



GIUSTIZIA INSIEME

ISBN

978-88-548-2217-7

ISSN:

2036-5993

Registrazione: 18/09/2009 n.313 presso il Tribunale di Roma

Diritto dell'emergenza Covid 19, n. 897 - 24 Marzo 2020

Esiste la nullità derivata? La complessa questione della nullità delle fideiussioni omnibus conformi allo schema Abi.

di Ginevra Iacobelli

E' questione che sta animando la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, quella della sorte del contratto di fideiussione omnibus conforme al modello predisposto dall'ABI contenente, secondo la Banca d'Italia, disposizioni in contrasto con l'art. 2 co. 2 lett. a L. 287/90 in quanto lesive della concorrenza. A fronte di orientamento granitico che, riconducendo l'intesa ad un comportamento, rileva la violazione di una norma di comportamento che legittima il risarcimento del danno, si fa sempre più insistente l'idea che vuole affetto da nullità il contratto di fideiussione che ricalca il modello ABI.

SOMMARIO: 1. I rapporti tra intesa anticoncorrenziale accertata e sanzionata e contratti a valle che danno attuazione a quell'intesa.- 2. La discussa questione del contratto di fideiussione omnibus che ricalca il modello predisposto dall'ABI.

1. I rapporti tra intesa anticoncorrenziale accertata e sanzionata e contratti a valle che danno attuazione a quell'intesa.

È noto che il legislatore interno con la Legge 287/90 recante “ Norme per la tutela della concorrenza e del mercato” ha individuato e disciplinato due principali forme di violazione della concorrenza che, a loro volta, si traducono in una alterazione del mercato.

Esse sono le intese restrittive della concorrenza(art. 2 l. 287/90) e l'abuso di posizione dominante (art. 3 l.287/90).

Le dette disposizioni hanno lo scopo di impedire che le imprese, singolarmente o congiuntamente, pregiudichino la regolare competizione economica mediante intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante e concentrazioni idonee a restringere o falsare in maniera consistente il mercato nazionale.

In particolare, l'art. 2, co. 3 della legge specifica che “le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”.

Tuttavia, nulla viene detto dalla legislazione nazionale circa le conseguenze civilistiche che la violazione del diritto antitrust riverbera sugli atti negoziali conclusi a valle dai terzi con le imprese colluse .

Ciò ha indotto la dottrina a domandarsi se tale assenza possa considerarsi una scelta consapevole del legislatore, volta di fatto ad evitare che le conseguenze negative della intesa anticoncorrenziale si estendano anche al rapporto contrattuale sottostante, o se, invece, non si tratti di alcuna lacuna posto che il problema dell'eventuale alterazione della concorrenza, realizzata in conseguenza delle intese restrittive, può agevolmente risolversi facendo ricorso agli strumenti civilistici in materia di invalidità negoziale di cui all'art. 1418 c.c.

Già in dottrina, ancor prima che in giurisprudenza, sulla questione si sono sviluppate diverse tesi che producono, a tutti gli effetti, soluzioni differenti.

Le varie teorie possono essere distinte secondo una massima linea di *discrimen*: secondo alcuni la violazione del diritto antitrust comporta quale conseguenza diretta la nullità del contratto; altro orientamento, invece, esclude la possibilità di individuare una categoria di “nullità derivata” e riporta la questione nel novero della responsabilità.

L'orientamento che propende, generalmente, per la nullità dei contratti “a valle” di intese vietate muove dalla convinzione che sposare una diversa soluzione significherebbe vanificare gli obiettivi avuti di mira dal legislatore con l'emanazione della disciplina antitrust, anche in ragione dell'approdo giurisprudenziale, recepito poi dal D.lgs 3/2017, secondo cui le norme a tutela della concorrenza e del mercato sono norme che tutelano anche il consumatore.

Tuttavia, gli argomenti contrari alla nullità sono diversi e numerosi.

Preliminarmente, per affermare la nullità dei contratti a valle di intese anticoncorrenziali occorre l'individuazione di una norma.

Taluni, per arrivare a dichiarare la nullità dei contratti a valle fanno riferimento ad un meccanismo invalidante che, muovendo dal vizio “esogeno” dell'illecito anticoncorrenziale a monte, a sua volta si trasmette sull'accordo sottostante.

Altra ricostruzione, invece, prova a far riferimento ad un vizio “endogeno”, interno cioè al contratto a valle dell'intesa, che possa riguardare la causa o l'oggetto del rapporto sottostante. In tal senso, la nullità del rapporto a valle non potrebbe qualificarsi come una patologia derivata dell'intesa a monte, ma deriverebbe da un vizio proprio dell'atto.

