

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 26 - dicembre 2022

FIDEIUSSIONI *OMNIBUS* E INTESA *ANTITRUST*: SCHEMI UNIFORMI E PRASSI DEL GARANTIRE

Giovanni Stella

FIDEIUSSIONI OMNIBUS E INTESA ANTITRUST: SCHEMI UNIFORMI E PRASSI DEL GARANTIRE[°]

Giovanni Stella

*Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Pavia*

Il presente scritto, nell'ambito dell'ampio tema delle fideiussioni omnibus frutto di un'intesa antitrust, si sofferma sullo schema contrattuale di garanzia predisposto dall'ABI nel 2002 e oggetto della recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021.

Si esaminano innanzitutto le caratteristiche di tale modello che, in quanto applicato in modo standard e uniforme da quasi tutte le banche nei singoli contratti con i fideiussori, si è posto in conflitto con la legge antitrust.

Sono poi analizzate le clausole dello schema ABI dichiarate illecite dall'Autorità Amministrativa perché anticoncorrenziali e le ragioni della dichiarazione di illiceità.

Si valutano, infine, le prospettive di modifica delle clausole dichiarate anticoncorrenziali, e successivamente nulle da Cass., S.U., 41994/2021, tenendo presente che le stesse sono state invece ritenute valide nella giurisprudenza di legittimità con riferimento al singolo contratto di fideiussione in sé considerato, al di fuori della prospettiva del diritto antitrust e quindi dal punto di vista strettamente civilistico.

In the context of the wide topic regarding the omnibus personal guarantees which are the outcome of an agreement in violation of the fair competition, the essay deals with the contractual scheme provided by the ABI (Italian Banking Association) in 2002 and subject to the recent judgement of the Joint Sections of the Court of Cassation n. 41994/2021.

First, the paper examines the features of the model which, applied in a standard and uniform manner by almost all the banking institutions in each of the agreements with the subjects providing the personal guarantee, is in conflict with the antitrust regulation.

Then, the provisions of the ABI scheme declared illicit by the Administrative Authority as anti-competitive, along with the reasons leading to the declaration of violation of the fair competition, are analysed.

In conclusion, the horizons of amendment of such clauses, which were declared anti-competitive and, further, null by the Court of Cassation in its judgement n. 41994/2021, are evaluated. For this purpose, it has to be taken into consideration that those clauses were deemed valid by the case law of the same court with regard to the single contract of personal guarantee, excluding the antitrust perspective to focus only on the Private Law point of view.

Sommario:

1. Lo schema contrattuale predisposto dall'ABI relativo alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie: il conflitto con la legge *antitrust*
2. Le clausole dello schema ABI dichiarate illecite perché anticoncorrenziali e le ragioni della dichiarazione di illiceità
3. La validità sotto il profilo strettamente civilistico delle clausole dichiarate anticoncorrenziali

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Lo schema contrattuale predisposto dall'ABI relativo alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie: il conflitto con la legge *antitrust*

Il titolo del mio intervento, «*Schemi uniformi e prassi del garantire*» (in relazione al problema delle fideiussioni *omnibus* e dell'intesa *antitrust*), nasce dalla considerazione che il tema generale del convegno, ossia le fideiussioni conformi a un modello ABI dichiarato in parte illecito dall'autorità *antitrust*, prende le mosse da uno schema contrattuale predisposto dall'ABI nel lontano 2002 e relativo alla fideiussione a garanzia di operazioni bancarie.

L'ABI, come noto, è un'associazione di imprese bancarie senza scopo di lucro, per statuto deputata alla tutela degli interessi delle banche associate, che sono poi pressoché la totalità delle banche italiane¹. Al fine di perseguire il suo fine istituzionale, l'ABI in passato predispondeva schemi contrattuali standard che le banche potevano utilizzare nelle varie operazioni con la clientela.

