

Quaderni di diritto bancario e di diritto delle imprese

Serie diretta da Andrea Sirotti Gaudenzi

Andrea Sirotti Gaudenzi

PROFILI DI NULLITÀ DELLE FIDEIUSSIONI *OMNIBUS*

**LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELLE
DISPOSIZIONI *ANTITRUST* IN MATERIA BANCARIA
DOPO LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE**

Prefazione di **Nicola Graziano**

**CENTRO[®]
ANOMALIE
BANCARIE**

In copertina: «Le tre grazie», opera di Giovan Battista Ballanti Graziani (1762 - 1835) presente nel salone d'onore di Palazzo Sirotti Gaudenzi di Contrada Chiaramonti (Cesena).

Bibliografia essenziale sull'opera: M. GORI, *Decorazione a Cesena: dal barocco all'ecllettismo*, Silvana, Milano, 1991; P. BATTELLI – F. RENZI, *Palazzi nascosti*, Il Ponte Vecchio, Cesena, 2001; F. LEONE - F. MAZZOCCA, *L'officina neoclassica dall'Accademia de' pensieri all'Accademia d'Italia*, Silvana, Milano, 2009.

If you would know the value of money,

go and try to borrow some.

(Benjamin Franklin)

PROFILI DI NULLITÀ DELLE FIDEIUSSIONI *OMNIBUS*

LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI *ANTITRUST* IN MATERIA BANCARIA DOPO LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE

ANDREA SIROTTI GAUDENZI

Copyright© April Solution Srl

Tutti i diritti riservati. Nessuna parte di questo materiale può essere riprodotta, modificata, mostrata davanti ad un pubblico, o utilizzata a fini commerciali senza il consenso previo ed esplicito dell'autore e di April Solution Srl

EDITRICE

April Solution Srl
Via A. Ressi, 28 - 20125 Milano (MI)
redazione@centroanomaliebancarie.it

INDIRIZZO INTERNET

www.centroanomaliebancarie.it

REALIZZAZIONE GRAFICA

Centro Grafico April Solution Srl

STAMPA

Tipografia Valgimigli Srl
Via Batticuccolo, 3A/3B
48018 Faenza (RA)

INDICE

PREFAZIONE 13

INTRODUZIONE 21

**CAPITOLO I: CENNI INTRODUTTIVI SULLA GARANZIA
FIDEIUSSORIA E SUL MODELLO *OMNIBUS*** 27

1. Le disposizioni del codice civile in tema di fideiussione – cenni
introduttivi 27

2. Il dubbio sulla legittimazione sostitutiva del fideiussore
in ambito processuale 30

3. L'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria 32

4. La fideiussione *omnibus*: inquadramento generale 33

5. Brevi cenni storici: l'affermazione del modello grazie all'adozione
delle norme bancarie uniformi 35

6. La clausola “a prima richiesta” e la possibile qualifica del negozio
come contratto autonomo di garanzia 39

7. Segue. L'interpretazione del contratto come elemento
fondamentale per l'individuazione del modello contrattuale:
l'analisi della polizza fideiussoria 44

8. Le “evoluzioni” della prassi contrattuale 47

PROFILI DI NULLITA' DELLE FIDEIUSSIONI OMNIBUS

9. L'analisi del caso concreto come criterio per individuare la correttezza dell'istituto bancario	50
10. L'indicazione dell'importo massimo garantito e l'ipotesi delle obbligazioni condizionate	52
FOCUS:LA LEGITTIMITÀ DELLA FIDEIUSSIONE "OMNIBUS"	54

CAPITOLO II: DISCIPLINA *ANTITRUST* E SCHEMI BANCARI UNIFORMI

1. Premesse	57
2. Inquadramento della disciplina	58
3. Le norme nazionali dedicate all' <i>antitrust</i>	59
4. Il danno da violazione del diritto <i>antitrust</i>	65
5. Il valore da attribuire ai provvedimenti dell'Autorità garante	68
6. Lo schema ABI e il provvedimento della Banca d'Italia del 2005	70
7. Questioni interpretative: fideiussioni <i>omnibus</i> e contratto autonomo di garanzia	79
FOCUS: LO SCHEMA ABI	80

**CAPITOLO III: LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO *ANTITRUST*
IN AMBITO BANCARIO NELL'ESAME DELLA CORTE DI
GIUSTIZIA** **85**