Entrambi gli orientamenti, a ben vedere, muovono dall'idea di un vizio derivato.

Anche coloro che ritengono possibile individuare un vizio endogeno al contratto riconducono la nullità del contratto a valle alla illiceità di uno dei requisiti costitutivi del contratto ex art. 1325 c.c..

Secondo questa ricostruzione, l'accordo stipulato in conseguenza della violazione di una norma antitrust si caratterizza per avere una autonoma causa illecita e pertanto non persegue un interesse meritevole di tutela.

La teoria della "nullità derivata", seppur nelle sue differenti sfumature, poggia sulla circostanza che esiste un nesso di causalità tra l'intesa anticoncorrenziale ed i conseguenti contratti in forza della quale, in applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*, questi ultimi verrebbero travolti a cascata dall'invalidità di cui all'art. 2 co.3 L. 287/90.

Tuttavia, si contesta che non è possibile applicare il principio *simul stabunt simul cadent*, ossia il principio secondo cui, venuto meno l'accordo a monte, verrebbe automaticamente travolto anche l'accordo a valle, perché si dice che il principio *simul stabunt simul cadent* riguarda comunque casi eccezionali in cui c'è un collegamento "forte" tra i due contratti che, normalmente, richiede l'identità delle parti, qui assente.

È vero che, talvolta, si rinviene un collegamento negoziale anche fra accordi non tra le stesse parti, ma questo richiede che ci sia, sotto il profilo oggettivo, una unitarietà funzionale, cioè che questi accordi oggettivamente perseguano, al di là della loro funzione specifica, una ulteriore funzione unitaria e cioè siano oggettivamente e teleologicamente orientati a realizzare un risultato unitario, che è il presupposto oggettivo del collegamento negoziale; si richiede, poi, un presupposto soggettivo al collegamento negoziale, cioè che ci sia una condivisione del risultato unitario e, quindi, la volontà da parte di tutti, specie laddove le parti dei due contratti non coincidono, di concorrere alla realizzazione di questo risultato unitario.

È, allora, difficile applicare il principio *simul stabunt simul cadent* alla questione dei contratti a valle di intese anticoncorrenziali perché non si può ritenere che, tra i protagonisti dell'intesa a valle e le parti del contratto a monte, ci sia questa connessione funzionale e teleologica: il consumatore è estraneo ed è anche inconsapevole ed è assente una volontà preordinata ed unitariamente rivolta alla realizzazione di un risultato ulteriore.

Affermare, quindi, che l'accertamento della nullità dell'intesa anticoncorrenziale determini per ciò solo la nullità e il travolgimento del contratto a monte che non è collegato in senso tecnico, rappresenta un'affermazione non facilmente sostenibile.

Alcuni, invero, hanno provato a sostenere l'esistenza di una nullità virtuale per violazione di norme imperative.

Tuttavia, è proprio muovendo da questa teoria che si innesta l'orientamento, ad oggi ancora maggioritario in dottrina e giurisprudenza,

Nell'ottica della distinzione, propria della teoria del contratto, tra regole di comportamento e regole di validità, queste saranno anche norme imperative, ma sono

norme imperative che vietano un comportamento anticoncorrenziale che normalmente si inserisce prima della conclusione di un contratto individuale, nella fase che precede la conclusione dello stesso. Non v'è dubbio che un comportamento anticoncorrenziale, che precede la conclusione di un contratto individuale, non determina per ciò solo la nullità del medesimo, ma dà luogo ad un illecito tipico della fase precontrattuale.

Un'azione di nullità del contratto, anche sotto il profilo della illiceità per violazione di norme imperative, è difficilmente configurabile proprio perché si tratta di regole di correttezza precontrattuale: sono regole comportamentali, non sono norme che vietano il contratto o il suo contenuto.

Più chiaramente, la norma imperativa vieta l'intesa, non vieta il contratto a valle, vieta il coordinarsi per produrre effetti anti-concorrenziali, ma non vieta la conclusione di un singolo contratto, né dispone nulla in ordine alla sorte di quel contratto.

Questo rilievo è sufficiente per escludere la nullità negoziale per violazione di norme imperative.

