

Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 “ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”

LA BANCA D'ITALIA

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO lo schema contrattuale di “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”, notificato dall'Associazione Bancaria Italiana ai sensi della legge n. 287/90;

VISTO il provvedimento n. 236/A dell'8 novembre 2003, con il quale è stata avviata un'istruttoria ai sensi degli artt. 2 e 14 della legge n. 287/90 nei confronti dell'Associazione Bancaria Italiana, avente a oggetto il predetto schema contrattuale;

VISTO il provvedimento n. 249/A dell'8 aprile 2004, con il quale è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento al 31 ottobre 2004;

VISTO il provvedimento n. 258/A del 30 settembre 2004, con il quale il termine di conclusione del procedimento è stato ulteriormente prorogato, su richiesta della parte, al 31 marzo 2005, fatto salvo il termine di 30 giorni per il rilascio del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 20, comma 3, della legge n. 287/90;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie inviata all'Associazione Bancaria Italiana il 1° marzo 2005;

VISTO il parere espresso, ai sensi dell'art. 20, comma 3, della legge n. 287/90, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LA PARTE

1. L'Associazione Bancaria Italiana (di seguito anche “ABI”) è un'associazione senza scopo di lucro a cui aderisce pressoché la totalità delle banche italiane. Al fine di perseguire i propri compiti, l'ABI predispone, fra l'altro, schemi negoziali concernenti condizioni generali di contratto che le banche possono utilizzare nei rapporti con la clientela.

II. IL PROCEDIMENTO

2. Nel mese di ottobre del 2002 l'ABI ha concordato il contenuto del contratto di “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie” (cosiddetta fideiussione *omnibus*) con alcune organizzazioni di tutela dei consumatori: Associazione Consumatori Utenti (ACU), Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente (Adiconsum), Associazione per la Difesa e l'Orientamento dei

Consumatori (ADOC), Associazione Nazionale Consumatori e Utenti (Federconsumatori), Cittadinanzattiva, Confederazione Generale dei Consumatori (Confconsumatori), Lega Consumatori - ACLI, Movimento Consumatori (MC), Movimento Difesa del Cittadino (MDC), Unione Nazionale dei Consumatori (UNC).

3. Prima della diffusione presso le banche associate, con lettera pervenuta il 7 marzo 2003, l'ABI ha comunicato lo schema contrattuale ai sensi dell'art. 13 della legge n. 287/90, ritenendo che esso non configurasse una violazione delle disposizioni dell'art. 2 della legge citata.
4. Nei mesi di aprile e di maggio 2003, la Banca d'Italia ha invitato l'ABI a eliminare dagli schemi negoziali alcune previsioni che risultavano critiche dal punto di vista concorrenziale. Con lettera pervenuta l'11 luglio 2003 l'ABI ha trasmesso una nuova versione dello schema di contratto.
5. Al fine di accertare se lo schema contrattuale notificato potesse configurare un'intesa restrittiva della concorrenza, la Banca d'Italia – considerati anche gli orientamenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi nel parere del 22 agosto 2003 – ha aperto l'8 novembre 2003 l'istruttoria prevista dagli artt. 2 e 14 della legge n. 287/90.
6. Il 1° settembre 2004 è stata inviata ad alcune banche una richiesta di informazioni, volta ad accertare se le clausole contrattuali utilizzate dalle stesse per la fideiussione *omnibus* si differenziassero da quelle contenute nello schema predisposto dall'ABI. Le risposte delle banche sono pervenute nel corso dello stesso mese.
7. Il 1° settembre 2004 l'ABI ha trasmesso all'Istituto una memoria difensiva, seguita in data 20 settembre da un richiesta di proroga del procedimento, motivata in relazione all'esigenza di svolgere approfondimenti sull'inquadramento giuridico della fideiussione omnibus e sul ruolo di essa nella prassi bancaria; una seconda memoria difensiva è stata inviata dall'ABI il 28 dicembre 2004. Il 9 marzo 2005 l'ABI ha avuto accesso al fascicolo procedimentale. Il 25 marzo 2005 è pervenuta la memoria finale dell'ABI.

