

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 15 gennaio 1998 \*

1. Il presente procedimento trae origine da due cause pendenti dinanzi al Tribunale di Genova nelle quali è stata sollevata la questione della compatibilità con gli artt. 85 e 86 del Trattato CE di talune condizioni generali di contratto, stabilite nelle norme bancarie uniformi (in prosieguo: le «NBU») dell'Associazione Bancaria Italiana (in prosieguo: l'«ABI»), aventi come finalità quella di regolare i contratti di apertura di credito di conto corrente e i contratti di fideiussione omnibus a garanzia dell'apertura di credito.

2. Gli attori nelle cause pendenti dinanzi al Tribunale di Genova sono il signor Bagnasco, debitore principale, ed i suoi fideiussori, condebitori in solido; essi hanno proposto opposizione contro due decreti ingiuntivi, provvisoriamente esecutivi, emessi dal presidente del Tribunale di Genova il 18 giugno 1992.

3. Con il decreto ingiuntivo relativo alla causa che ha originato il procedimento C-215/96 si

ordina al signor Bagnasco e ai suoi fideiussori di pagare alla Banca Popolare di Novara (in prosieguo: la «BPN») la somma di LIT 222 440 332 in relazione alle seguenti cause:

— LIT 170 440 332, quale saldo debitore del conto corrente n. 1360/320/30, intestato a Carlo Bagnasco, come da contratto 8 ottobre 1991, oltre ad interessi al tasso del 17% a partire dal 1° aprile 1992;

— LIT 9 400 000, quale saldo debitore del conto corrente n. 14336/33E/30, intestato al signor Bagnasco, come da contratto 27 dicembre 1991, oltre ad interessi al tasso del 17,50% a partire dal 1° aprile 1992;

— LIT 21 600 000, corrispondenti all'importo di quattro vaglia cambiari, scontati dalla banca all'epoca ed emessi dalla ditta individuale Fidaurum del signor Bagnasco, somma per la quale gli altri opposenti nel procedimento a quo hanno dato avallo per LIT 5 400 000 ciascuno, oltre ad interessi al tasso previsto dalla legge del 10% a partire dal 22 maggio 1992;

\* Lingua originale: lo spagnolo.

- LIT 21 000 000, per effetti a carico della signora Sbardella, scontati e accreditati in conto corrente «salvo buon fine», come da distinte presentate dal signor Bagnasco, e costituzioni in pegno, sempre a carico della signora Sbardella, di effetti scontati dal signor Bagnasco. A tale importo si aggiungono gli interessi, come per legge, al tasso del 15% a partire dalla data di emissione dei decreti ingiuntivi.
4. Con il decreto ingiuntivo relativo alla causa che ha originato il procedimento C-216/96 si ordina al signor Bagnasco e ai suoi fideiussori di pagare alla Cassa di Risparmio di Genova e Imperia (Carige) SpA (in prosieguito: la «Carige»), la somma di LIT 124 119 497 in relazione alle seguenti causali:
- LIT 48 798 664, quale saldo debitore del conto corrente n. 14445/20/106 intestato a Carlo Bagnasco, come da contratto 28 agosto 1989, oltre ad interessi al tasso del 17,50% a partire dall'11 giugno 1992;
- LIT 75 320 833, oltre ad interessi al tasso del 15% a partire dall'11 giugno 1992, per una «sovvenzione bancaria» di LIT 95 000 000, a fronte della quale il signor Bagnasco aveva emesso diciannove pagherò cambiari.
5. I decreti ingiuntivi erano del pari rivolti ai fideiussori del signor Bagnasco, quali condobitori solidali, per effetto dell'avallo sui vaglia cambiari insoluti e della fideiussione omnibus sottoscritta il 7 febbraio 1990 sino a concorrenza di LIT 300 000 000 (procedimento C-215/96) e il 28 novembre 1989 sino a concorrenza di LIT 195 000 000 (procedimento C-216/96).
6. Il signor Bagnasco e i suoi fideiussori si sono opposti ai decreti ingiuntivi eccependo, in particolare, l'incompatibilità con gli artt. 85 e 86 del Trattato CE delle norme e prassi bancarie uniformi applicate dalle banche italiane ai contratti di apertura di credito in conto corrente e ai contratti di fideiussione omnibus.
7. Il Tribunale di Genova non ritiene necessario sottoporre alla Corte di giustizia la questione riguardante l'effetto diretto degli artt. 85 e 86, né la questione se le NBU costituiscono una decisione di associazione di imprese ai sensi dell'art. 85, poiché ritiene evidente che in entrambi i casi la risposta sarebbe senz'altro affermativa. Peraltro, il giudice a quo solleva la questione della compatibilità con gli artt. 85 e 86 di talune clausole delle dette NBU che si riferiscono ai contratti di apertura di credito e di fideiussione omnibus.
8. Riguardo ai contratti di apertura di credito in conto corrente, il Tribunale di Genova ritiene che sia rilevante soltanto il meccanismo di determinazione del tasso d'interesse, che costituisce il corrispettivo del servizio

prestato. Il signor Bagnasco ritiene che il regime di determinazione del prezzo del credito (accesso alla disponibilità di cassa) sfugga a qualsiasi ragionevole o apprezzabile grado di prevedibilità da parte del cliente.

Il giudice a quo ha accertato che i contratti conclusi dal signor Bagnasco con la BPN prevedono, al punto 2, l'applicazione di tassi d'interesse annui nella misura del 17% e del 17,50%, oltre alla commissione di  $\frac{1}{8}\%$  sul massimo debito raggiunto in valuta in ogni trimestre solare o frazione. Il contratto concluso dal signor Bagnasco con la Carige fissa il tasso d'interesse annuo al 14%, oltre ad una commissione massima di  $\frac{1}{8}\%$  sul massimo debito raggiunto per valuta in ogni trimestre solare o frazione. I contratti conclusi con entrambe le banche prevedono che gli interessi potranno essere aumentati o ridotti per effetto delle variazioni intervenute nel mercato monetario. Al punto 12 del contratto del signor Bagnasco con la BPN si stabilisce inoltre che «la banca ha la facoltà di variare in qualsiasi momento i tassi di interesse (...) mediante avviso da esporre nei locali dei suoi uffici o come altrimenti riterrà più opportuno».

Secondo il giudice a quo, tra gli elementi indicati solo la determinazione iniziale del tasso debitore corrisponde a una diretta contrattazione tra le parti. Orbene, tale elemento contrattuale va messo in relazione col diritto riconosciuto alla banca, secondo il testo delle NBU, di aumentare la misura degli interessi (in qualsiasi momento, mediante avviso da esporre nei locali dei suoi uffici «o come riterrà più opportuno»), «per effetto di variazioni intervenute nel mercato monetario» e quindi in relazione ad indici di variazione non

prevedibili o comunque difficilmente prevedibili da parte del cliente medio della banca. L'art. 1284 del codice civile italiano (in prosieguo: il «CC») stabilisce nella misura del 10% annuo il tasso legale d'interesse, mentre gli interessi superiori alla misura legale «devono essere determinati per iscritto», in caso contrario sono dovuti nella misura legale. Pertanto solo la forma scritta garantisce, anche se non necessariamente attraverso la diretta indicazione in cifre del tasso convenuto, ma eventualmente attraverso un calcolo automatico da eseguirsi in base a dati oggettivi e accessibili, la determinazione e la concreta quantificazione del tasso, nel caso di specie affidata al generico riferimento alle «variazioni intervenute nel mercato monetario» e a un meccanismo che rende per di più la banca arbitra della scelta dei tempi delle variazioni e delle modalità per la loro comunicazione al cliente.