Tali schemi contrattuali - qualificati come norme bancarie uniformi (cosiddette NUB) - soprattutto originariamente, regolavano gli interessi fra le parti nelle operazioni bancarie in modo fortemente squilibrato a favore delle banche, salvaguardando in via di priorità le esigenze imprenditoriali di ciascuna banca e, di riflesso del sistema creditizio nel suo complesso, venendosi così a creare una sorta di "ipertutela" di questo sistema creditizio².

Si rammenta che gli schemi ABI, sia oggi (nella misura in cui vengano ancora utilizzati) sia all'epoca in cui è stato predisposto il modello del 2002 di cui discutiamo, costituiscono delle semplici tracce, senza un valore vincolante e obbligatorio per le banche aderenti, che sono assolutamente libere di decidere se valersi o meno dello schema e apportare tutte le modifiche ritenute opportune. Tra l'altro, facendo adesso una piccola incursione nel tema centrale del convegno, proprio la non vincolatività dello schema ABI per la singola banca potrebbe indurre a ritenere che un singolo contratto fra banca e fideiussore che riproduca le clausole dello schema ABI - dichiarate illecite dall'autorità *antitrust* nel 2005³ - non dovrebbe, per ciò solo, automaticamente considerarsi frutto di un'intesa anticoncorrenziale e quindi nullo parzialmente⁴. Si potrebbe infatti osservare che, anche se le clausole del singolo

¹ Banca d'Italia, Provvedimento n. 236/A del 8 novembre 2003-ABI: condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie.

² CAVALLI, voce *Norme Bancarie Uniformi ed accordi interbancari*, in *Dig. comm.*, vol. X, Torino, 1994, 267.

³ All'epoca in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra istituti creditizi. V. Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 - "ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie".

⁴ La nullità parziale dei contratti di fideiussione che riproducono le clausole dello schema ABI dichiarate illecite dall'Autorità Garante della concorrenza è l'esito a cui è pervenuta recentemente Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, pubblicata, tra l'altro, in *Pactum (online)*, 24 febbraio 2022, con nota di MOLINARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 309, con nota di MAISANO. Sul punto rinvio anche a STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, in *Pactum*, 2022, n. 3, 453 ss.

contratto siano identiche a quelle dello schema dichiarate illecite dall'autorità *antitrust*, la loro concreta utilizzazione è pur sempre frutto di una scelta autonoma, non imposta, della singola banca (che, appunto, non è affatto obbligata ad applicare lo schema ABI) e questo sarebbe sufficiente per escludere che le clausole inserite nei singoli contratti siano frutto dell'intesa *antitrust* di cui allo schema ABI. Invero, nelle decisioni giurisprudenziali più recenti⁵ quest'assunto non è stato recepito, ritenendosi anzi che proprio l'identità delle clausole del singolo contratto con quelle dello schema dichiarate illecite di fatto faccia presumere che esse siano frutto dell'intesa anti concorrenziale a monte; ciò anche considerando che l'ABI, dopo che l'autorità *antitrust* aveva dichiarato illecito in parte lo schema, aveva suggerito alle banche di eliminare dallo stesso le clausole dichiarate anticoncorrenziali per violazione della legge *antitrust*⁶.

Tornando ora specificamente allo schema ABI oggetto di discussione, si tratta di un modello contrattuale, come dicevo, predisposto dall'Associazione una ventina d'anni fa, relativo alla ben nota fideiussione *omnibus* (ossia "*omnibus debitis*", per tutti i debiti presenti e futuri che può avere il cliente nell'ambito delle operazioni bancarie con l'istituto di credito).