III. IL MERCATO RILEVANTE

8. Sotto il profilo merceologico, lo schema predisposto dall'ABI attiene al mercato degli impieghi bancari. La fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie costituisce un contratto accessorio al rapporto principale, che intercorre fra il debitore e la banca. Sotto il profilo geografico, è interessato l'intero territorio nazionale, in ragione sia dell'estesa base associativa dell'ABI sia della diffusione dei servizi disciplinati dallo schema contrattuale in questione.

IV. LO SCHEMA CONTRATTUALE

9. L'istruttoria riguarda lo schema contrattuale relativo alla “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”, che disciplina la prestazione della garanzia fornita da un soggetto (fideiussore) a beneficio di qualunque obbligazione, presente e futura, del debitore di una banca. Secondo quanto affermato dall'ABI, lo schema costituisce una mera traccia, priva di valore vincolante, per le banche associate.
10. Nella fase antecedente all'apertura del procedimento, l'ABI ha trasmesso lo schema alla Banca d'Italia, che lo ha esaminato e ha invitato l'Associazione a modificare alcune previsioni, a causa

della loro criticità per la concorrenza. Le modifiche apportate allo schema hanno riguardato i seguenti aspetti:

- con riferimento alla garanzia prestata da un fideiussore a favore di un altro fideiussore, è stata prevista l'applicazione dell'art. 1948 del cod. civ. nei rapporti tra garante e banca. Ciò implica che il fideiussore del fideiussore non sia obbligato verso il creditore, se non nel caso in cui il debitore principale e tutti i fideiussori di questo siano insolventi o siano liberati perché incapaci;
 - in materia di responsabilità del fideiussore, è stato precisato che la deroga ai termini dell'art. 1957 cod. civ. riguarda soltanto l'indicazione dei tempi per proporre le istanze nei confronti del debitore principale;
 - per quanto concerne le comunicazioni della banca al fideiussore circa il rapporto con il debitore principale, si è previsto che la risoluzione del contratto della banca con il debitore sia sempre resa nota al fideiussore.
11. Nella versione attuale, lo schema si compone di una sezione preliminare e di tredici articoli, che disciplinano l'oggetto della garanzia (art. 1), gli obblighi del fideiussore (artt. 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 10), gli obblighi e le facoltà della banca (artt. 5, 9, 11 e 12); infine, individua le clausole ritenute non applicabili alla fideiussione prestata da un soggetto che rivesta la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 1469-*bis*, comma 2, cod. civ. a favore di un soggetto che presenti la medesima qualità (art. 13).
12. Le clausole dello schema configurano un modello di garanzia fideiussoria che impone a carico del fideiussore oneri diversi da quelli previsti dalle norme del codice civile sulla fideiussione in generale. L'esame istruttorio si è concentrato sulle clausole dello schema che potrebbero comportare effetti anticoncorrenziali in seguito a un'eventuale adozione generalizzata da parte delle banche, in mancanza di un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti.

Le principali clausole contrattuali

13. Lo schema è caratterizzato dalla c.d. clausola *omnibus*: in forza di essa, il fideiussore garantisce il debitore di una banca per tutte le obbligazioni da questo assunte, comprensive non solo dei debiti esistenti nel momento in cui la garanzia fideiussoria viene prestata, ma anche di quelli che deriveranno in futuro da operazioni di qualunque natura intercorrenti tra la banca e il debitore principale.
14. A seguito della modifica legislativa intervenuta con riferimento al testo dell'art. 1938 cod. civ.¹, la validità della fideiussione per debiti futuri è subordinata alla previsione di un importo massimo garantito, da definire in sede di sottoscrizione del contratto, per evitare che il fideiussore resti obbligato oltre a quanto stabilito al momento del rilascio della garanzia.
15. Le banche sono libere di modificare singole previsioni in ragione di specifiche esigenze. In particolare, è lasciata alla singola banca la definizione del termine decorso il quale la comunicazione del recesso da parte del fideiussore diviene efficace nei confronti della banca stessa; analoga facoltà di scelta è rimessa ai contraenti con riferimento alla frequenza delle comunicazioni che la banca è tenuta a inviare periodicamente al garante in merito alla posizione finanziaria del debitore principale.