9. Per quanto riguarda i contratti di fideiussione omnibus connessi all'apertura di credito, il giudice a quo ritiene che le clausole rilevanti delle NBU e dei contratti in esame nei presenti procedimenti riguardino:

— l'assunzione della fideiussione «allo stesso tasso previsto per l'operazione garantita e in ogni caso in misura non inferiore a quella corrente bancaria», «per l'adempimento di qualsiasi obbligazione verso la banca, dipendente da operazioni bancarie

di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite al predetto nominativo (o a chi gli fosse subentrato)», operazioni indicate in un elenco che viene di seguito specificato; la fideiussione garantisce inoltre «qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso la banca in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate dallo stesso debitore a favore della banca nell'interesse di terzi» (innescandosi in tal modo il meccanismo della «fideiussione della fideiussione», suscettibile di una estensione soggettiva praticamente illimitata e incontrollabile);

«anche se la banca non abbia proposto le sue istanze contro il debitore e gli eventuali co-obbligati e non le abbia continuato», restando così obbligato solidalmente «fino alla totale estinzione del debito, senza limiti di tempo né di osservanza di condizioni»;

— l'obbligo per il fideiussore di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e in particolare di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con la banca, la quale è dispensata dal chiedere al fideiussore la speciale autorizzazione prevista dall'art. 1956 del CC<sup>1</sup>;

— l'obbligo assunto dal fideiussore di «pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, imposte, tasse ed ogni altro accessorio»;

— la dispensa che il fideiussore dà alla banca dall'onere di agire entro i termini previsti dall'art. 1957 del CC<sup>2</sup>, al fine di rimanere obbligato, in deroga a tale disposizione,

— la dichiarazione che «per la determinazione del debito garantito fanno prova in qualsiasi sede contro il fideiussore, i suoi eredi, successori ed aventi causa, le risultanze delle scritture contabili della banca, la quale peraltro non è tenuta ad effettuare di propria iniziativa al fideiussore alcuna comunicazione in ordine alla situazione dei conti ed in genere ai rapporti col debitore»;

1 — L'art. 1956 recita: «Il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito». La legge n. 154/1992 sulla «trasparenza bancaria» ha aggiunto un secondo comma che dichiara l'invalidità della «preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione».

2 — Ai sensi di tale articolo «il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate».

— la deroga all'art. 1939 del CC<sup>3</sup>, la quale comporta che «l'obbligazione mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia, per qualsiasi motivo, invalida», «intendendo il fideiussore, per

3 — Ai sensi dell'art. 1939 del CC «la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace».

l'ipotesi di dichiarata nullità o annullamento dell'obbligazione principale, rendersi obbligato come se la stessa fosse stata da esso assunta in proprio».

10. Per pronunciarsi sulle controversie tra il signor Bagnasco e i suoi fideiussori, da una parte, e la BPN e la Carige, dall'altra, il Tribunale di Genova ha ritenuto necessario sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se le Norme Bancarie Uniformi dettate dall'ABI alle sue associate, relativamente al contratto per l'apertura di credito in conto corrente, in quanto dettate e applicate in modo uniforme e vincolante da parte delle banche associate nell'ABI, siano compatibili, nella parte in cui sottopongono l'apertura del credito a un regime di determinazione del tasso di interesse non previamente determinato né determinabile dal cliente, con la norma di cui all'art. 85 del Trattato, in quanto idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, e aventi a oggetto e come effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.
- 2) Quali effetti l'eventuale riconoscimento dell'incompatibilità sub 1) può produrre sulle corrispondenti clausole dei contratti di apertura di credito in conto corrente, stipulati "a valle" dalle banche associate con i singoli clienti, posto che l'insieme delle banche associate nell'ABI possa venire considerato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 86 del Trattato, come detentore di una posizione dominante collettiva sul mercato nazionale del credito, di cui l'applicazione concreta della normativa in esame (relativamente alla determinazione del tasso di interesse debitore) si configuri come sfruttamento abusivo.
- 3) Se le NBU dettate dall'ABI alle sue associate relativamente al contratto di fideiussione omnibus a garanzia dell'apertura di credito — in quanto dettate e applicate in modo uniforme e vincolato da parte delle banche associate — siano compatibili, in relazione alle singole clausole di cui alla motivazione della presente ordinanza e nel loro complesso, con la norma di cui all'art. 85 del Trattato, in quanto idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, e aventi a oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.
- 4) Quali effetti l'eventuale riconoscimento dell'incompatibilità sub 3) può produrre sulle corrispondenti clausole dei contratti di fideiussione "omnibus" e sui contratti stessi, stipulati "a valle" dalle singole banche, posto che l'insieme delle banche associate nell'ABI possa essere

considerato, ai sensi e per l'effetto dell'art. 86 del Trattato, come detentore di una posizione dominante collettiva sul mercato nazionale del credito, di cui l'applicazione concreta della normativa in esame si configuri come sfruttamento abusivo».

11. Prima di suggerire una soluzione a tali questioni, è necessario riassumere i problemi giuridici prospettati dalle NBU dell'ABI nell'ordinamento giuridico italiano, nonché analizzare l'applicazione delle norme comunitarie nel settore bancario finora effettuata dalle istituzioni comunitarie.

#### Le NBU alla luce dell'ordinamento italiano

12. Successivamente ai fatti all'origine delle due cause pendenti dinanzi al Tribunale di Genova, sono state introdotte in Italia modifiche legislative e misure d'attuazione amministrative che hanno avuto effetti sulle condizioni generali applicate dalle banche nei contratti di apertura di credito e di fidejussione omnibus.

13. La legge n. 154/92<sup>4</sup> sulla trasparenza bancaria ha riformato il regime del contratto di fidejussione bancaria, introducendo l'obbligo di predeterminare l'importo massimo garantito.

14. Con lettera 22 febbraio 1993 l'ABI ha notificato alla Commissione le NBU perché venisse emanata una dichiarazione negativa o un'esenzione individuale alla luce dell'art. 85, n. 3, del Trattato. Tale documento è stato altresì notificato alla Banca d'Italia, in qualità di autorità nazionale competente per l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato del settore creditizio, ai sensi della legge n. 287/90<sup>5</sup>.

15. Con lettera 7 luglio 1993 la Commissione ha comunicato alla Banca d'Italia che aveva deciso di esaminare solo tre dei ventisei accordi notificati dall'ABI, in particolare quelli relativi alle condizioni dei conti correnti in valuta, quelli che disciplinano i servizi di incasso o di accettazione degli effetti, documenti o assegni sull'Italia e sull'estero, nonché le condizioni sul finanziamento in valuta estera. Riguardo agli altri ventitré accordi notificati, tra cui quelli relativi all'apertura di credito in conto corrente e alla fidejussione omnibus, la Commissione, senza pronunciarsi su possibili effetti restrittivi della concorrenza, ha stabilito che essi non erano atti a pregiudicare in modo rilevante il commercio tra gli Stati membri e che, di conse-

4 — Legge 17 febbraio 1992, n. 154 (GURI 24 febbraio 1992, n. 45).

5 — Legge 10 ottobre 1990, n. 287 (GURI 13 ottobre 1990, n. 240).

guenza, non era applicabile l'art. 85. La Commissione ha precisato che tali servizi bancari si limitavano al territorio nazionale e concernevano attività economiche che, per loro stessa natura o per disposizione contrattuale, possono effettuarsi solo nel territorio italiano oppure hanno un'influenza molto ridotta sul commercio tra gli Stati membri, essendovi oltretutto una limitata partecipazione delle filiali o succursali delle banche non italiane in questo tipo di servizi.

16. Il 23 novembre 1993 la Banca d'Italia ha avviato un procedimento per valutare la compatibilità con la legge n. 287/90 dei ventitré accordi esclusi dall'inchiesta della Commissione. Tale procedimento si è concluso con l'adozione, da parte della Banca d'Italia, della decisione 3 dicembre 1994, n. 12<sup>6</sup>, nella quale la Banca d'Italia ha dichiarato lesive del gioco della concorrenza ed in contrasto con la legge n. 287/90, che vieta gli accordi restrittivi della concorrenza in termini analoghi all'art. 85 del Trattato CE, varie condizioni generali delle NBU, incluse alcune di quelle che formano oggetto di controversia nel procedimento a quo. Con tale decisione si invitava l'ABI a modificare le sue NBU in vari punti e a comunicare tali modifiche ai suoi aderenti, precisando inoltre il carattere meramente orientativo delle NBU. L'ABI ha ottemperato a tale decisione e ha modificato le NBU, anche se tale modifica, non avendo effetto retroattivo, non incide sulle cause pendenti dinanzi al Tribunale di Genova.

