratti di fideiussione di clausole rispondenti allo schema predisposto dall'ABI dichiarate frutto di intesa restrittiva della concorrenza dalla Banca di Italia e il cui effetto di rendere la disciplina più gravosa per il contraente, imponendogli maggiori obblighi e senza riconoscergli alcun corrispondente diritto, non era controverso. 22. – Una indiscriminata estensione del principio a tutti i contratti «a valle» di intese restrittive della concorrenza – pure a voler ammettere che quelli in questione siano contratti «a valle» dell'intesa, il che come si è detto pare invece da escludere – potrebbe condurre a conclusioni inappaganti o, comunque, inefficienti nelle ipotesi in cui tali contratti siano

vantaggiosi – quanto meno nel breve periodo – per il contraente del mercato a valle, esponendo quest'ultimo all'azione di nullità del concorrente pregiudicato dall'intesa illecita. Per tali ragioni si ritiene, pertanto, preferibile una lettura restrittiva della sentenza delle Sezioni Unite n. 41994 del 30 dicembre 2021.

23. – In ordine alla ritenuta nullità dei contratti che per la determinazione degli interessi dovuti facciano riferimento a un parametro, quale l'Euribor, alterato per fatto illecito di terzi, sembra anzitutto da considerare in generale che l'illecito del terzo, oltre a non determinare nullità nel quadro della disciplina antitrust, una volta escluso che contratti come quello in discorso possano essere considerati quali contratti «a valle», produce, nell'impianto codicistico, limitate ricadute, quanto a validità, sul contratto al quale il terzo è estraneo e, comunque, non in termini di nullità, ma semmai di annullabilità, giusta il disposto del secondo comma dell'art. 1439 cod. civ., cui la citata sentenza della Terza sezione parrebbe del resto voler alludere, laddove discorre di «prova della conoscenza di tali intese e/o pratiche da parte di almeno uno dei contraenti»; il che rende, però, disagevole ricostruire quale sia la base normativa della «eventuale possibilità di sostituzione del parametro richiamato dalla clausola contrattuale con un altro valore».

24. – È il caso di aggiungere che alla nullità della clausola determinativa degli interessi del contratto di mutuo a mezzo dell'Euribor non sembra potersi pervenire, in caso di banche estranee all'intesa, neppure per il tramite della disciplina consumeristica, se si considera che l'art. 33 cod. cons. colloca al di fuori della presunzione di vessatorietà le pattuizioni concernenti «prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni ... di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista». 25. – Né sembra possa ritenersi che l'illecito del terzo possa far venir meno l'esistenza del consenso delle parti in ordine alla vicenda contrattuale, idoneo a esprimere la loro volontà negoziale, non solo nell'ipotesi che il contratto sia stato stipulato prima del 29 settembre 2005 (a meno di non immaginare un nullità contratto che nasce valido e che poi diviene nullo, per un certo periodo di tempo, in dipendenza dell'illecito del terzo), ma anche per quelli stipulati nell'arco temporale del triennio coperto dalla decisione della Corte di giustizia. Premesso che l'Euribor non è il tasso di interesse applicato in contratto, ma un mero indice di mercato impiegato quale fattore di calcolo della misura del tasso di interesse, occorre sottolineare che l'accordo contrattuale si forma – e, in tal senso, si obiettivizza – sull'applicazione dell'indice Euribor, così come ufficialmente stabilito e dunque inteso nel suo dato formale, indipendentemente dalla correttezza del procedimento seguito per la sua rilevazione. 26. – Del pari innegabile è che, come d'altra parte riconosciuto anche dalla menzionata sentenza della Terza Sezione, la indicazione dei tassi di interesse

convenuti nei contratti di finanziamento mediante rinvio a parametri, quali l'Euribor, elaborati da istituzioni sovranazionali e di agevole individuazione e accessibilità, è conforme al principio della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto ex art. 1346 cod. civ. In questi casi, le parti si limitano a richiamare, volendo guardare realisticamente al tema, non già la complessa formula di calcolo dell'Euribor, plausibilmente ignota al mutuatario, e non di rado forsanche al mutuante, bensì un fatto esterno al contratto che è assunto nel regolamento negoziale nella sua oggettività, per come risultante dal dato numerico ufficiale che ne esprime il significato, ossia il suo valore. 27. – In realtà, l'alterazione dell'Euribor può, semmai, determinare nelle parti una falsa rappresentazione della realtà idonea a inficiare il loro processo di formazione della volontà, che può consentire, ricorrendone i relativi presupposti, il ricorso agli ordinari rimedi previsti per i vizi del consenso, cui già si è fatto riferimento, ovvero per la violazione del generale principio del *neminem laedere*, violazione da far valere ovviamente nei confronti di chi l'illecito ha commesso. 28. – Il tutto senza considerare che la riconducibilità della situazione in esame nell'alveo del rimedio della nullità potrebbe, in ipotesi, avere l'effetto, laddove si accertasse che l'Euribor è stato alterato, sia pure per alcuni periodi, nel senso della sua artificiosa riduzione, di esporre il mutuatario, soggetto obbligato, alla restituzione del capitale residuo mutuato o, comunque, al versamento di maggiori interessi. 29. – Ciò premesso, venendo in rilievo una questione di interpretazione di regole di diritto per le quali si profila l'esigenza di un orienta-

mento uniforme, si ritiene opportuno rimettere la causa alle Sezioni Unite. La causa va, dunque, rimessa alla Prima Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, involgendo le seguenti questioni: – se il contratto di mutuo contenente la clausola di determinazione degli interessi parametrata all'indice Euribor costituisca un negozio «a valle» rispetto all'intesa restrittiva della concorrenza accertata, per il periodo dal 29 settembre 2005 al 30 maggio 2008, dalla Commissione dell'Unione Europea con decisioni del 4 dicembre 2013 e del 7 dicembre 2016, o se, invece, indipendentemente dalla partecipazione del mutuante a siffatta intesa o dalla sua conoscenza dell'esistenza di tale intesa e dell'intenzione di avvalersi del relativo risultato, tale non sia, mancando il collegamento funzionale tra i due atti, necessario per poter ritenere che il contratto di mutuo costituisca lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti; – se la alterazione dell'Euribor a causa di fatti illeciti posti in essere da terzi rappresenti una causa di nullità della clausola di determinazione degli interessi di un contratto di mutuo parametrata su tale indice per indeterminabilità dell'oggetto o piuttosto costituisca un elemento astrattamente idoneo ad assumere rilevanza solo nell'ambito del processo di formazione della volontà delle parti, laddove idoneo a determinare nei contraenti una falsa rappresentazione della realtà, ovvero quale fatto produttivo di danni.

P.Q.M. dispone la trasmissione degli atti alla Prima Presidente affinché valuti l'opportunità di assegnare la causa alle Sezioni Unite. (*Omissis*)