¹ Legge n. 154 del 17 febbraio 1992 (*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*), che ha modificato, tra l'altro, anche il testo dell'art. 1956 cod. civ., sanzionando con l'invalidità la preventiva rinuncia del fideiussore per debito futuro ad avvalersi della liberazione prevista in suo favore dalla stessa norma.

Pagamento “a prima richiesta”

16. Ai sensi dell'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”*. In caso di ritardo nel pagamento, inoltre, il garante è tenuto nei confronti della banca a corrispondere gli interessi moratori, alle condizioni previste per il debitore principale. Egli sopporta altresì le conseguenze negative di un'eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine. Ne deriva che il fideiussore non può opporsi al pagamento immediato di quanto richiesto dalla banca – che non è tenuta a rivolgersi preventivamente al debitore principale – ma mantiene la facoltà di proporre eventuali eccezioni in un momento successivo all'avvenuto pagamento.

Rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ.

17. L'art. 6 dello schema 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”*.

18. L'art. 1957 cod. civ. subordina la permanenza dell'obbligazione di garanzia del fideiussore, dopo la scadenza dell'obbligazione principale, alla circostanza che il creditore abbia proposto e diligentemente continuato le sue istanze nei confronti del debitore entro il termine di sei mesi; il termine si riduce a due mesi nell'ipotesi in cui il fideiussore abbia, preventivamente ed espressamente, limitato la propria garanzia allo stesso termine dell'obbligazione principale.

Clausole di “sopravvivenza” della fideiussione

19. L'art. 2 dello schema (noto anche come “clausola di reviviscenza”) dichiara il fideiussore 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”*.

20. L'art. 8 sancisce l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che *“qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate”*.

21. Entrambe le clausole, in sostanza, prevedono la permanenza dell'obbligazione fideiussoria a fronte delle vicende estintive e delle cause di invalidità che possono riguardare il pagamento del debitore o la stessa obbligazione principale garantita.

22. La clausola c.d. “di reviviscenza” comporta che la garanzia sia operante in tutti i casi in cui, pur avendo il debitore adempiuto alle proprie obbligazioni, la banca sia tenuta alla restituzione di quanto ricevuto; tra le circostanze che possono determinare l'obbligo di restituzione, la clausola elenca, in via esemplificativa, l'annullamento, l'inefficacia o la revoca dei pagamenti eseguiti.

23. L'altra disposizione estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'eventuale invalidità del rapporto principale. Tali obblighi sono ulteriori e diversi rispetto a quelli di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore in forza dei rapporti creditizi a cui accede la fideiussione.

Fideiussione prestata da soggetti qualificati come consumatori ai sensi dell'art. 1469-bis, comma 2, cod. civ.

24. L'art. 13 dello schema precisa che le clausole indicate dagli artt. 2 (annullamento, inefficacia e revoca dei pagamenti) e 7, comma 1 (pagamento del fideiussore "a semplice richiesta scritta"), non si applicano "alla fideiussione prestata da un soggetto che riveste la qualità di consumatore ai sensi dell'art. 1469-bis, comma 2, cod. civ. a favore di un soggetto che rivesta la medesima qualità – fatto salvo diverso specifico accordo in tal senso con il fideiussore stesso".
25. La tutela accordata ai consumatori dall'art. 13 opera soltanto nei casi in cui entrambi i soggetti coinvolti nel rapporto con la banca (fideiussore e debitore principale) rivestano la qualità di consumatori; per l'applicabilità della normativa a tutela dei consumatori prevista dagli artt. 1469-bis e segg. cod. civ., invece, è sufficiente che il rapporto contrattuale intercorra tra un "professionista" (persona fisica o giuridica che stipula il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale) e un "consumatore" (persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta).

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLA PARTE

26. In via preliminare, l'ABI ha rappresentato il carattere facoltativo e non vincolante dello schema di contratto oggetto dell'istruttoria. Esso si limiterebbe a recepire, fornendo un mero ausilio di natura tecnica alle banche, le indicazioni emerse dalla prassi negoziale, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, senza fissare condizioni economiche che incidano direttamente sui rapporti tra le parti.