## L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza nel settore bancario

17. In un primo tempo erano sorti dubbi in ordine all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza nel settore bancario, essendo le attività di tale settore correlate alla politica economica e monetaria degli Stati membri. Tale circostanza poteva autorizzare il richiamo agli artt. 90, n. 2, e 104 del Trattato CE per impedire l'applicazione degli artt. 85 e 86 riguardo alle attività bancarie.

18. Nel 1981 la Corte di giustizia ha dissipato qualsiasi dubbio al riguardo con la sentenza Züchner<sup>7</sup>, nella quale ha affermato che il settore bancario è soggetto alle norme sulla concorrenza, ad eccezione delle attività bancarie svolte in forza di un atto della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 90, n. 2.

19. A partire da tale momento, la Commissione ha risolto i suoi dubbi iniziali ed ha preso ad esaminare gli accordi interbancari

6 — *Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* del 19 dicembre 1994, anno IV, n. 48, pag. 75.

7 — Sentenza 14 luglio 1981, causa 172/80 (Racc. pag. 2021, punti 7 e 8).

che le venivano notificati<sup>8</sup>. La prima decisione della Commissione riguardo al settore bancario risale al 1984<sup>9</sup>; in seguito, essa ha adottato un numero limitato di decisioni, nelle quali ha sottolineato che le banche e gli altri istituti di credito costituiscono imprese ai sensi dell'art. 85, in quanto si tratta di soggetti che esercitano attività economiche. Tuttavia, l'atteggiamento della Commissione riguardo agli accordi interbancari è stato abbastanza «tollerante», avendo essa irrogato ammende a imprese bancarie soltanto in un caso. Si tratta della decisione Eurochèque: accordo di Helsinki<sup>10</sup>, impugnata dinanzi al Tribunale di primo grado, il quale, con la sentenza CB e Europay/Commissione<sup>11</sup>, ha annullato parzialmente la detta decisione, riducendo la relativa ammenda.

20. Per risolvere le questioni pregiudiziali deferite nei presenti procedimenti è importante tener conto di alcuni dei principi ai quali la Commissione ha fatto riferimento in tali

decisioni, prima di esaminare la compatibilità degli accordi interbancari con l'art. 85<sup>12</sup>. A tal fine è opportuno distinguere gli accordi relativi ai servizi tra banche, gli accordi che si riferiscono ai servizi delle banche ai clienti, gli accordi sulla determinazione del tasso degli interessi debitori e creditori e, infine, un diverso tipo di accordi interbancari.

21. La Commissione ha ritenuto contrari all'art. 85, n. 1, gli accordi interbancari multilaterali tra banche di uno stesso Stato e le decisioni di associazioni bancarie nazionali relative al pagamento di commissioni uniformi per determinati servizi che le banche si forniscono reciprocamente. Peraltro essa ha autorizzato esenzioni individuali ai sensi dell'art. 85, n. 3. La medesima soluzione è stata applicata recentemente ad un accordo bilaterale di cooperazione generale tra due banche di due diversi Stati membri<sup>13</sup>. Si tratta di accordi sul prezzo di servizi prestati tra banche, che eliminano la concorrenza essendo adottati da più parti, e ai quali la Commissione concede esenzioni poiché facilitano la normalizzazione e lo svolgimento delle attività bancarie ed evitano una serie di trattazioni bilaterali tra banche che rendereb-

8 — Per un'analisi della prassi della Commissione in materia v. J. F. Bellis «La banque et le droit communautaire de la concurrence», *Mélanges Jean Pardon*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pag. 1; J. Biancarelli, «L'application du droit communautaire de la concurrence au secteur financier (banque et assurance)», *Gazette du Palais*, 1991, pag. 247; C. D. Ehlermann, «L'huile et le sel: le secteur bancaire et le droit européen de la concurrence», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, pag. 457; R. Creaves, *EC Competition Law: Banking and Insurance Services*, Chancery Law Publishing, Londra, 1992; L. Gyselen, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services—Capita Selecta for the Cautious Shaping of a Policy», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1996, pag. 329 e ss.; B. Sousi-Roubi: *Droit bancaire européen*, Dalloz, Parigi, 1995, pagg. 333-378.

9 — Decisione della Commissione 10 dicembre 1984, 85/77/CEE, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/30.717 — Eurochèques uniformi) (GU 1985, L 35, pag. 43).

10 — Decisione della Commissione 25 marzo 1992, 92/212/CEE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/30.717-A-Eurochèque: accordo di Helsinki) (GU L 95, pag. 50).

11 — Sentenza del Tribunale 23 febbraio 1994, cause riunite T-39/92 e T-40/92 (Racc. pag. II-49).

12 — V. B. Sousi-Roubi, op. cit., pag. 346 e ss.; M. Dassel, S. Isaacs e G. Penn, *EC Banking Law*, Lloyd's of London Press Ltd, Londra, 1994, pag. 273 e ss.; M. Waelbroeck e A. Frignani, *Concurrence, Commentaire J. Mégret. Le droit de la CE*, vol. 4, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, pagg. 74-79.

13 — Decisione della Commissione 24 giugno 1996, 96/454/CE, relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo 85 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (IV/34.607—Banque nationale de Paris — Dresdner Bank) (GU L 188, pag. 37).

bero più lento e costoso il servizio<sup>14</sup>. Tra gli accordi interbancari di questo tipo, per i quali la Commissione ha concesso un'esenzione, si ricordano i seguenti:

- L'accordo del sistema Eurochèque, in forza del quale si è stabilita una commissione massima dell'1,25% dell'importo per qualsiasi eurochèque emesso all'estero nella divisa locale; commissione a carico della banca emittente e della banca che esegue il relativo pagamento senza ripercussione sui clienti (decisione Eurochèques uniformes).
- L'accordo applicato dalle banche belghe riguardo alle commissioni massime applicabili tra di esse nei confronti di qualsiasi operazione di pagamento internazionale effettuato in divise straniere (decisione Association belge des banques)<sup>15</sup>.
- Gli accordi sulle commissioni esigibili per l'incasso e/o l'accettazione di effetti, docu-

menti, assegni bancari e altri titoli di credito pagabili in Italia (decisione ABI)<sup>16</sup>.

22. La Commissione ha mostrato maggiore rigore, specialmente in seguito alla sentenza Züchner, per quanto riguarda gli accordi interbancari che fissavano le commissioni esigibili nei confronti dei clienti per determinati servizi bancari. Essa ha stabilito che tali accordi impedivano alle banche di fissare liberamente il prezzo dei servizi offerti alla clientela e costituivano una grave violazione dell'art. 85, n. 1, che non può essere oggetto di esenzioni. Nella decisione Eurochèque: accordo di Helsinki, la Commissione ha condannato l'accordo tra le banche francesi associate nel Groupement des cartes bancaires «CB», con il quale si era stabilito di addebitare ai commercianti aderenti una commissione al momento in cui questi presentavano all'incasso eurochèques rilasciati nei confronti di una banca straniera, commissione che si aggiungeva a quella che le banche francesi ricevevano dalle banche straniere col sistema Eurochèque<sup>17</sup>.