1. Premesse 85
2. La valutazione (in concreto) della pratica concordata 86
3. Il caso italiano: le norme bancarie uniformi 87
4. Il caso «Cartes Bancaires» del 2014 97
5. Il caso ungherese 100

***FOCUS: L'ANALISI PRESENTE NELLA SENTENZA DELLA
CORTE DI GIUSTIZIA DEL 2 APRILE 2020*** **104**

**CAPITOLO IV: L'ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA
NAZIONALE** **109**

1. Rapporti tra intese “a monte” e contratti “a valle” 109
2. La presenza delle clausole censurate dalla Banca d'Italia nelle
fideiussioni diverse da quelle *omnibus* 115
3. Il valore probatorio del provvedimento della Banca d'Italia 117
4. Un ulteriore indirizzo contrario all'applicazione delle disposizioni
antitrust 131

***FOCUS: LA PROVA PRIVILEGIATA NELLA SENTENZA DEL
TRIBUNALE DI MILANO DEL 19 GENNAIO 2022*** **134**

CAPITOLO V: DISCIPLINA *ANTITRUST* E SORTE DEGLI ACCORDI NEL SETTORE BANCARIO **135**

1. Gli effetti della intesa vietata sui “contratti a valle” 135
 2. Segue. Le interpretazioni giurisprudenziali 140
 3. La tutela del garante: la soluzione (fallace) affidata al solo risarcimento dei danni 148
 4. L’ordinanza della Suprema Corte resa nel novembre 2020 150
- FOCUS: LA “PROVA PRIVILEGIATA” SECONDO LA CASSAZIONE (CASS. CIV., I, 22 MAGGIO 2019, N. 13846)*** **158**

CAPITOLO VI: IL PROVVEDIMENTO DELLE SEZIONI UNITE SULLO SCHEMA CENSURATO DALLA BANCA D’ITALIA **161**

1. Premesse 161
2. Le conclusioni della Procura Generale della Suprema Corte 162
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite 165
4. L’applicazione della disciplina *antitrust* nella lettura delle Sezioni Unite 174
5. Cenni critici 176
6. Perplessità (superabili) sulla possibilità di applicare il principio alla fideiussione specifica 181
7. Segue. Dubbi della giurisprudenza: ulteriori sviluppi 183

FOCUS: LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE:

IL PRINCIPIO DI DIRITTO	186
--------------------------------	------------

CAPITOLO VII: ASPETTI PROCESSUALI E OPERATIVI **189**

1. Premesse	189
2. La competenza per materia delle sezioni specializzate in materia di impresa: la recente soluzione offerta dalla Cassazione	191
3. Eccezione di nullità e domanda riconvenzionale	193
4. Le competenze funzionali e inderogabili: una soluzione che tende a esaltare la “dicotomia”	195
5. Dubbi (superati) in ordine alle istanze istruttorie formulate nell’interesse del fideiussore	197
6. Cenni sulla rivelabilità d’ufficio della nullità	199
7. Ulteriori considerazioni sulla natura di “prova privilegiata” del provvedimento della Banca d’Italia n. 55/2005 e garanzie adottate dopo il periodo preso in considerazione dalla Banca d’Italia nel 2005	201
8. Mediazione e controversie in tema di fideiussioni	204
9. La tutela offerta dall’art. 1957 c.c.: un nuovo orientamento della Suprema Corte	208
10. Il garante qualificabile come “consumatore” alla luce della più recente interpretazione della Corte di giustizia	210

FOCUS: LA COMPETENZA (INDEROGABILE) DELLE SEZIONI SPECIALIZZATE (CASS. CIV., SEZ. VI, 10 MARZO 2021, N. 6523) 213

CAPITOLO VIII: LA CESSIONE “IN BLOCCO” DEI CREDITI E LA SORTE DELLE GARANZIE FIDEIUSSORIE 217

1. Cenni introduttivi 217
2. L’art. 58 del T.U.B. 217
3. La cessione in blocco 219
4. L’onere di dimostrare l’acquisizione del credito nell’analisi della Suprema Corte 221
5. La possibilità per il fideiussore di sollevare le eccezioni in relazione alla correttezza degli adempimenti in tema di cessione al (preteso) cessionario 223
6. La domanda riconvenzionale presentata dal cessionario nei confronti del fideiussore: i limiti della competenza funzionale della Sezione specializzata 226