Natura giuridica della fideiussione omnibus

27. L'ABI ha sottolineato le peculiarità della garanzia in esame rispetto a quella disciplinata dal codice civile. Ad avviso dell'Associazione, la fideiussione *omnibus* è un istituto giuridico caratterizzato da una propria causa, consistente nella prestazione di una garanzia rivolta non ad assicurare l'adempimento di una determinata obbligazione altrui, bensì a tenere indenne la banca dal rischio dell'insolvenza del garantito in relazione al complesso dei rapporti che quest'ultimo ha o avrà con la banca medesima. Le disposizioni divergenti rispetto alle norme del codice civile rappresenterebbero proprio gli elementi che definiscono la specifica funzione di questa forma di garanzia, la cui legittimità andrebbe conseguentemente giudicata al di fuori dello schema legale costruito, in generale, per la fideiussione.
28. Riguardo alle singole clausole oggetto di approfondimento, l'ABI ha precisato che la disposizione relativa all'obbligo di pagamento del fideiussore a semplice richiesta scritta della banca non configura, in effetti, una garanzia "a prima richiesta". Quest'ultimo contratto (derogatorio rispetto al regime civilistico delle eccezioni) presenta un carattere autonomo rispetto all'obbligazione principale, mentre, al contrario, la fideiussione *omnibus* ha natura di garanzia accessoria.
29. L'accessorietà della garanzia *omnibus* non consentirebbe alcuna deroga all'art. 1945 cod. civ., ma risulterebbe compatibile con un meccanismo, come quello previsto nello schema, del tipo *solve et repete*: il fideiussore, cioè, dovrebbe pagare a richiesta della banca l'importo dovuto, ma non perderebbe il diritto di far valere le eccezioni spettanti al debitore principale. La motivazione della clausola in esame risiederebbe, secondo quanto rappresentato dall'ABI, nella

possibilità di rendere immediatamente esigibile il debito del fideiussore nei confronti della banca, anche al fine di ottenere un decreto ingiuntivo in caso di rifiuto di pagamento.

30. La rinuncia ai termini dell'art. 1957 cod. civ., ad avviso dell'ABI, va a beneficio del fideiussore, in quanto l'esercizio dell'azione giudiziale entro il breve termine previsto dalla norma *“avrebbe un effetto di accelerazione delle difficoltà del debitore e potrebbe verosimilmente precludere più favorevoli soluzioni stragiudiziali, che non sarebbero possibili nei termini assai brevi previsti dal codice”*.
31. A proposito della clausola c.d. “di reviviscenza” prevista dall'art. 2 dello schema contrattuale, l'Associazione, per un verso, ribadisce il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria (che escluderebbe la possibilità di derogare all'art. 1945 cod. civ.) e, per altro verso, ritiene ragionevole la permanenza della garanzia fino a quando non si realizzi la definitiva liberazione del debitore. La peculiare funzione della fideiussione *omnibus* è quella di garantire alla banca l'effetto solutorio definitivo, ma tale effetto non potrebbe dirsi compiutamente realizzato qualora il pagamento del debitore fosse annullato, dichiarato inefficace o revocato.
32. L'ABI osserva, inoltre, che la funzione indennitaria della fideiussione *omnibus* giustifica anche la previsione dello schema che sancisce la sopravvivenza della garanzia a fronte dell'invalidità dell'obbligazione principale. Il fideiussore, infatti, anche quando il vincolo del debitore fosse dichiarato invalido, dovrebbe garantire l'obbligo di restituzione delle somme erogate dalla banca, in modo da evitare un ingiustificato arricchimento del debitore ai danni della stessa.
33. Con riferimento all'applicabilità delle clausole esaminate ai contratti conclusi da soggetti che rivestono la qualità di consumatori ai sensi dell'art. 1469-bis, comma 2, cod. civ., l'ABI ha precisato che la soluzione adottata nell'art. 13 dello schema è conforme alla giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia. Secondo un orientamento consolidato, l'accessorietà del contratto di fideiussione rispetto al rapporto sottostante fa sì che la qualità del debitore principale sia in grado di “attrarre” quella del fideiussore, ai fini dell'applicabilità della speciale disciplina a tutela dei consumatori. Quest'ultima, pertanto, potrebbe operare solo nell'ipotesi in cui entrambi i soggetti rivestano la qualità di consumatori.
34. A conferma delle proprie argomentazioni, l'Associazione mette in evidenza che l'esistenza di garanzie personali analoghe alla fideiussione *omnibus* si rileva in diversi Paesi europei; l'ampia diffusione e la riconosciuta legittimità di tali garanzie negli altri ordinamenti inducono l'ABI a ritenere che, qualora alle banche italiane non fosse consentito di avvalersi di questo strumento, verrebbe a determinarsi a loro danno una *“inammissibile discriminazione concorrenziale”*.