23. Quanto agli accordi interbancari relativi alla determinazione del tasso degli interessi debitori e creditori, la Commissione non ha tratto conseguenze dalla sentenza Züchner e non si è pronunciata su tale questione né nella decisione ABI né nella decisione Association

14 — Sousi-Roubi ritiene che l'atteggiamento della Commissione sia inadeguato. A suo avviso, in questo tipo di accordi interbancari non si può parlare di mercato, dato che i rapporti tra le banche dei clienti debitori e creditori si verificano in modo indiretto e involontario, grazie all'intervento dei propri clienti. Dato che non esiste mercato in senso stretto, non si può parlare di restrizione della concorrenza (B. Sousi-Roubi, op. cit., pagg. 355-357). Questa stessa opinione viene sostenuta da F. Pombo, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1996, pagg. 397 e 398. La Commissione ha iniziato a condividere tale argomentazione, come dimostra la comunicazione 95/C 251/03 sulla politica della concorrenza e trasferimenti transfrontalieri (GU 1995, C 251, pag. 3).

15 — Decisione della Commissione 11 dicembre 1986, 87/13/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/261-A— Association belge des banques/Belgische Vereniging der Banken) (GU 1987, L 7, pag. 27).

16 — Decisione della Commissione 12 dicembre 1986, 87/103/CEE, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/31.356 — ABI) (GU 1987, L 43, pag. 51).

17 — Questo punto della decisione è stato confermato nella citata sentenza del Tribunale CB e Europay/Commissione.

belge des banques. Ciononostante, la Corte di giustizia ha confermato l'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza rispetto a tali accordi interbancari sul tasso degli interessi debitori e creditori nella sentenza Van Eycke<sup>18</sup>, dalla quale si deduce che una normativa nazionale che riserva un'esenzione fiscale sulle imposte sui redditi solo a quei depositi cui si applicano i tassi d'interesse e i premi massimi fissati per legge è contraria alla lett. g) dell'art. 3 e agli artt. 5 e 85, se la normativa fa riferimento a un accordo interbancario preesistente. Alla luce di questa sentenza, la Commissione ha proceduto ad esaminare gli accordi sulla determinazione dei tassi d'interesse a lei notificati, concludendo la sua indagine senza adottare nessuna decisione sanzionatoria.

24. Infine la Commissione ha stabilito che alcuni accordi interbancari che le erano stato notificati non violavano l'art. 85, n. 1, poiché non limitavano in modo rilevante la concorrenza<sup>19</sup> o non pregiudicavano il commercio tra gli Stati membri.

18 — Sentenza 21 settembre 1988, causa 267/86 (Racc. pag. 4769).

19 — In concreto, la Commissione ha ritenuto che non restringessero la concorrenza gli accordi tra banche di uno stesso Stato membro relativi all'orario di apertura, ad un sistema di compensazione bancaria, ad un sistema di compensazione che permettesse alle banche di detrarre direttamente gli addebiti dai conti dei propri clienti [decisione della Commissione 30 settembre 1986, 86/507/CEE, relativa ad una procedura d'applicazione dell'art. 85 del trattato CEE (IV/31.362-Irish Bank's Standing Committee) (GU L 295, pag. 28)], la produzione esclusiva di eurochèques da parte delle imprese autorizzate dai partecipanti al sistema Eurochèque (decisione Eurochèque uniformi) e l'accordo sulle operazioni in divise straniere e/o in lire su conti esteri (decisione ABI).

25. Per quanto riguarda il requisito del pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, gli argomenti utilizzati dalla Commissione per stabilirne l'esistenza non mi sembrano molto coerenti<sup>20</sup>.

Da un lato, la limitazione degli accordi al territorio di uno Stato membro non ha impedito alla Commissione di accertare l'esistenza di un pregiudizio agli scambi intracomunitari. Per giungere a tale conclusione, la Commissione ha tenuto conto della partecipazione di succursali e filiali di banche di altri Stati membri e di filiali straniere di banche nazionali nelle associazioni bancarie che hanno elaborato gli accordi<sup>21</sup> come pure dell'argomento secondo cui «gli accordi nazionali in materia di prezzi che si estendono a tutto il territorio di uno Stato membro possono consolidare una segmentazione di carattere nazionale, che ostacola l'interpenetrazione economica voluta dal legislatore comunitario»<sup>22</sup>.

Dall'altro, la Commissione ha tenuto conto del carattere del servizio bancario oggetto dell'accordo per stabilire se la relativa prestazione desse luogo o no ad operazioni bancarie «trasfrontaliere». In tale ipotesi (pagamenti internazionali, incasso e/o accettazione di titoli di credito esteri, operazioni in valuta ecc.), la Commissione ha ritenuto sussistente

20 — V. anche le critiche di M. Dassel, S. Isaacs, S. e Penn, G., op. cit., pagg. 273-277.

21 — Decisione ABI, citata, punto 46, riguardo agli accordi elaborati dall'ABI sull'uniformità dei travelcheck in lire e sul servizio di cassa e/o accettazione di effetti, documenti, assegni bancari e altri titoli di credito in Italia.

22 — Decisione Association belge des banques, citata, punto 39.

un pregiudizio al commercio tra Stati membri. Allorché il servizio bancario aveva un carattere «interno», per condizioni contrattuali o per ragioni tecniche, la Commissione ha ritenuto che non pregiudicasse sensibilmente il commercio tra Stati membri. Nella decisione ABI si sono considerati servizi bancari a carattere «interno» l'accordo interbancario Bancomat di casse automatiche, il servizio di deposito in cassette di sicurezza<sup>23</sup>, il servizio delle cassette di sicurezza e il servizio di pagamenti delle fatture di somministrazione di acqua, telefono e gas.

In primo luogo, lo sviluppo tecnologico sta rivoluzionando l'attività bancaria e consente la prestazione dei servizi bancari in altri Stati membri diversi dallo Stato di origine della banca. Come la stessa Commissione ha riconosciuto, le nuove tecnologie applicate all'attività bancaria (sportelli automatici, telefono e computer; ciò che si definisce «home banking») favoriranno la prestazione dei servizi bancari al di fuori del mercato nazionale<sup>24</sup>.

In secondo luogo, la liberalizzazione dei movimenti di capitale all'interno della Comunità e in tutto il mondo favorisce l'internazionalizzazione di tutte le attività bancarie. Tale fenomeno riceve impulso dalla globalizzazione dell'economia mondiale.

In ultimo, la direttiva 89/646/CEE<sup>25</sup>, che ha stabilito il 1° gennaio 1993 come termine ultimo per l'adeguamento degli ordinamenti interni degli Stati membri, ha facilitato l'accesso delle banche europee ai mercati bancari degli Stati membri diversi dal loro Stato di origine, con l'introduzione dell'autorizzazione bancaria unica<sup>26</sup>. Tale seconda direttiva di armonizzazione bancaria contiene i tre pilastri sui quali si regge il mercato bancario unico della Comunità, ossia l'armonizzazione minima delle condizioni di esercizio dell'at-

26. A mio avviso, i criteri utilizzati dalla Commissione nelle sue decisioni relative agli accordi interbancari per determinare l'esistenza di un pregiudizio al commercio tra Stati membri devono essere rivisti profondamente, onde rafforzare l'applicazione degli artt. 85 e 86 nel settore bancario. Infatti, la distinzione tra servizi bancari di carattere transfrontaliero e di carattere prevalentemente interno o nazionale non può rimanere valida attualmente per i diversi motivi che esporrò.

23 — Nella decisione della Commissione 19 luglio 1989, 89/152/CEE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/31.499 — Banche dei Paesi Bassi) (GU L 253, pag. 1, punto 58), si afferma altresì che i servizi di noleggio delle cassette di sicurezza hanno carattere «interno» e non pregiudicano in modo rilevante il commercio tra Stati membri.

24 — Decisione BNP — Dresdner Bank, citata, punto 15.

25 — Seconda direttiva del Consiglio 15 dicembre 1989, 89/646/CEE, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE (GU L 386, pag. 1).