È uno schema con due caratteristiche fondamentali: innanzitutto è stato predisposto unilateralmente dall'ABI, ovviamente senza trattativa e contrattazione con i fideiussori (anche se sono state consultate nel corso degli anni alcune associazioni di consumatori), contenendo, da un punto di vista tecnico, condizioni generali di contratto. Il carattere tipicamente di massa delle operazioni bancarie ha sempre comportato la tendenza delle banche, in questo caso tramite l'ABI, a standardizzare il regolamento contrattuale della propria attività, appunto tramite clausole identiche per tutte le operazioni del medesimo tipo e predisponendo a tal fine condizioni generali di contratto⁷. Nel corso degli anni l'ABI ha elaborato e via via aggiornato schemi standard di contratto per quasi tutti i tipi di operazioni bancarie; in tema di garanzie, sono stati predisposti schemi per le operazioni su pegno e sulla fideiussione, in quest'ultimo caso, però, solo sulle fideiussioni attive ricevute dalle banche, come appunto la fideiussione *omnibus*, non già sulle fideiussioni passive date dalle banche, ossia quelle fideiussioni bancarie qualificabili sostanzialmente come

⁵ Cfr., in particolare, Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. giur.*, 2020, 460 ss., con nota di RUGGIERI, in motivazione: «Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita...Ciò che andava accertata, pertanto, non era la diffusione di un modulo ABI da cui non fossero state espunte le nominate clausole, quanto la coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva ...».

⁶ V. Comunicazione ABI alla Banca d'Italia del 8 luglio 2005.

⁷ L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, in AA.VV., *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari e clientela*, Roma, 1997, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 49, marzo 1999, 49.

garanzie autonome⁸.

La seconda caratteristica dello schema ABI - che è quella che ci interessa di più ai fini delle considerazioni nel presente scritto - è che tale modello standard sulla fideiussione, sebbene come detto non vincolante, è stato di fatto adottato dalla maggior parte delle banche nei loro rapporti coi clienti e quindi è diventato un modello cosiddetto uniforme, ossia applicato in modo generalizzato e diffuso da quasi tutte le banche nei singoli contratti con i fideiussori.

Lo schema contrattuale applicato dal 2002-2003 con un contenuto identico in tutti i singoli contratti fra banche e fideiussori è venuto ben presto a porre un problema di possibile conflitto con la legge *antitrust* a tutela della libertà di concorrenza. Infatti, tendenzialmente le condizioni contrattuali adottate in modo uniforme in tutti i singoli rapporti limitano la libertà contrattuale delle parti, innanzitutto, nel nostro caso, la libertà del fideiussore di pattuire condizioni diverse; ma a ben vedere tramite lo schema ABI viene autolimitata anche l'autonomia negoziale delle stesse banche nella disciplina delle operazioni con la clientela. In sostanza, dettando regole in materia di fideiussione *omnibus* applicate in modo uniforme, l'ABI è venuta a sostituirsi all'autonomia contrattuale delle parti, impedendo quell'efficace forma di concorrenza che è proprio la differenziazione dell'offerta del servizio da parte delle singole banche.

Per questi motivi nel 2005 la Banca d'Italia, all'epoca in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra banche, aveva stabilito che alcune clausole di quello schema ABI (artt. 2, 6 e 8), in quanto applicate in modo uniforme, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza, vietata, ai sensi dell'art. 2, della l. *antitrust* n. 287/1990 e ha quindi dichiarato illecite tali clausole perché anticoncorrenziali.

2. Le clausole dello schema ABI dichiarate illecite perché anticoncorrenziali e le ragioni della dichiarazione di illiceità

Premetto che lo schema ABI sulla fideiussione *omnibus* si compone di tredici articoli, che disciplinano l'oggetto della garanzia *omnibus* che ho sopra sinteticamente indicato, con la previsione dell'inserimento di un tetto massimo garantito (art. 1); poi la maggior parte degli articoli sono incentrati sugli obblighi del fideiussore (artt. 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 10), e in minor misura gli obblighi e sulle facoltà della banca (artt. 5, 9, 11 e 12)⁹. Le clausole dichiarate illecite dall'autorità *antitrust* sono solo tre delle

⁸ Come osserva L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, cit., 52, gli schemi ABI hanno quindi costituito davvero un *unicum* nel panorama italiano, ove nessun'altra associazione imprenditoriale di categoria ha mai predisposto con tale sistematicità e organicità dei modelli di contratto standardizzati.