FOCUS: LE INDICAZIONI DELLA SUPREMA CORTE: CASS. CIV., SEZ. VI-1, 13 MAGGIO 2021, N. 12739 (ORD.) 227

LA GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO 229

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte giust., 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96 231

Corte giust., 2 aprile 2020, causa C228/18 257

CASSAZIONE CIVILE

Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4717 293

Cass. civ., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846 315

Cass. civ., sez. VI-1, 16 gennaio 2020, n. 742 (ord.) 329

Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2020, n. 5598 (ord.) 343

Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994 357

**GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA RICHIAMATA
NEL VOLUME 403**

**GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE RICHIAMATA NEL
VOLUME 409**

**GIURISPRUDENZA DELLE CORTI DI MERITO RICHIAMATA NEL
VOLUME 421**

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE 429

PROFILI DI NULLITA' DELLE FIDEIUSSIONI OMNIBUS

PREFAZIONE

Ho l'onore di firmare la Prefazione ad un pregevolissimo lavoro di Andrea Sirotti Gaudenzi che sono certo andrà ad arricchire la Collana «Quaderni di diritto bancario e di diritto delle imprese».

E questa mia profonda convinzione non nasce da una Amicizia che, nata molti anni fa attraverso le prime primordiali pagine del *web* giuridico e i primi messaggi di posta elettronica, anno per anno è andata consolidandosi, maturando tra il disinteresse puro e il bisogno costante di un confronto su tematiche del diritto civile vivente che da sempre hanno appassionato le nostre menti ed ancor prima i nostri cuori, ma dalla convinzione di aver letto le pagine di un lavoro complesso e completo che affronta a 360 gradi un tema di una attualità davvero difficile da

dominare, vista la notevole mole di incertezze interpretative che ne derivano.

Con la umiltà che da sempre contraddistingue il mio Amico “studioso” si legge dalla sua introduzione che egli si è limitato ad *«alcune considerazioni legate alla prassi della fideiussione omnibus e allo sviluppo delle interpretazioni giurisprudenziali sul delicato tema delle clausole presenti nello schema presentato da ABI e censurato dalla Banca d’Italia, in funzione di Autorità antitrust del settore nel 2005»*.

Con questa fotografica definizione, l’Autore però non rende giustizia degli affanni che caratterizzano il suo lavoro.

Non voglio svelarne tutto il contenuto ma, occupandomi anche io di questa affascinante materia, come magistrato assegnato alla Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Napoli, e per lo più nel momento in cui scrivo questa Prefazione, quale Coordinatore

della Sezione in attesa che il CSM nomini il nuovo Presidente di Sezione, dopo che il Presidente dott. Dario Raffone ha lasciato le sue indimenticabili ed illuminati fatiche per essere collocato a riposo, non posso esimermi dal fare alcune considerazioni con la speranza possano esse contribuire al dibattito che apre il lavoro che sto presentando.

Dopo la oramai famosa sentenza resa dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite cui viene dedicata la parte finale di questo volume, che oserei definire un vero e proprio manuale sui profili di nullità delle fideiussioni *omnibus* come conseguenza della violazione delle disposizioni *antitrust* in materia bancaria, non sono fugati tutti i dubbi interpretativi che hanno riguardato la materia, specie dal punto di vista processuale.

L'Autore non si risparmia sul tema, fornendo una interpretazione davvero ricca di spunti di riflessione e destinata certamente ad essere presa in considerazione non solo dagli studiosi di tale

materia ma anche dalla giurisprudenza di merito e di legittimità.

Ne pongo alcuni all'attenzione, solo per esemplificare l'attualità del tema trattato e nel contempo la sua complessità e quindi la pregevolezza del lavoro.

Le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 41994 del 23 novembre 2021, depositata in Cancelleria il 30 dicembre 2021, hanno risolto la questione di massima - di peculiare importanza - rimessa al suo scrutinio dalla Prima Sezione Civile con l'ordinanza interlocutoria n. 11486 del 30 aprile 2021, enunciando il seguente principio di diritto: *«i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli articoli 2, comma 2, lettera a) della Legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli articoli 2, comma 3, della predetta legge e*

dell'articolo 1419 del codice civile, in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa violata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti (ossia, salvo che si provi che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità, nel qual caso è ravvisabile la nullità totale)».

