

ATTUALITÀ

Fideiussioni omnibus e normativa antitrust: validi per la Procura della Cassazione i contratti “a valle”

26 Novembre 2021



Vittorio Pisapia, Partner, Fivelex Studio Legale e Tributario

> **Vittorio Pisapia**

Vittorio Pisapia è Socio fondatore e Partner di FiveLex Studio Legale e Tributario. Ha iniziato la sua attività professionale nel 1991 presso lo Studio Alpa-Galletto di Genova, collaborando col professor Guido Alpa e con l'avvocato Tomaso Galletto. L'attività professionale riguarda sia il settore del contenzioso (tanto in sede giudiziale che arbitrale) che la consulenza stragiudiziale, e ciò nell'ambito del diritto civile, bancario e creditizio, dell'intermediazione finanziaria, del diritto commerciale e fallimentare nonché del diritto immobiliare e degli appalti. In ambito arbitrale opera altresì in qualità di arbitro, anche su designazione delle camere arbitrali.

I. Premessa: la questione oggetto dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite e il principio di diritto indicato dalla Procura Generale della Corte di Cassazione.

1. - Com'è noto, con ordinanza del 30 aprile 2021 (udienza del 19 novembre 2020) n. 11486 il Presidente della Sezione I aveva rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte "per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite civili" in relazione alle (note) questioni relative alla sorte delle fideiussioni *omnibus* contenenti clausole conformi allo schema ABI del 2003, oggetto del provvedimento di Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, ossia: "**a**) se la coincidenza totale o parziale con le predette condizioni giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, **b**) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere, **c**) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione, e **d**) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto" (cfr. Cass., 30 aprile 2021, n. 11486).

2. - Lo scorso 23 novembre 2021 la Procura Generale della Corte di Cassazione ha depositato le proprie conclusioni e ha auspicato che le Sezioni Unite vogliano enunciare il seguente principio di diritto:

"dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito - previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa".

3. - Per un migliore inquadramento del tema, va ricordato, in sintesi, quanto segue:

a) con provvedimento del 2 maggio 2005 la Banca d'Italia aveva statuito che "gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI" nel 2003 "per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate, in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma, 2, lettera a), della legge n. 287/90"¹;

b) nella giurisprudenza di merito si sono delineati diversi orientamenti sulla sorte delle fideiussioni contenenti clausole conformi allo schema ABI: **(i)** secondo un primo orientamento, la mera coincidenza del testo delle fideiussioni allo schema ABI non implica di per sé nullità delle fideiussioni; **(ii)** secondo altro orientamento, la conformità allo schema ABI comporterebbe, a determinate condizioni, la nullità delle fideiussioni; **(iii)** in particolare: (iii/a) secondo un primo sotto-orientamento, si tratterebbe di nullità totale; (iii/b) secondo altro sotto-orientamento, la eventuale nullità sarebbe parziale, cioè riguarderebbe in ipotesi solo le clausole di cui allo schema ABI del 2003;

c) la pronuncia della Cassazione che si sono susseguite in argomento non sembrano aver definito le questioni relative alla validità o meno delle fideiussioni omnibus che contengano clausole conformi allo schema ABI² e, come ricordato, con l'ordinanza del 30 aprile 2021, la questione è

¹ L'art. 2 prevede che il fideiussore è tenuto "a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo".

L'art. 6 prevede che "i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato".

L'art. 8 dispone che, "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate".

² In particolare:

a) Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810 affronta un tema di diritto intertemporale, ossia, come precisato da Cass. 26 settembre 2019, 24044, "il peculiare tema della ricaduta degli effetti del provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005 sui contratti stipulati prima del maggio 2005" e, come evidenzia la pronuncia del 2019, "dalla motivazione di detta ordinanza non può farsi discendere, né si può affermare la qualificazione tout court delle 'Norme Bancarie

stata rimessa al Primo Presidente, "per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite civili".

II . La posizione espressa dalla Procura Generale.

1. - Come risulta dalle conclusioni sopra riportate, la posizione della Procura è nel senso che le fideiussioni stipulate a valle dell'intesa anticoncorrenziale non siano nulle.