Per un'indagine approfondita sulla predisposizione di norme bancarie uniformi da parte dell'ABI in materia di garanzie personali v. RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 576 ss.

⁹ L'art. 13, non rilevante in questa sede, individua le clausole ritenute non applicabili alla fideiussione prestata da un soggetto che rivesta la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 1469-bis, c. 2, c.c. a favore

tre dici clausole che complessivamente formano il contratto.

Si tratta dell'art. 2 (cosiddetta clausola di reviviscenza della fideiussione¹⁰): se il debitore principale paga il suo debito l'obbligazione si estingue e con essa la fideiussione, ma se poi il pagamento del debitore principale viene dichiarato inefficace, ad esempio in seguito a revocatoria fallimentare, la fideiussione rinasce, torna ad essere operativa per garantire alla banca la restituzione delle somme ancora dovute.

Viene in considerazione, poi, la clausola con maggiore applicazione pratica, l'art. 6 (cosiddetta clausola di deroga all'art. 1957 c.c.¹¹) che modifica a favore della banca il principio normativo secondo cui dal momento della scadenza dell'obbligazione principale il creditore deve agire giudizialmente entro 6 mesi contro il debitore o il fideiussore altrimenti il fideiussore è liberato (per scadenza dell'obbligazione si intende, ad esempio, il momento della comunicazione di revoca dell'apertura di credito o della chiusura del conto corrente). Con questa clausola si afferma in sostanza che la banca è esonerata dal rispetto dei termini previsti dall'art. 1957 c.c.

Infine altra disposizione contrattuale dichiarata illecita è l'art. 8 (cosiddetta clausola di sopravvivenza) che forse è quella di più difficile interpretazione, anche se di scarsa applicazione pratica: «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate». La clausola trova la sua giustificazione nel fatto che di solito nei casi di finanziamento, contestualmente alla stipula del contratto, il capitale viene immediatamente erogato e quindi se poi, per un qualche motivo, viene dichiarato nullo il contratto di finanziamento, il debitore deve restituire la somma ricevuta in esecuzione del contratto nullo: la fideiussione garantisce allora al creditore tale restituzione (si tratta di ipotesi non molto frequente perché si applica nei casi in cui venga dichiarato nullo il contratto principale di erogazione del capitale).

Esorbitando per un momento dal tenore introduttivo del mio intervento e proiettandomi nel problema cruciale del tipo di nullità di queste tre clausole conformi a quelle dichiarate illecite dall'Autorità *antitrust*, a mio avviso esse sono palesemente accessorie, collaterali e secondarie nel contesto della struttura della fideiussione *omnibus*; non sono cioè delle clausole essenziali, senza le quali la garanzia *omnibus* perderebbe la sua utilità e funzione di protezione del credito. Non trattandosi di clausole essenziali, la nullità conseguente all'anti-concorrenzialità rimane parziale ai sensi dell'art. 1424 c.c. e non si estende all'intero contratto (ovviamente il riferimento è al singolo contratto «a valle» che riproduce lo schema ABI)¹². A conferma che non

di un soggetto che presenti la medesima qualità.

¹⁰ «Il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni pagate dal debitore e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

¹¹ «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 c.c., che si intende derogato».

¹² Come enunciato da Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

si tratti di clausole essenziali depone il fatto che tali clausole costituiscono delle deroghe alla disciplina codicistica, e quindi in loro assenza si applicherebbe il regime normativo legale: ad esempio, in assenza della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. si applicherebbe questa norma, così come si applicherebbe l'art. 1939 c.c. ipotizzando la nullità della clausola di sopravvivenza. In tema di fideiussioni *omnibus*, una clausola essenziale sarebbe ad esempio, quella relativa alla fissazione di un tetto massimo garantito *ex art.* 1938 c.c., perché in tal caso la clausola riguarda l'oggetto del contratto e quindi un elemento essenziale; oppure altra clausola essenziale, come vedremo, è la clausola di pagamento a prima richiesta.