È possibile che tale decisione, che detta il principio della tutela reale sia estesa anche alle fideiussioni specifiche? Quale rilevanza ha a tal fine la prova privilegiata che si riconosce al provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005? Può l'efficacia di tale provvedimento estendersi anche alla fideiussioni *omnibus* stipulate in data anteriore all'anno 2002 o ancora di più a quelle stipulate in data successiva al 2005?

E *quid iuris* sulla questione della nullità della fideiussione, perché conforme al censurato schema ABI, quando viene in rilievo - come

eccezione riconvenzionale - in sede di opposizione ai provvedimenti monitori richiesti ed ottenuti dagli istituti di credito ovvero viene proposta domanda di nullità in via principale in tale sede oppositiva?

E l'efficacia di giudicato in precedente giudizio monitorio?

Le problematiche sono tutte affrontate dall'Autore con un piglio di sapiente acutezza al quale da sempre ci ha abituati.

La sua infatti è una esperienza professionale ricca e importante ponendosi egli nel panorama degli *Studiosi del Diritto Civile*, declinato in particolari e affascinanti profili di interesse.

Nulla di scontato quindi si ritrova nella sua ricerca, nulla di certo perché Andrea spesso fa appello alla sua creatività così contribuendo, da importante attore protagonista, allo sviluppo del sapere giuridico.

Mentre scrivo sono felice di ricordare a me

stesso della nostra prima *email* (che conservo gelosamente!) dove ognuno, ignaro del ruolo dell'altro, si poneva la domanda di come si potesse confrontare il diritto con il *web*. La nostra Amicizia è quindi nata dal confronto sulle prime riflessioni sulle responsabilità civile e penale nel *web*, sui contratti in rete, sulla tutela del diritto d'autore in Internet e così via...

Il tempo è passato... per me rendendomi non più giovane e a tratti stanco, per Andrea facendone un raffinato giurista che, però, coinvolgendomi in questa Prefazione dimostra di aver cari i ricordi e di avere di me una stima che mi gratifica e ci fortifica per gli anni a venire.

Aversa, giugno 2022

Nicola Graziano

Nicola Graziano è Magistrato del Tribunale di Napoli con funzioni di Giudice presso la Sezione specializzata in materia di impresa. È Presidente di Sezione presso la CTP di Caserta, nonché giornalista pubblicista e scrittore. È membro del Comitato Scientifico di EURISPES. Vincitore del Premio Internazionale “G. Falcone e P. Borsellino” – Sezione Dottrina anno 2019, insignito del Premio “Napoli c’è”, è da sempre attivo nel sociale ed è particolarmente impegnato sul fronte della educazione alla Legalità con convegni, incontri e dibattiti, specie con le giovani generazioni.

È autore di numerose volumi, pubblicazioni e saggi a carattere giuridico. Collabora stabilmente con la redazione del settimanale “Guida al Diritto” de Il Sole 24 ore.

INTRODUZIONE

In questa monografia ho raccolto alcune considerazioni legate alla prassi della fideiussione *omnibus* e allo sviluppo delle interpretazioni giurisprudenziali sul delicato tema delle clausole contenute nello schema presentato da ABI e censurato dalla Banca d'Italia, in funzione di Autorità *antitrust* del settore nel 2005.

Buona parte di questo scritto viene dedicato alla recente sentenza emessa dalle Sezioni Unite nel dicembre 2021. Nell'occasione la Suprema Corte ha voluto analizzare in maniera completa le disposizioni in tema di concorrenza e mercato, affrontando la necessità di confrontare i principi espressi dalle disposizioni nazionali con quelli presenti nell'ordinamento dell'Unione europea.

In particolare, la Corte ha evidenziato che «l'assunto secondo cui la sola tutela risarcitoria sarebbe ammissibile nella fattispecie oggetto di esame, con esclusione della “tutela reale”, non può essere condiviso».

In effetti, la Corte, recuperando le indicazioni fornite dalle interpretazioni offerte - in ambito comunitario - dai Giudici del Lussemburgo, ha posto in risalto il “dato centrale” della normativa c.d. *antitrust*, in cui l'interesse protetto è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e

non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, «con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto». Infatti, come chiarito anche nel recente passato e ribadito dal recente *dictum*, «l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno (...) recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno».

Rilevanti, quindi, sono le conclusioni cui giunge la Suprema Corte nazionale, che, nel ravvisare la nullità (ancorché parziale) dei contratti che riproducano lo schema ABI, afferma non solo la legittimazione attiva di soggetti che siano coinvolti nei cc.dd. contratti “a valle”, ma estende la “tutela demolitoria” ai casi in cui gli istituti di credito abbiano recepito le clausole “censurate” dalla Banca d'Italia (in funzione di organo di vigilanza *antitrust* nel settore), pur non essendo partecipi di quelle intese “a monte”.