A questa conclusione la Procura giunge sulla base del seguente ragionamento:

a) né la normativa nazionale (l. 287/1990 e art. 140 bis Codice del Consumo) né quella di matrice europeistica (Direttiva 2014/104/UE. Cfr. anche D. Lgs n. 33/2017) prevedono alcuna "nullità testuale" del contratto "a valle";

b) tale mancata previsione non rappresenta "una lacuna dell'ordinamento giuridico facilmente colmabile con il regime civilistico delle nullità negoziali";

c) infatti, da un lato, le norme che prevedono nullità devono essere interpretate "secondo il noto canone dell'interpretazione letterale (per la cui rilevanza, da ultimo, S.U. 9 settembre 2021, n.

Uniformi in materia di contratti di fideiussione' quali intese illecite, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative, né la nullità in toto del contratto di fideiussione di cui si discute" (Cass., 26 settembre 2019, 24044);

b) Cass. 26 settembre 2019, 24044, a sua volta, non entra in modo specifico nel merito della questione della nullità della fideiussione (se non nel senso che pare escludere la configurabilità di una nullità totale dell'intero negozio fideiussorio);

c) Cass., 22 maggio 2019 n. 13846 ha - dichiaratamente - affrontato la questione della rilevanza probatoria (non) attribuita nella specie dal giudice del merito al provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005; provvedimento che, come ricordato, aveva statuito che "gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate, in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma, 2, lettera a), della legge n. 287/90";

d) Cass., 19 febbraio 2020 n. 4175 è relativa a un giudizio nel quale la questione della nullità era stata sollevata per la prima volta in Cassazione e ha per oggetto: **i)** la questione, di natura processuale, del rilievo d'ufficio della nullità, sollevata per la prima volta in appello e in Cassazione, anche in relazione alle c.d. "nullità relative", cioè previste a tutela della parte più debole; **ii)** la questione, anch'essa processuale, degli effetti del rilievo della nullità nel giudizio davanti la Corte di Cassazione.

24413³”; con la conseguenza che la nullità di cui all’art. 2 l. 287/1990 può essere applicata “alle sole intese “a monte”; dall’altro lato, “i contratti fra la singola impresa (partecipante all’intesa vietata) ed il cliente sono comunque espressione dell’autonomia privata dei contraenti e l’avere inserito all’interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto “a valle” di una autonoma ragion di essere e della sua validità”;

d) neppure appare applicabile “la c.d. nullità derivata sotto la specie del collegamento negoziale perché difettano i presupposti della fattispecie in senso tecnico, non ricorrendo il comune intento delle parti di volere l’effetto tipico dei singoli negozi posti in essere ed il coordinamento tra gli stessi per la realizzazione del fine ulteriore ovvero quello della alterazione del mercato” (in particolare, “il consumatore finale non è parte dell’intesa anticoncorrenziale e stipula il contratto per un proprio interesse, in genere coincidente con il fine tipico dell’operazione posta in essere”³).

III. Segue. L’unica tutela esperibile dal cliente/fideiussore: l’azione di risarcimento.

1. La logica conseguenza del ragionamento è che “l’unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti ex art. 2 l. 287/1990 è quella risarcitoria da attuare sia nelle forme dell’iniziativa individuale (...), sia sotto forma di azione collettiva introdotta con l’entrata in vigore dell’art. 140 bis D.Lgs. 206/2005 la quale, non a caso, è espressamente limitata all’accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle

³ La Procura, conclude, che, quindi, “in sintesi: x.1) le clausole sono in sé valide per mancanza di una norma che ne prescrive la nullità (tanto è vero che, se fosse provato che la fideiussione è stata stipulata da due soggetti privati, non sarebbe possibile sostenerne l’invalidità) x.2) le clausole non viziano di per sé la causa complessiva del contratto “a valle” perché l’effetto anticoncorrenziale non è determinato dal contratto “a valle” e, quindi, non è predicabile nemmeno una causa illecita; x.3) le clausole non inficiano l’intero oggetto del contratto perché risulta evidente come permanga la distinzione tra oggetto dell’intesa e oggetto del contratto “a valle”; x.4) tra l’intesa ed il contratto a valle non vi è un rapporto di strumentalità necessaria, né un collegamento negoziale nel suo significato tecnico-giuridico perché, nel qual caso, sarebbe necessario ipotizzare che i contratti siano collegati e preordinati finalisticamente al raggiungimento di un unico e comune interesse illecito consistente per l’appunto nella alterazione del mercato. La negazione della nullità del contratto a valle si pone in coerenza con il principio di diritto dell’UE sulla impossibilità di estendere la regola della ‘nullità di pieno diritto’ delle intese anticoncorrenziali ai contratti “a valle”.

restituzioni’ ed a ristoro ‘del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali’ (art. 140 bis D.Lgs. 6.9.2005 n. 206)”.