Consideriamo adesso le ragioni per cui l'Autorità Garante ha considerato restrittive della libertà di concorrenza queste tre clausole dello schema ABI e non altre clausole dello stesso schema.

Va premesso che lo schema uniforme ABI sulla fideiussione rientra, in linea di principio, come tipologia di atto, nell'ambito di applicazione del divieto delle intese anti concorrenziali di cui all'art. 2 della legge *antitrust* a tutela della concorrenza e del mercato. L'art. 2 stabilisce infatti che sono vietate e quindi nulle ad ogni effetto le intese fra imprese che impediscono o restringono la libertà di concorrenza, non solo tramite la fissazione di prezzi di acquisto o di vendita, ma anche tramite la fissazione di altre condizioni contrattuali. Nel nostro caso lo schema ABI è proprio un'intesa fra imprese bancarie (nel linguaggio del diritto *antitrust* si direbbe un'intesa orizzontale ossia un accordo fra imprese che si trovano al medesimo livello della catena di distribuzione di servizi) e le clausole in questione, in quanto fissano condizioni contrattuali applicate in modo uniforme, possono appunto limitare la libertà di concorrenza. Infatti la concorrenza fra imprenditori si articola sia sulle condizioni economiche, ma anche sulle condizioni puramente contrattuali del negozio: tra i diversi fattori che incidono sulla possibilità di scelta del cliente vi sono, oltre il prezzo, le modalità negoziali con cui il servizio viene offerto¹³.

La qualificazione dello schema ABI come intesa fra imprese ha importanti effetti sul piano del profilo soggettivo dell'illecito *antitrust*, perché tale illecito viene imputato all'ABI e quest'ultima viene chiamata a risponderne anziché (anche) le banche associate; inoltre è l'ABI la destinataria delle decisioni della Autorità Garante che non sono direttamente vincolanti nei confronti delle aziende di credito ad essa associate¹⁴. Ciò rileva per spiegare perché, a un certo punto, nonostante l'Autorità *antitrust* avesse dichiarato anticoncorrenziali alcune clausole dello schema ABI, le singole banche abbiano continuato ad applicare queste clausole nei loro contratti coi fideiussori.

Quindi nessun dubbio sul fatto che lo schema ABI uniforme sulla fideiussione *omnibus* come tipologia di atto rientri tendenzialmente nell'ambito dell'art. 2 l. n. 287/1990 che prevede che le intese di questa natura possono essere vietate se impeditive e limitative della libertà di concorrenza e che *«le intese vietate sono nulle*

¹³ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 55.

¹⁴ L.C. UBERTAZZI, *Ancora su norme bancarie uniformi e diritto antitrust*, cit., p. 55.

ad ogni effetto». Inciso quest'ultimo che, tra l'altro, ha fatto tanto discutere fra gli interpreti, perché secondo alcuni sarebbe un pleonasma senza alcun riferimento ai contratti «a valle»¹⁵; secondo l'interpretazione delle Sezioni Unite, invece, la locuzione per cui le intese sono nulle «ad ogni effetto» avrebbe un'elasticità e ampiezza tale da comprendere nella nullità anche i contratti a valle in quanto, appunto, effetto delle intese a monte¹⁶.