26 — In seguito a tale direttiva, secondo A. Bertolotti, si sarebbe dovuto riformare la decisione ABI: «Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust; una questione ancora aperta», *Giurisprudenza italiana*, 1997, n. 3, marzo, pag. 170.

tività bancaria, il riconoscimento reciproco delle autorizzazioni all'esercizio delle attività concesse dagli Stati membri agli istituti di credito e il controllo unico da parte dello Stato membro di origine dell'istituto (*home country control*). Il consolidamento di tale mercato bancario unico sarà agevolato dall'introduzione della moneta unica, al momento dell'inizio della terza fase dell'Unione economica e monetaria, ai sensi dell'art. 109 J, n. 4, del Trattato. L'impulso alla libera concorrenza tra le banche degli Stati membri costituisce un elemento importante per un funzionamento adeguato di tale mercato bancario unico e tale libera concorrenza deve estendersi a tutti i servizi offerti dalle banche, ragion per cui non sembra accettabile ipotizzare che alcuni di questi servizi debbano continuare ad essere prestati nell'ambito dei mercati nazionali limitati al territorio di ciascuno degli Stati membri.

27. Questa riflessione generale guiderà le soluzioni, che propongo qui di seguito, delle questioni pregiudiziali prospettate nel presente procedimento.

### Le questioni pregiudiziali

28. Con le sue quattro questioni pregiudiziali il Tribunale di Genova chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità di determinate clausole delle NBU dell'ABI, applicabili ai contratti di apertura di credito

in conto corrente e di fideiussione omnibus connessi ai primi, con l'art. 85 (questioni prima e terza) e con l'art. 86 (questioni seconda e quarta). Inoltre, il giudice a quo chiede quali siano gli effetti dell'eventuale riconoscimento dell'incompatibilità delle dette NBU sui singoli contratti conclusi dalle banche coi loro clienti (questioni seconda e quarta).

### *Sull'applicazione dell'art. 85*

29. L'art. 85, n. 1, è applicabile qualora si dimostri l'esistenza di un accordo tra imprese, di una decisione di associazioni d'imprese o di una pratica concordata, che pregiudichi il commercio tra gli Stati membri e abbia per scopo o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

30. Nei presenti procedimenti il Tribunale di Genova ritiene senz'altro che le condizioni generali contenute nelle NBU dell'ABI, per quanto riguarda i contratti di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione omnibus, costituiscano una decisione di associazione di imprese ai sensi dell'art. 85 n. 1. Pertanto il giudice a quo non chiede un

pronuncia della Corte di giustizia al riguardo. Mi trovo d'accordo con tale valutazione del giudice italiano, che risulta fondata alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'esistenza di decisioni di associazioni di imprese<sup>27</sup> e che era stata adottata dalla Commissione nella sua decisione ABI e dalla Banca d'Italia nella sua decisione n. 12/94.

31. I dubbi esposti dal Tribunale di Genova alla Corte di giustizia con la prima e la terza questione pregiudiziale riguardano la concomitanza, nei presenti procedimenti, degli altri due requisiti necessari per l'applicazione dell'art. 85, n. 1, vale a dire la restrizione della concorrenza e il pregiudizio al commercio tra Stati.

#### La restrizione della concorrenza

32. Perché una decisione di associazione d'impresa sia in contrasto con l'art. 85, n. 1, è necessario che abbia per «(...) oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (...)». Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la concorrenza risulta limitata ai sensi dell'art. 85, n. 1, quando gli operatori economici cessano di determinare autonomamente la condotta da tenere sul mer-

cato. Tale esigenza di autonomia non impedisce loro di adeguarsi in modo intelligente al comportamento dei loro concorrenti, tuttavia essa è incompatibile con ogni sorta di contatti diretti o indiretti tra gli operatori economici aventi lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura delle merci o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato<sup>28</sup>.

33. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>29</sup>, in una prima fase si dovrà verificare se l'intesa comporti, per il suo oggetto, una restrizione della concorrenza. Nel caso si verifichi tale ipotesi, si realizza la condizione prescritta dall'art. 85, n. 1, e non è necessario considerarne gli effetti. Ove l'oggetto non sia una restrizione della concorrenza, si dovrà procedere ad un secondo esame, prendendo in considerazione gli effetti per stabilire se la concorrenza subisca o no restrizioni<sup>30</sup>.

27 — V., tra le altre, sentenze 29 ottobre 1980, cause riunite 209/78 -215/78 e 218/78, Von Landewyck e a./Commissione (Racc. pag. 3125), e 27 gennaio 1987, causa 45/85, Verband der Sachversicherer/Commissione (Racc. pag. 405).

28 — Sentenze 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 -48/78, 50/73, 54/73 -56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione (Racc. pag. 1663, punti 173 e 174), e Züchner, citata, punti 13 e 14.

29 — V., in particolare, sentenze 30 giugno 1966, causa 56/65, Société technique minière (Racc. pag. 261 e ss., in particolare pag. 283); 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione (Racc. pag. 458); 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal (Racc. pag. 3775, punto 19); 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione (Racc. pag. 2545, punto 18); Verband der Sachversicherer e a./Commissione, citata, punto 39, e 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT e Reynolds/Commissione (Racc. pag. 4487).

30 — V. conclusioni dell'avvocato generale Tesauro presentate nel procedimento conclusosi con sentenza 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG (Racc. pag. I-5641, paragrafi 15 e 16).

Gli effetti di una decisione d'associazione d'impresa devono essere valutati in relazione alla concorrenza che vi sarebbe nel mercato di cui trattasi qualora tale decisione non fosse esistita. Perciò, la Corte di giustizia considera che l'esame da parte della Commissione di tali pratiche restrittive della concorrenza «(...) deve basarsi su una valutazione degli accordi nel loro complesso (...)» che impone di tener conto sia degli effetti reali che di quelli potenziali di tali decisioni di associazioni di imprese sulla concorrenza <sup>31</sup>, così come del contesto economico completo nel quale si svilupperebbe la concorrenza in loro mancanza <sup>32</sup>. Inoltre è necessario che la decisione abbia un effetto apprezzabile sulla concorrenza <sup>33</sup>.

34. Nei presenti procedimenti, le clausole controverse delle NBU dell'ABI relative ai contratti di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione omnibus ad essi connesse non hanno come scopo di restringere la concorrenza, tuttavia producono, a mio avviso, un evidente effetto restrittivo della concorrenza.

35. Le clausole delle NBU che si applicano alla determinazione del tasso d'interesse dell'atto di credito limitano l'autonomia delle banche aderenti all'ABI nello stabilire una strategia commerciale riguardo a questo tipo

di servizio finanziario. Infatti, le banche sono obbligate, per via delle NBU, a includere nei contratti di apertura di credito clausole mediante le quali esse possono aumentare il tasso di interesse in funzione delle variazioni del mercato monetario e senza necessità di previa comunicazione né di consenso da parte del cliente, dato che è sufficiente al riguardo che sia esposto il relativo annuncio nei locali della banca o nella forma che la banca considera più opportuna. Anche se non si determina direttamente il tasso degli interessi che la banca incassa con la prestazione del servizio, che può essere oggetto di trattativa con il cliente, le suddette clausole delle NBU precludono a una banca la possibilità di proporre alla sua clientela condizioni più vantaggiose per i servizi di apertura di credito, quali tassi fissi d'interesse oppure tassi variabili ma con l'obbligo di previa comunicazione al cliente delle modifiche.

36. Le clausole delle NBU dell'ABI che si riferiscono al contratto di fideiussione producono inoltre un effetto restrittivo della concorrenza nella prestazione del servizio finanziario di apertura di credito. Tali clausole si discostano dalla disciplina del CC italiano e stabiliscono alcune condizioni molto favorevoli e di tutela per le banche per quanto riguarda la conclusione dei contratti di fideiussione omnibus <sup>34</sup>. L'esistenza di tali NBU preclude alle banche di offrire ai clienti che richiedono un servizio di apertura di credito condizioni più favorevoli per la conclusione del contratto connesso di fideiussione omnibus. Al cliente risulterà tanto più agevole la ricerca di fideiussori quanto meno restrittive saranno le condizioni della fideius-

31 — Sentenza BAT e Reynolds, citata, punti 54 e 61, e sentenza del Tribunale 27 febbraio 1992, causa T-19/91, Vichy/Commissione (Racc. pag. II-415, punto 59).