Affermare in generale il principio di nullità del contratto a valle, soltanto perché a monte c'è stata una violazione anti-concorrenziale, sembra, allora, non trovare rispondenza nelle varie forme di nullità che il nostro ordinamento conosce:

- non si rinviene un vero e proprio collegamento negoziale tra intesa a monte e contratto a valle;
- è difficile individuare un'ipotesi di clausola illecita, perché la loro illiceità non è intrinseca: ciò che viene contestato è che c'è stata una condotta uniforme che ha dato vita ad un'intesa anti-concorrenziale, ad una prassi concordata anti-concorrenziale, ma non è un problema di intrinseca illiceità della clausola. Quindi, è difficile ritenere che l'intesa vietata a monte possa determinare di per sé una illiceità della causa o far venir meno la clausola.
- i contratti tra singola impresa e clienti derivano dall'autonomia privata dei contraenti, da un'autonoma manifestazione di consenso da cui può discendere, indubbiamente, anche l'eventuale recepimento, all'interno del regolamento contrattuale, delle singole clausole riproduttive dell'illecita determinazione, ma la circostanza che l'impresa collusa si uniformi al programma anti-concorrenziale non appare sufficiente a privare il contratto a valle di un'autonoma ragione pratica.

2. La discussa questione del contratto di fideiussione omnibus che ricalca il modello predisposto dall'ABI.

Nel luglio del 2003, l'Associazione Bancaria Italiana (d'ora in poi ABI) ha fornito alle banche uno schema di contratto di fideiussione omnibus di tredici articoli disciplinanti in misura dettagliata i vari aspetti del costituendo rapporto contrattuale tra banca e fideiussore.

Nel maggio 2005, la Banca d'Italia, sulla scorta del parere del 20.4.2005 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCOM), definiva il procedimento

istruttorio volto ad accertare se le previsioni del testo A.B.I. fossero o meno lesive della concorrenza.

Con il provvedimento n. 55 del 2005 sulle “Condizioni generali di contratto per la Fideiussione” la Banca d’Italia riteneva che gli articoli 2, 6 e 8 del testo A.B.I. per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione *omnibus*) contenessero disposizioni che, ove applicate in modo uniforme, risultavano in contrasto con l’articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90.

Le clausole ritenute abusive sono la numero 2. *“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”*; la numero 6. *“qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate”*; e la numero 8. *“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”*.

Così chiarito, le intese indicate negli artt. 2, 6, e 8 del testo A.B.I. sono frutto di intese vietate, quindi, nulle.

La questione riguarda, allora, gli effetti della nullità delle intese sui contratti di fideiussione che recepiscono il modello.

Come chiarito in via generale, la soluzione non è espressamente individuata dal legislatore e il compito di sbrogliare il nodo gordiano è, ancora una volta, lasciato all’interprete, chiamato a dirimere la controversia facendo ricorso agli strumenti civilistici in materia di nullità.

Orientamento, che pare ancora maggioritario anche tra i Tribunali di merito^[1], afferma con convinzione l’impossibilità di configurare un vizio di “nullità derivata” e individua nel risarcimento del danno l’unico rimedio a tutela del contraente, parte debole, in linea con la distinzione, cara e nota alla giurisprudenza, tra regole di validità e regole di comportamento^[2].

Nello stesso senso, già le Sezioni Unite avevano chiarito che *“non è configurabile una nullità “derivata”, fattispecie non prevista dall’ordinamento, di talchè l’unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo alla intesa anti-concorrenziale che abbia allegato e dimostrato un pregiudizio, ad essa conseguente, è quella risarcitoria (Cass S.U. n. 2207/2005)*

Piuttosto, si afferma che *“Il divieto rinvenentesi dalla normativa antitrust non incide in maniera diretta sul contenuto degli atti negoziali, ma su un comportamento che si pone a monte di questi e non si rinviene alcun vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile tra l’intesa anticoncorrenziale ed il singolo negozio. Peraltro nei contratti di fideiussione non vi è*

alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'associazione di imprese bancarie di approvazione del modello standardizzato di fideiussione omnibus, né, men che meno, risulta che tale deliberazione abbia vincolato l'istituto di credito stipulante al rispetto dello schema ABI nella contrattazione con terzi. Si tratta invero, non di un vero e proprio accordo giuridicamente vincolante, bensì di una prassi il cui recepimento in uno schema contrattuale rientra nell'ambito della libertà negoziale delle parti.