Va però precisato che queste tre clausole sono state dichiarate anticoncorrenziali non semplicemente per il fatto di essere applicate in modo uniforme (anche perché in tal caso tutte le clausole dello schema ABI avrebbero dovuto essere dichiarate anticoncorrenziali, o comunque almeno altre clausole che prevedono obblighi a carico del fideiussore). Le ragioni sono un po' più sottili e trovano la loro spiegazione in profili attinenti sia alla disciplina *antitrust* sia al diritto civile. Ciò che non deve sorprendere, perché uno dei motivi della notevole complessità del tema oggetto di questo convegno è proprio che esso si pone singolarmente al confine fra diritto *antitrust* (quindi diritto amministrativo-industriale) e diritto civile, trattandosi di valutare da un lato la possibile nullità delle intese a monte fra imprese in violazione della legge n. 287/1990, ciò che riguarda il diritto *antitrust*, da altro lato la nullità a valle dei singoli contratti (fra un'impresa partecipante all'intesa e il consumatore) che riproducono le intese anticoncorrenziali a monte, ciò che riguarda anche il diritto civile, e non è facile seguire e conciliare le logiche del diritto *antitrust* e del diritto civile.

Ma, ci si chiedeva, perché lo schema ABI è stato dichiarato anticoncorrenziale solo in parte e non nel suo complesso dato il suo carattere uniforme? Innanzitutto, va tenuto presente che per il diritto *antitrust* non basta che un accordo fra imprese sia genericamente restrittivo della libertà di concorrenza per sancirne automaticamente l'illiceità sotto il profilo della violazione di tale disciplina. È sempre riconosciuto all'autorità amministrativa un certo margine di discrezionalità e flessibilità nello stabilire quali accordi limitativi della libertà di concorrenza vanno vietati. Si applica una sorta di regola di ragionevolezza (si parla infatti di *rule of reason*)¹⁷ che consentirebbe all'autorità amministrativa di verificare caso per caso se la violazione della libertà concorrenza derivante da una certa intesa, sia effettivamente grave e ingiustificabile, e quindi l'Autorità può escludere l'illiceità per le limitazioni ritenute socialmente ed economicamente accettabili oppure quando gli effetti negativi sulla concorrenza siano compensati da altri effetti positivi sulla competitività del mercato.

¹⁵ Cfr. Trib. Treviso, 26 luglio 2019, n. 1623.

¹⁶ Invero, l'art. 2 l. antitrust secondo cui «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto» ricalca sostanzialmente, pur con la variazione letterale, l'art. 101 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea («le intese vietate sono nulle di pieno diritto»). Se si considera che le Sezioni Unite danno atto pacificamente che la normativa europea non avrebbe preso posizione sulla sorte dei contratti «a valle» (v. motivazione Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, § 2.14.1.), ne deriva una certa debolezza dell'affermazione delle medesime secondo cui la norma nazionale, nella sua formulazione relativa alla nullità delle intese «a ogni effetto», comprenderebbe la nullità dei contratti «a valle».

¹⁷ Di VIA, *Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 289 ss.

A quest'ultimo proposito, la stessa Banca d'Italia nel provvedimento del 2005 sottolinea, da un punto di vista generale, che l'uniformità delle clausole contrattuali limita la libertà contrattuale, ma può avere anche effetti positivi sul piano concorrenziale; ad esempio, se un medesimo prodotto o servizio è offerto dalle imprese tramite contratti con un contenuto identico sotto il profilo delle condizioni contrattuali, ciò consente al consumatore di valutare agevolmente quale è l'impresa che offre il prezzo più vantaggioso e quindi l'uniformità favorisce il confronto sulle condizioni economiche¹⁸. E' vero che quest'ultimo argomento non si attaglia propriamente alla fideiussione, che notoriamente non ha un costo né per il debitore principale né per il creditore, ma vale comunque a spiegare la circostanza di un certo margine di discrezionalità per l'autorità amministrativa nel valutare quali intese o clausole di intese siano anticoncorrenziali; in ultima analisi, dà ragione del perché l'autorità abbia dichiarato restrittive della concorrenza certe clausole dello schema ABI e non altre, evidentemente ritenute economicamente o socialmente giustificate per quanto limitative della libertà di concorrenza.