32 — Sentenza 12 dicembre 1995, causa C-399/93, Oude Luttikhuis e a. (Racc. pag. I-4515, punto 10).

33 — Sentenza 9 luglio 1969, causa 5/69, Völk (Racc. pag. 295).

34 — V. supra punto 9.

sione omnibus, che costituiscono dunque un elemento rilevante al momento di contrattare con una banca un servizio di apertura di credito.

37. Le condizioni generali delle NBU influenzano pertanto sulle possibilità delle banche aderenti all'ABI di decidere le condizioni che esse intendono riservare ai propri clienti in funzione della loro situazione interna di redditività, della loro specializzazione e della loro politica commerciale. Poiché la stragrande maggioranza delle banche italiane aderiscono all'ABI, le possibilità di scelta dei clienti al momento di contrattare un'apertura di credito in conto corrente e una fideiussione omnibus sono drasticamente limitate, dato che le NBU restringono la concorrenza tra le banche e che tali clienti non possono aspirare ad ottenere vantaggi richiedendo la prestazione del servizio di apertura di credito ad uno o all'altro istituto bancario.

Le condizioni delle NBU relative alla determinazione del tasso d'interesse sono una componente del prezzo finale che il cliente paga alla banca per il servizio di apertura di credito e costituiscono, pertanto, un elemento fondamentale della concorrenza, che incide in pieno sui rapporti tra istituti bancari e clientela. La stessa riflessione si impone riguardo alle condizioni del contratto di fideiussione omnibus, che riguarda il rapporto tra la banca e il cliente, anche se non sono direttamente correlate al prezzo del servizio di apertura di credito.

38. Inoltre, le NBU relative all'apertura di credito e alla fideiussione omnibus producono

un apprezzabile effetto restrittivo sulla concorrenza, poiché il margine di manovra delle banche al momento di contrattare il tasso d'interesse e le altre condizioni dell'apertura di credito con il cliente risulta ridotto, essendo determinato in gran parte dal livello di interessi esistente nei mercati di capitali.

Il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri

39. Secondo una costante giurisprudenza della Corte di giustizia, «perché una decisione, un accordo o un'intesa possano pregiudicare il commercio fra Stati membri, occorre che, in base ad un complesso di elementi di diritto o di fatto, si possa ritenere con un grado di probabilità adeguato che [la decisione, l'accordo o l'intesa] siano atti ad avere un'influenza diretta o indiretta, in atto o in potenza, sulle correnti di scambi fra Stati membri e ciò in modo da far temere che essi possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra Stati membri»<sup>35</sup>. Inoltre, l'incidenza delle pratiche restrittive della concorrenza sul commercio tra Stati membri deve essere rilevante perché ne risulti un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1<sup>36</sup>.

35 — Sentenze 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, Ferriere Nord/Commissione (Racc. pag. I-4411, punto 20); Van Landewyck/Commissione, citata, punto 170, e Société technique minière, citata. V. anche sentenza del Tribunale 22 ottobre 1997, cause riunite T-213/95 e T-18/96, SCK e FNK/Commissione (Racc. pag. II-1739, punto 175).

36 — Sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, Béguelin Import (Racc. pag. 949, punto 16), e 1° febbraio 1978, causa 19/77, Miller/Commissione (Racc. pag. 131, punto 15).

La Corte di giustizia ha inoltre affermato che «(...) l'art. 85, n. 1, del Trattato non prescrive che venga dimostrato che gli accordi da esso considerati abbiano pregiudicato in misura rilevante gli scambi intracomunitari, prova che nella maggior parte dei casi potrebbe difficilmente venir fornita, ma richiede che si provi che gli accordi sono atti a produrre questo effetto»<sup>37</sup>. Di conseguenza, non è necessaria la prova dell'effettiva restrizione del commercio tra Stati membri, ma basta dimostrare l'esistenza di una probabilità sufficiente che l'accordo incida, all'epoca della controversia o in futuro, al commercio tra gli Stati membri<sup>38</sup>.

tesa per garantirsi la fedeltà della clientela, dell'importanza dell'accordo nel mercato di cui trattasi e del contesto economico nel quale esso si applica<sup>40</sup>. Esiste pertanto una forte presunzione che una pratica restrittiva della concorrenza applicata in tutto il territorio di uno Stato membro pregiudichi gli scambi intracomunitari, che viene meno soltanto se l'esame delle sue caratteristiche e del contesto economico nel quale si inserisce dimostra il contrario.

40. Per quanto riguarda le pratiche restrittive della concorrenza che abbracciano l'intero territorio di uno Stato membro, la Corte di giustizia ritiene che esse pregiudichino il commercio tra gli Stati membri poiché, per loro natura, hanno l'effetto di rafforzare le compartimentazioni nazionali, che ostacolano in tal modo la penetrazione economica voluta dal Trattato e proteggono i prodotti nazionali<sup>39</sup>. Questo pregiudizio automatico degli scambi intracomunitari mediante le pratiche applicate in tutto il territorio di uno Stato membro appare relativizzato in altre sentenze della Corte, in cui si tiene conto dei mezzi di cui dispongono i membri di un'in-

41. Nelle osservazioni presentate nei presenti procedimenti la Commissione rileva che le NBU relative ai contratti di apertura di credito in conto corrente e di fidejussione omnibus non pregiudicano gli scambi intracomunitari, con la conseguenza che in tal caso non è applicabile l'art. 85, bensì la normativa italiana sulla concorrenza. La Commissione basa le sue conclusioni su due considerazioni, vale a dire che i suddetti contratti si riferiscono a servizi bancari che non hanno essenzialmente carattere transfrontaliero e che la prestazione di questo tipo di servizi non costituisce un elemento determinante per l'ingresso di banche provenienti da altri Stati membri nel mercato finanziario italiano.

37 — Sentenze *Ferriere Nord/Commissione*, citata, punto 19, e *Miller/Commissione*, citata, punto 15.

38 — V. M. Waelbroeck e A. Frignani, op. cit., pagg. 206 e 207.

39 — Sentenze 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren/Commissione* (Racc. pag. 977, punto 29), e *Remia e a./Commissione*, citata, punto 22. V., altresì, sentenze del Tribunale 21 febbraio 1995, causa T-29/92, *SPO e a./Commissione* (Racc. pag. II-289, punto 229), e *SCK e FNK/Commissione*, citata, punto 179.

40 — Sentenza 26 novembre 1975, causa 73/74, *Papiers peints/Commissione* (Racc. pag. 1491, punto 27).

42. A mio avviso, l'argomentazione della Commissione è in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, considerato che le NBU riguardanti i contratti di apertura di credito e di fideiussione omnibus pregiudicano in modo rilevante il commercio tra Stati membri. Esistono varie ragioni che giustificano tale conclusione.

In primo luogo, l'apertura di credito in conto corrente e la fideiussione omnibus sono servizi finanziari che possono ricomprendere tutte le forme di somministrazione previste dal diritto comunitario e possono pertanto avere un carattere transfrontaliero. La globalizzazione delle attività bancarie, l'utilizzazione delle nuove tecnologie nella prestazione dei servizi finanziari e l'attuazione del mercato bancario unico facilitano la realizzazione di operazioni bancarie tra Stati membri relative all'apertura di credito e alla fideiussione omnibus. Talché è perfettamente ipotizzabile che un cliente italiano si rivolga ad una banca di un altro Stato membro per concludere un contratto di apertura di credito in conto corrente, nel caso in cui le condizioni offerte da tale banca risultino più favorevoli di quelle applicate dalle banche italiane. Parimenti la banca di un altro Stato membro può essere interessata a fornire servizi di apertura di credito in conto corrente in Italia dal proprio Stato d'origine o mediante la costituzione di consociate o succursali in Italia. La piena attuazione del mercato interno favorisce la «comunitarizzazione» di tutti i servizi finanziari, con la conseguenza che la distinzione effettuata dalla Commissione nelle sue decisioni tra i servizi finanziari a carattere nazionale e quelli di natura transfrontaliera non mi sembra pertinente.