Una svolta, quindi, nell'interpretazione dei Giudici di legittimità? A mio modesto parere, non si tratta di una rivoluzione, ma di una lettura in linea con il percorso avviato anni fa, durante il quale la Corte di cassazione già aveva individuato la strada da seguire, in applicazione delle disposizioni (europee e nazionali) in tema di concorrenza e mercato, applicate in maniera piena al settore bancario e finanziario.

Già in passato la Corte aveva accordato alla “vittima”

dell'intesa concorrenziale una tutela "piena". E anche i Giudici del Lussemburgo rilevano che l'art. 101, paragrafo 1, TFUE produce "effetti diretti" nei rapporti tra i singoli e crea diritti in capo a questi (Corte giust., 13 luglio 2006, Manfredi e altri, cause da C-295/04 a C-298/04).

In effetti, come si legge nel provvedimento reso a Sezioni Unite, il riconoscimento - oltre alla tutela risarcitoria - del diritto a far valere la nullità del contratto si traduce in una conseguenza logica dell'applicazione della *ratio* sottesa alle norme del TFUE, oltre che di «un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa *antitrust*».

È ben vero che la Commissione, nella decisione n. 93/50 del 23 novembre 1992 aveva chiarito che la nullità di una intesa "a monte" non comportasse affatto (se non altro in via automatica) la nullità dei contratti "a valle", per il sol fatto di essere in qualche modo collegati all'accordo restrittivo della concorrenza. Tuttavia, tale rilievo non comportava che il consumatore non potesse comunque "sciogliersi" dai vincoli contrattuali, secondo le modalità previste dagli ordinamenti nazionali.

Sul punto, come ricordano le Sezioni Unite, la Corte di giustizia ha chiarito che la portata e le conseguenze della nullità delle intese, per violazione dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non dipendono direttamente dal diritto unionale, ma devono essere individuate dai giudici nazionali in base al diritto di ciascuno Stato membro. Fermo

restando il diritto al risarcimento del danno per le “vittime”, la sorte dei contratti “a valle” di intese *antitrust* viene riservata ai diritti nazionali (Corte giust., 14 dicembre 1983, causa C-319/82, Società de Vente de Cimentes; Trib. di primo grado, 21 gennaio 1999, causa T- 190/96, Christophe Palma). Quindi, partendo da questo presupposto, la Cassazione ha indicato come la maggiore tutela del consumatore, votata alla garanzia della piena attuazione del diritto comunitario, debba essere affidata ai giudici dello Stato di appartenenza.

Considerato che è il Trattato a indicare come l’accordo in violazione delle disposizioni *antitrust* sia privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non possa essere opposto ai terzi, allora è chiaro che - in piena armonia con il sistema comunitario richiamato - spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro prevedere meccanismi di tutela in linea con il ben noto principio di effettività. In tal senso è illuminante quanto indicato dalla Corte di giustizia nel 2013, a definizione del caso *Donau Chemie*, richiamato dalla sentenza delle Sezioni Unite, che giungono alla (condivisibile) conseguenza secondo cui la sede naturale per la regolamentazione della sorte dei contratti “a valle” non può che essere quella dell’ordinamento interno degli Stati membri, che devono offrire strumenti effettivi e coerenti.

E, sotto questo profilo, non si può che cogliere con immensa soddisfazione il richiamo alle disposizioni del “sistema comunitario” e alle elaborazioni esegetiche offerte dalla Corte di giustizia, che consentono di superare (una volta per tutte) il pregiudizio della giurisprudenza italiana nei confronti di

quel sistema, ritenuto da molti (erroneamente) metafisico, se non inutile, delle norme previste dal Legislatore dell'Unione europea.

Molte delle analisi esposte sono frutto dei corsi tenuti in questi anni sia in ambito universitario sia per enti quali il *Centro Anomalie Bancarie* e *April Academy*, che mi hanno offerto la possibilità di coordinare attività di formazione e aggiornamento rivolte agli operatori del settore, che ringrazio per le puntuali osservazioni e l'attenzione dimostrata in questo lungo percorso.

Andrea Sirotti Gaudenzi