I contratti fra la singola impresa ed il cliente derivano dall'autonomia privata dei contraenti, ovvero da una autonoma manifestazione di consenso da cui può discendere indubbiamente anche l'eventuale recepimento all'interno del regolamento contrattuale delle singole clausole riproduttive dell'illecita determinazione, ma la circostanza che l'impresa collusa uniformi al programma anticoncorrenziale le manifestazioni della propria autonomia privata, non appare sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragione pratica ...”.

Di recedente, però, la Cassazione con sentenza n. 13846 del 2019, riprendendo una decisione del 2017, ha affermato che le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie redatte su modulo uniforme ABI sono totalmente nulle in quanto violano il divieto delle intese anticoncorrenziali previsto dall'art. 2, comma 2, lett. a) della L. 287/1990.

La questione, invero, si fa più complessa: nel campo di chi propende per la tesi della nullità del contratto fideiussorio a valle, si fa sempre più insistente un diverso orientamento che ritiene che i contratti di fideiussione che riprendono il modulo ABI sono affetti da nullità parziale ai sensi dell'art. 1419 c.c. : rimangono, quindi, perfettamente validi ed efficaci tra le parti in quanto le clausole dichiarate nulle non incidono né sulla struttura, né sulla causa del contratto medesimo (Cass. 2204/2019).

La nullità parziale, come è noto, determina la nullità totale in estensione se risulta che le parti, senza le clausole colpite da nullità, non avrebbero concluso il contratto: in questo caso, si sostiene che il garante avrebbe comunque concluso il contratto anche senza quelle clausole, perché avrebbe avuto una garanzia meno gravosa. La banca tra l'alternativa di non avere una garanzia o di averla con clausole più svantaggiose, quindi con la reviviscenza, con l'estensione ad altre obbligazione, la deroga ai termini, sicuramente avrebbe comunque accettato di avere la garanzia.

Invero, l'affermazione di cui sopra per cui la banca preferisce comunque avere una garanzia rispetto al non averla è oggetto di critica.

Il ragionamento risulta semplicistico. Esso può essere vero a posteriori nelle condizioni odierne, non è invece vero ex ante, quando la banca avrebbe dovuto fare i conti con la concorrenza e con la possibilità di ristrutturare le condizioni a cui offriva il credito, prima ancora che le garanzie. Quanto al punto di vista del cliente, considerata la non funzionalità delle clausole e la conseguente varietà di offerte che avrebbe potuto trovare sul mercato, non esiste alcuna certezza che il contratto mutilato avrebbe potuto rappresentare la migliore opzione a sua disposizione.

È perciò da ritenere, in conclusione, che un contratto identico a quello stipulato, ma privo della parte colpita nullità, da una parte non sarebbe stato probabilmente offerto e dall'altra non è detto che sarebbe stato accettato.

La questione è ancora molto discussa ed è probabilmente necessario l'intervento delle Sezioni Unite.

Si fa strada un orientamento per cui le esigenze di protezione della concorrenza, valorizzate dal diritto antitrust, operano nel senso di rendere illeciti atti e comportamenti che sarebbero, altrimenti, intrinsecamente leciti. Del resto, l'art. 2 della legge 287/90, all'ultimo comma, dichiara che le intese vietate sono nulle "ad ogni effetto" e potrebbe probabilmente ritenersi che tra questi effetti possa annoverarsi proprio la conclusione del contratto a valle.

La soluzione che propende per la nullità delle intese, ma la validità dei contratti in sua esecuzione, si sostiene non essere nemmeno conforme alle intenzioni del legislatore e sicuramente non tiene conto degli interessi in gioco.

Del resto, anche la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento appare già messa in dubbio dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale^[3] e la stessa qualifica delle norme antitrust quali semplici norme di comportamento è stata di recente ritenuta del tutto insoddisfacente^[4]: "Lo scopo di queste norme non è semplicemente quello di esigere prestazioni (come nel caso ad es. dei doveri di informazione) ma è quello di pretendere dei risultati (un mercato in cui la concorrenza non sia falsata) e di escluderne altri (un mercato in cui la concorrenza sia limitata). In questa prospettiva il semplice risarcimento dei danni può anche soddisfare le esigenze di protezione delle singole vittime, ma sicuramente non tutela l'interesse generale alla presenza di mercati efficienti che è il bene giuridico principalmente tutelato dal diritto antitrust"

[1] Ex multis, di recente, Tribunale di Sondrio, sentenza n. 498 del 2019

[2] Tribunale di Napoli, Giudice Paolo Andrea Vassallo, ordinanza del 17.10.2019

[3] Corte Cost. 77/2014 in materia di riduzione della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva

[4] ABF Milano del 22.10.2018