In secondo luogo, le NBU dell'ABI, applicate da tutti i suoi aderenti, vale a dire la quasi totalità delle banche esistenti in Italia, provocano una compartimentazione del mercato italiano dei servizi finanziari di apertura di credito che ostacola l'attuazione di un mercato unico di questo tipo di servizi in tutti gli Stati membri e la compenetrazione economica perseguita dal Trattato CE.

In terzo luogo, esistono molti istituti bancari italiani i quali, pur essendo consociate o succursali di banche di altri Stati membri, sono «forzati» ad applicare le NBU relative al servizio di apertura di credito per via dei vantaggi insiti nell'appartenenza all'ABI.

In quarto luogo, le NBU costituiscono una decisione di associazione di imprese che si applica in tutto il territorio di uno Stato membro e che riguarda quasi tutte le operazioni bancarie, comprese quelle di apertura di credito e di fideiussione omnibus. Il contesto economico nel quale si inseriscono le NBU non offre, a mio avviso, nessun elemento tale da far venir meno la presunzione che una pratica restrittiva di questo tipo, applicata su tutto il territorio italiano, pregiudichi il commercio tra gli Stati membri.

In ultimo luogo, l'apertura di credito in conto corrente costituisce il più importante

contratto bancario attivo mediante il quale si fornisce un servizio finanziario di grande importanza per le imprese<sup>41</sup>. Se si considera che il mercato di cui trattasi nei presenti procedimenti è quello costituito dai servizi di apertura di credito e di fideiussione omnibus ad esso connessi, non vi è dubbio che le NBU dell'ABI restringono in modo assai rilevante il commercio tra gli Stati membri, dato che sono applicate da quasi tutte le banche stabilite in Italia e che riducono drasticamente la concorrenza nella fornitura di tali servizi. Anche ammettendo quale mercato rilevante il complesso dei servizi bancari offerti in Italia, l'importanza del servizio di apertura di credito e di fideiussione omnibus comporta che le NBU dell'ABI relative a tali servizi incidano in modo rilevante e significativo sugli scambi intracomunitari.

43. Le suddette considerazioni dimostrano l'esistenza di una sufficiente probabilità che le NBU pregiudichino in modo rilevante il commercio tra gli Stati membri all'epoca della controversia e in futuro.

44. Di conseguenza, ritengo che condizioni generali, aventi le caratteristiche che si riscontrano nelle NBU dell'ABI, relative ai contratti

di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione omnibus siano in contrasto con l'art. 85, n. 1.

#### *Sull'applicazione dell'art. 86*

45. L'art. 86 vieta «nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo».

46. Nelle ordinanze di rinvio il Tribunale di Genova chiede se le banche riunite nell'ABI detengano una posizione dominante collettiva e, in caso di soluzione affermativa, se l'applicazione delle NBU in materia di contratto di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione omnibus nei rapporti tra le dette banche e i propri clienti costituisca uno sfruttamento abusivo di tale posizione, in contrasto con l'art. 86.

47. La Commissione, nelle sue osservazioni, fa rilevare come la semplice circostanza che l'ABI riunisca la quasi totalità delle banche italiane non sia sufficiente a ritenere che i suoi

41 — M. A. Sánchez Miguel, «Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito», in García Villaverde, R. (dir.), *Contratos Bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, pag. 160, sostiene che l'apertura di credito è il modello delle operazioni bancarie attive ed è «(...) il contratto con maggior utilizzazione per le imprese, che a sua volta comporta grandi benefici economici per le banche, essendo oggetto di carichi economici di grande volume (...)».

aderenti si avvalgano di una posizione dominante collettiva nel mercato bancario italiano. Condivido pienamente questa opinione della Commissione, che si impone chiaramente alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

48. La giurisprudenza comunitaria ha ammesso l'applicazione dell'art. 86 alla cosiddetta posizione dominante collettiva, rilevando che non può escludersi l'ipotesi che due o più imprese indipendenti siano, in un mercato concreto, unite da vincoli economici tali da trovarsi per questo motivo in posizione dominante congiunta rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato<sup>42</sup>. Secondo la Corte di giustizia, «(...) per accertare l'esistenza di una posizione dominante collettiva occorrerebbe che le imprese interessate fossero sufficientemente legate tra loro per adottare una linea d'azione comune sul mercato»<sup>43</sup>.

Non si può dimostrare l'esistenza di una posizione dominante collettiva mediante il semplice «riciclaggio» degli elementi costitutivi di una violazione dell'art. 85, affermando che le parti di un accordo o di una pratica illecita detengono congiuntamente una quota

di mercato rilevante; che solo per questo motivo, si trovano in una posizione dominante collettiva e che tale comportamento illecito costituisce abuso di tale posizione<sup>44</sup>.

49. A mio avviso, le banche riunite nell'ABI non si trovano in una posizione dominante collettiva nel mercato bancario italiano, poiché l'appartenenza a tale associazione non crea tra i vari istituti bancari vincoli economici così stretti da far adottare loro una strategia commerciale comune.

50. L'appartenenza all'ABI non esclude l'attività individuale nel mercato delle banche che formano tale associazione. Gli aderenti dell'ABI si presentano sul mercato come imprese aventi strategie commerciali autonome, che coincidono solo nei servizi in relazione ai quali l'ABI ha adottato una decisione restrittiva della concorrenza, applicata da tutte le suddette imprese e rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 85.

51. Se si ritenesse che gli aderenti all'ABI si trovino in una posizione dominante collettiva, tale nozione si applicherebbe a tutte le associazioni professionali raggruppanti la

42 — Sentenze 27 aprile 1994, causa C-393/92, Almelo (Racc. pag. I-1477, punto 42); 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto (Racc. pag. I-2883, punti 32 e 33), e 17 ottobre 1995, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, DIP e a. (Racc. pag. I-3257, punti 25 e 26). V. altresì sentenze del Tribunale 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, SIV e a./Commissione (Racc. pag. II-1403, punto 358), e 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, Compagnie maritimes belge transports e a./Commissione (Racc. pag. II-1201, punto 60).

43 — Sentenze DIP e a., citata, punto 26, e Almelo, citata, punto 42.

44 — Sentenze del Tribunale SIV e a./Commissione, citata, punto 360, e Compagnie maritimes belge transports e a./Commissione, citata, punto 67.

maggior parte delle imprese di un settore economico concreto e le decisioni di tali associazioni sarebbero in ogni caso censurabili ai sensi dell'art. 86. In tal modo si verificherebbe sistematicamente un «riciclaggio» degli elementi costitutivi di una violazione dell'art. 85, di fronte alla possibile applicazione dell'art. 86 mediante la nozione di posizione dominante collettiva.

posizione dominante collettiva nel mercato tale da giustificare l'applicazione dell'art. 86 alle loro pratiche commerciali uniformi.

*Sugli effetti della dichiarazione di incompatibilità delle NBU con gli artt. 85 e 86 sui contratti delle banche con i propri clienti*

A tale riguardo, ritengo vi sia una netta differenza tra il grado di integrazione esistente tra le imprese riunite in un'associazione professionale come l'ABI e le imprese che fanno parte di un consorzio di armatori. Queste ultime possono occupare una posizione dominante collettiva, come ha rilevato la giurisprudenza comunitaria<sup>45</sup>, poiché si presentano sul mercato come una sola ed unica entità nei confronti dei clienti. Al contrario, le imprese che appartengono ad un'associazione professionale non si presentano sul mercato come un'entità unica.