Ciò premesso, sono due le motivazioni fondamentali - concernenti anche profili civilistici - che hanno indotto l'autorità garante a considerare anticoncorrenziali le tre clausole che ho descritto: in primo luogo queste clausole impongono al fideiussore degli oneri e degli obblighi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal codice, rendendo più gravosa la posizione del fideiussore rispetto alle norme del codice. Ad esempio, è chiaro che la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. rende più gravosa la posizione del fideiussore: per questa norma il creditore deve agire entro 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, mentre per effetto della deroga la banca può proporre l'azione entro un termine molto più lungo, coincidente con la prescrizione decennale, per cui il fideiussore resta esposto per un tempo più ampio all'azione del creditore, con conseguenti riflessi negativi sulla possibilità dell'azione di regresso.

Inoltre, e questo sembra essere davvero un elemento decisivo nella valutazione di anti-concorrenzialità, tali clausole, sempre secondo l'autorità garante, prevedono degli oneri aggiuntivi a carico del fideiussore senza un'adeguata giustificazione, ossia senza che vi sia un corrispondente interesse delle banche meritevole di tutela, in assenza quindi di un contemperamento equilibrato degli interessi delle parti¹⁹. L'applicazione uniforme delle suddette clausole impedisce ai fideiussori di pattuire sul punto condizioni contrattuali migliori nel senso di condizioni più eque ed è questa circostanza che determina davvero l'anti-concorrenzialità delle clausole. In proposito è a mio avviso significativo il passaggio del Provvedimento della Banca d'Italia in cui si sottolinea che l'adozione generalizzata da parte di tutte le banche di queste tre clausole determina effetti anticoncorrenziali perché comporta «un'uniformità in senso ingiustificatamente sfavorevole» per i fideiussori e impedisce la contrattazione di

¹⁸ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 54.

Cfr. sul punto e su alcuni vantaggi dell'uniformità contrattuale, evidenziati anche dalla Banca d'Italia, RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, cit., 577 ss., in particolare 582.

¹⁹ Su questi aspetti, cfr. nel dettaglio §§ 84-86 del citato Provvedimento della Banca d'Italia n. 55.

condizioni migliori²⁰.

Nello schema ABI ci sono altre clausole uniformi che prevedono oneri a carico del fideiussore non previsti dal codice civile, ma che non sono state dichiarate anticoncorrenziali perché ritenute dotate di un'adeguata giustificazione ossia volte a soddisfare un interesse della banca meritevole di tutela. Un esempio eclatante è la clausola di pagamento «a prima richiesta», inserita nello schema ABI (cfr. art. 7 dello schema: «il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio»). Non mi soffermo ovviamente, in questa sede, sui delicati contrasti interpretativi relativi a questa clausola, mi limito a osservare che, secondo una diffusa interpretazione, in base ad essa il fideiussore non potrebbe opporsi al pagamento immediato di quanto domandato dalla banca, ma potrebbe sollevare eccezioni relative al contratto principale dopo avere effettuato il pagamento (secondo il modello della clausola cosiddetta «*solve et repete*» ex art. 1462 c.c.), al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca che, in quanto soggetto solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione. La clausola «a prima richiesta» è da anni presente in tutti i contratti di fideiussione, è adottata in modo uniforme e generalizzato da tutte le banche ed è sicuramente penalizzante per fideiussore. Non è stata però giudicata anticoncorrenziale perché, consentendo alla banca di pretendere il pagamento dal garante immediatamente (senza dover affrontare il giudizio o comunque senza dover attendere l'esito del giudizio), viene a soddisfare un'esigenza ritenuta fondamentale di tutela del credito bancario; dalla prassi emerge infatti che senza la clausola a prima richiesta la fideiussione non verrebbe accettata dalla banca e non verrebbe quindi concesso il finanziamento, in sostanza la clausola risulta assolutamente funzionale e necessaria a garantire l'accesso al credito bancario²¹. Ciò a differenza delle altre tre clausole cui sopra, che - come abbiamo visto - prevedono oneri ingiustificati a carico del fideiussore, ma non sono considerate funzionali e necessarie per garantire l'accesso al credito bancario (e anche per questa ragione non possono ritenersi essenziali ai fini del giudizio di estensione della nullità parziale). Tali clausole, infatti, avrebbero semplicemente lo scopo precipuo di addossare al fideiussore conseguenze negative di vicende giuridiche (quali gli effetti di una revocatoria del pagamento) che la banca potrebbe assumere su di sé.