Secondo la Procura, il fatto che può dar luogo a un’azione risarcitoria è “la privazione per il fideiussore della possibilità di contrattare a condizioni diverse di quelle predisposte in via unilaterale dagli istituti di credito”, ossia, in ipotesi, “a condizioni più onerose di quelle che avrebbe potuto ottenere su un mercato concorrenziale”.

2. In particolare, la Procura: **a)** inquadra questo ipotetico danno “nell’ambito della responsabilità precontrattuale derivante da un contratto validamente stipulato ma certamente a condizioni di minore convenienza per il fideiussore”; **b)** “in linea teorica, il risarcimento del danno dovrà essere commisurato “al minor vantaggio o al maggior aggravio economico”: si tratta di un danno che trae origine dal c.d. “scarto di convenienza” tra le condizioni del contratto stipulato in violazione delle regole di correttezza precontrattuale e le condizioni del contratto che il fideiussore avrebbe stipulato se non fosse intervenuta la limitazione imposta dal cartello tra le banche”; ciò, precisa la Procura, eventualmente anche sotto il profilo della perdita di chance.

3. In questo quadro, la possibilità che possa in concreto configurarsi un (serio) danno risarcibile a carico del fideiussore appare difficilmente configurabile; al riguardo è la stessa Procura che (riprendendo un’obiezione mossa alla soluzione proposta) dà atto che: **a)** “l’intesa non ha influito sulle condizioni economiche del contratto di fideiussione ma solo sul piano giuridico-contrattuale, non rendendo evidente e di immediata percezione il danno (economico) subito dal fideiussore”; **b)** “dall’agire in modo sleale non deriverebbe alcun danno emergente o lucro cessante, con la conseguenza che alcun risarcimento appare quantificabile a carico dell’impresa aderente al cartello”; il che – osserva la Procura – non vale “a minare le conclusioni giuridiche perché il meccanismo di tutela non è finalizzato a garantire l’astratta correttezza dei contratti ma a garantire che la violazione della disciplina della concorrenza non produca effetti economicamente pregiudizievoli ai consumatori, preservandoli dai danni (economici) direttamente conseguenti alla violazione delle norme antitrust”.

Se, dunque, tali effetti in concreto non si verificano, ciò vuol dire che non si è realizzato alcun

danno e il fideiussore non avrà diritto a promuovere alcuna azione; infatti *“gli eventuali danni derivanti da una contrattazione fideiussoria a valle non possono prescindere da una valutazione anche di stretta natura economica”* (cfr. Conclusioni).

IV. Considerazioni conclusive.

Il ragionamento seguito dalla Procura Generale appare corretto in quanto l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale *“a monte”*, se può dar luogo a condizioni contrattuali in ipotesi non favorevoli o meno favorevoli per il fideiussore non implica di per sé un danno economico.

Se le Sezioni Unite accoglieranno il ragionamento della Procura, le azioni aventi per oggetto le fideiussioni ABI potranno, in concreto, svuotarsi di concreta rilevanza economica anche laddove sia proposta una domanda risarcitoria.

Infatti, per il fideiussore, far valere l'eventuale violazione della normativa *antitrust* può avere senso nella misura in cui ciò impedisca alla banca beneficiaria di escutere la fideiussione (il che può avvenire soltanto ove si dimostri che la fideiussione sia nulla o comunque estinta) ovvero consenta al garante di ottenere quanto pagato in esecuzione di una fideiussione in ipotesi, in tutto o in parte, nulla.

Qualora, invece, il fideiussore possa agire soltanto per il risarcimento del danno, quand'anche il danno venisse provato: **a)** da un lato, ciò non farebbe venir meno l'obbligazione fideiussoria, e **b)** dall'altro lato, tale danno dovrebbe comunque essere commisurato soltanto, in linea di massima, al *“maggior aggravio economico derivante dall'operazione complessiva”*, ovvero alle migliori *“condizioni del contratto che il fideiussore avrebbe stipulato se non fosse intervenuta la limitazione imposta dal cartello tra le banche”* (cfr. Conclusioni).

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

Scopri il nuovo
[▶ dirittobancario.it](https://www.dirittobancario.it)