53. Con le questioni pregiudiziali seconda e quarta il Tribunale di Genova chiede che la Corte di giustizia stabilisca le conseguenze che una dichiarazione di incompatibilità con gli artt. 85 e/o 86 delle NBU, che si riferiscono ai contratti di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione omnibus può avere sui singoli contratti conclusi dalle banche con i propri clienti, in cui figurano le condizioni generali stabilite nelle NBU.

52. Pertanto, ritengo che le imprese che fanno parte di un'associazione professionale con le caratteristiche dell'ABI non occupino una

54. L'art. 85, n. 2, stabilisce la nullità ipso iure degli accordi o delle decisioni che violano il n. 1 del detto articolo. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, tale nullità riguarda l'accordo o la decisione di associazione di imprese nel suo complesso, qualora gli elementi che violano specificamente l'art. 85, n. 1, non siano separabili dall'insieme dell'accordo o della decisione. Inoltre, i giudici nazionali sono competenti a

<sup>45</sup> — Sentenze del Tribunale SIV e a., citata, punto 359, e Compagnie maritimes belges transports e a./Commissione, citata, punto 65.

dichiarare la nullità ai sensi dell'art. 85, n. 2<sup>46</sup>, dato che l'art. 85 è norma provvista di effetto diretto.

contratti di apertura di credito e di fideiussione omnibus, considerate in contrasto con l'art. 85, n. 1.

Per quanto riguarda le conseguenze della dichiarazione di nullità ipso iure, dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che «(...) esulano dal diritto comunitario le conseguenze della nullità ipso iure delle clausole contrattuali incompatibili con l'art. 85, n. 1, per tutti gli altri elementi dell'accordo o per le altre obbligazioni che ne derivano. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce del diritto nazionale da applicare, la portata e le conseguenze, per l'insieme dei rapporti contrattuali, dell'eventuale nullità di talune clausole contrattuali ai sensi dell'art. 85, n. 2. In base al diritto nazionale si deve accertare in particolare se detta incompatibilità possa avere la conseguenza di obbligare le parti contraenti a modificare il contenuto del contratto per evitarne la nullità (...)»<sup>47</sup>.

Tuttavia, la questione prospettata dal Tribunale di Genova è diversa. Infatti, tale giudice sottopone alla Corte la questione riguardante le conseguenze della nullità delle NBU dell'ABI sui contratti di apertura di credito e di fideiussione omnibus conclusi dalle banche con i propri clienti e che applicano le condizioni generali in contrasto con l'art. 85, n. 1.

56. Nonostante la diversità della questione, la citata giurisprudenza della Corte, come ha evidenziato la Commissione nelle sue osservazioni, consente una soluzione fondamentalmente coerente.

55. Secondo tale giurisprudenza, il giudice nazionale deve applicare il diritto interno per stabilire le conseguenze sull'intera decisione di associazione di imprese, come nel caso delle NBU dell'ABI, dell'applicazione dell'art. 85, n. 2, alle condizioni generali in materia di

Se è vero che le conseguenze della nullità di talune clausole di una decisione di associazione di imprese sugli altri elementi della decisione vengono stabilite dall'ordinamento nazionale, *a fortiori* le conseguenze di detta nullità sui contratti conclusi in applicazione di questa decisione devono determinarsi alla luce delle norme dell'ordinamento interno relative alla nullità dei contratti. A tal fine, saranno particolarmente rilevanti le norme interne che si riferiscono ai vizi del consenso e alla liceità dell'oggetto o della causa dei contratti.

46 — Sentenza 6 febbraio 1973, causa 48/72, Brasserie de Haecht (Racc. pag. 77, punto 4).

47 — Sentenze 18 dicembre 1986, causa 10/86, VAG France (Racc. pag. 4071, punti 14 e 15); 14 dicembre 1983, causa 319/82, Société de vente de ciments et bétons de l'Est (Racc. pag. 4173, punti 11 e 12), e Société technique minière, citata, pag. 337.

Il giudice nazionale non è obbligato a desumere automaticamente dalla nullità degli elementi della decisione di associazione di imprese, considerati nulli ai sensi dell'art. 85 n. 2, la nullità dei singoli contratti conclusi in applicazione della detta decisione. È possibile che altre sanzioni previste dall'ordinamento interno sui contratti, come l'annullabilità, l'impossibilità di opporre alcune loro clausole, il risarcimento del danno o la ripetizione dell'indebito, siano più idonee a risolvere il caso concreto.

57. Tale facoltà del giudice nazionale di applicare il suo diritto interno alla determinazione delle conseguenze sui singoli contratti individuali conclusi in base ad elementi di una decisione di associazione di imprese che violano l'art. 85 incontra un limite importante, che si evince dalla giurisprudenza generale della Corte di giustizia in materia di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei singoli stabiliti dalle norme comunitarie<sup>48</sup>. Tale giurisprudenza stabilisce l'equivalenza, sia sul piano processuale sia su quello sostanziale, tra la tutela dei diritti dei singoli danneggiati dalla violazione di una norma di diritto comunitario e la tutela conferita contro la lesione dei diritti dei singoli dovuta alla violazione di un'analogia norma di diritto interno.

Nei procedimenti a quibus, il diritto italiano detta una norma quasi identica all'art. 85.

48 — V., tra le altre, sentenze 17 luglio 1997, causa C-90/94, Haar Petroleum e a. (Racc. pag. I-4085, punto 46); 17 luglio 1997, causa C-242/95, GT-Link (Racc. pag. I-4449, punto 27); 27 febbraio 1997, causa C-177/95, Ebony Maritime e Loten Navigation (Racc. pag. I-1111, punto 35); 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame (Racc. pag. I-1029, punto 90), e 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck (Racc. pag. I-4599, punto 12).

Pertanto, le conseguenze sui singoli contratti tra banche e clienti della nullità di talune condizioni generali delle NBU dell'ABI per la violazione dell'art. 85 devono essere analoghe a quelle che si produrrebbero in caso di violazione della norma equivalente al detto articolo contenuta nella legge n. 287/90.

58. Le banche riunite nell'ABI, a mio avviso, non si trovano in una posizione dominante collettiva e, pertanto, ritengo che le NBU non violino l'art. 86. Ciononostante, qualora fosse rilevata tale violazione, le sue conseguenze sui singoli contratti tra banche e clienti conclusi in applicazione delle NBU saranno determinate mediante le norme di diritto interno<sup>49</sup>. Tale soluzione si impone con evidenza ancor maggiore in relazione all'art. 86, poiché questa norma non contiene alcuna previsione analoga all'art. 85, n. 2.

59. Di conseguenza, gli effetti dell'incompatibilità con l'art. 85 di condizioni generali, come quelle stabilite nelle NBU dell'ABI per i contratti di apertura di credito in conto corrente e di fidejussione omnibus, sui singoli contratti conclusi dalle banche con i clienti devono essere stabiliti dai giudici nazionali in conformità delle norme pertinenti dei loro ordinamenti interni.

49 — Sentenza 11 aprile 1989, causa 66/86, Ahmed Saeed Flu-graisen e a. (Racc. pag. 803, punto 45).

## Conclusione

60. Di conseguenza, propongo alla Corte di giustizia di risolvere le questioni pregiudiziali poste dal Tribunale di Genova come segue:

- «1) Condizioni generali, aventi le caratteristiche che si riscontrano nelle NBU dell'ABI, relative ai contratti di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione omnibus sono in contrasto con l'art. 85, n. 1.
- 2) Le imprese che fanno parte di un'associazione professionale con le caratteristiche dell'ABI non occupano una posizione dominante collettiva nel mercato tale da giustificare l'applicazione dell'art. 86 alle loro pratiche commerciali unificati.
- 3) Gli effetti dell'incompatibilità con l'art. 85 di condizioni generali, come quelle stabilite nelle NBU dall'ABI per i contratti di apertura di credito in conto corrente e di fideiussione omnibus, sui singoli contratti conclusi dalle banche con i clienti devono essere determinati dai giudici nazionali in conformità delle pertinenti norme dei loro ordinamenti interni».