Per questi motivi l'Autorità Garante *antitrust* ha disposto che le tre clausole di cui ho trattato, «nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono lesive della concorrenza in contrasto con l'articolo 2, c. 2, lettera a), della l. n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza».

²⁰ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 80.

²¹ Banca d'Italia, Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, cit., § 95.

3. La validità sotto il profilo strettamente civilistico delle clausole dichiarate anticoncorrenziali

Come osservano anche le Sezioni Unite²², le tre clausole in questione di deroga al codice civile in questione sono sempre state ritenute valide nella giurisprudenza di legittimità con riferimento al singolo contratto di fideiussione in sé considerato, al di fuori della prospettiva del diritto *antitrust* e quindi dal punto di vista strettamente civilistico. Nell'ottica del diritto concorrenziale, invece, sono vietate le clausole di deroga al codice civile applicate in modo uniforme, in una pluralità di contratti di fideiussione, con un contenuto identico a quello di cui allo schema ABI, perché ciò fa presumere che essi siano frutto dell'intesa a monte dichiarata anticoncorrenziale dall'autorità *antitrust*.

Da ciò consegue che le banche, per i futuri singoli contratti o anche per quelli in corso (chiamando naturalmente il fideiussore a una nuova firma), potrebbero modificare il contenuto di queste clausole in modo tale da un lato da far venir meno la coincidenza con lo schema ABI e da altro lato da salvaguardare il più possibile la sostanza delle clausole che, come detto, è legittima da un punto di vista civilistico. Ad esempio, con riferimento alla clausola di deroga all'art. 1957 c.c., che è poi la clausola più importante dal punto di vista pratico, mi sembra sostanzialmente ammissibile la recente modifica introdotta in alcuni schemi bancari nella parte in cui prevede che l'istituto di credito deve agire entro 36 mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale nei confronti del debitore o del fideiussore per conservare la garanzia²³. Tale modifica distacca il contenuto della clausola dallo schema ABI, facendo venir meno la presunzione che essa sia frutto dell'intesa anticoncorrenziale, e nello stesso tempo tutela l'interesse della banca ad avere a disposizione per l'azione giudiziale un termine più lungo di quello - obiettivamente breve, almeno nella prassi di un istituto di credito - dei 6 mesi previsto dalla norma.

²² Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit.

²³ Preciso, però, che se può risultare per i motivi esposti nel testo di per sé lecita, anche sotto il profilo anticoncorrenziale, una clausola che preveda in deroga all'art. 1957 c.c. un termine più ampio (ad esempio, 36 mesi) per l'azione in giudizio contro il debitore principale (o contro il fideiussore), desta qualche perplessità, nel suo complesso, la clausola adottata in alcuni recenti schemi bancari di fideiussione *omnibus* secondo cui «I diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore e il termine entro il quale agire per l'adempimento, in deroga a quanto previsto dall'art. 1957 Cod. Civ., si stabilisce in 36 mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita».

Posto che nella prima parte di siffatta clausola si afferma che «I diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore» (ossia la fideiussione resta efficace sino a quando il debito principale non sia stato completamente pagato), a me pare che la seconda parte secondo cui il creditore decade dalla garanzia se non agisce per l'adempimento «... entro 36 mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita», sia in contraddizione appunto con quella prima parte. L'intrinseca contraddittorietà della clausola e, comunque, il carattere ingiustificatamente oneroso per il fideiussore della sua prima parte (frutto dell'intesa anticoncorrenziale delle banche), inducono a ritenere che la modifica della previsione di deroga in tali termini non sia sufficiente per sottrarla alla declaratoria di nullità.