Diffusione dello schema contrattuale

35. L'Associazione, in ordine alla questione dell'uniformità dei comportamenti contrattuali delle banche, con specifico riferimento alle clausole dello schema che potrebbero comportare un trattamento deteriore per il fideiussore rispetto alla disciplina ordinaria, ha sostenuto che i contratti di fideiussione *omnibus* delle banche appaiono sufficientemente diversificati.
36. Un'eventuale riproduzione delle principali clausole nei moduli utilizzati dalle banche, d'altro canto, può giustificarsi – secondo l'ABI – nella misura in cui si riconosca che la fideiussione *omnibus* ha una funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile; tale funzione verrebbe meno se le clausole più significative fossero eliminate dallo schema. Tra i contratti delle banche e lo schema formulato dall'ABI emergerebbero, in ogni caso, *“differenze...che attengono al contenuto delle norme”*, alcune delle quali *“non di poco conto, sia in termini*

talvolta di alleggerimento della posizione del garante..., sia, in altri casi, di ulteriore aggravamento della sua condizione contrattuale”.

37. Secondo le rilevazioni dell’Associazione, per il 73 per cento dei finanziamenti concessi a società non finanziarie assistiti da fideiussione *omnibus*, la banca creditrice si avvale di uno schema contrattuale differente rispetto a quello predisposto dall’ABI. Nei casi in cui la clientela è rappresentata da famiglie produttrici, tale percentuale scende al 56 per cento. Per gli affidamenti concessi alle famiglie consumatrici, le soluzioni contrattuali diverse da quella uniforme rappresentano il 70 per cento del totale.

Funzione economica della fideiussione omnibus

38. Secondo l’ABI, nella prassi, non sussiste il rischio che la fideiussione determini un aumento del costo sostenuto dal debitore per accedere al credito. La fideiussione non può intendersi alla stregua di un servizio che il fideiussore rende al debitore, poiché l’esperienza delle operazioni bancarie indica che il garante è di norma partecipe della vicenda creditizia o dei risultati dell’attività economica finanziata; egli pertanto, avendo un interesse proprio alla concessione del credito, non necessiterebbe di alcun corrispettivo. Del tutto diversa è la fideiussione “a pagamento”, prestata da banche, società assicurative e altri garanti istituzionali a favore di imprese in relazione a particolari esigenze o attività e, comunque, senza far uso dello schema contrattuale in esame.

39. Nel corso dell’istruttoria, l’ABI ha prodotto i risultati di un’indagine effettuata attraverso un questionario inviato a un campione di banche rappresentativo dell’intero sistema.² L’indagine tendeva a ottenere un quadro comparativo della rilevanza della garanzia *omnibus* rispetto all’ammontare complessivo dei crediti concessi, nonché rispetto all’ammontare delle altre garanzie prestate da terzi a favore della clientela.

40. Dall’indagine risulta che il peso delle garanzie personali e reali sull’ammontare dei crediti concessi dal sistema bancario diverge significativamente in relazione alle categorie di soggetti affidati. In particolare, emerge una netta prevalenza delle garanzie di tipo personale rispetto a quelle reali quando il finanziamento venga richiesto per lo svolgimento di un’attività economica. Nell’ambito delle garanzie personali, la fideiussione *omnibus* rappresenterebbe, in termini quantitativi, la componente più rilevante; la maggior parte delle banche – indipendentemente dalla classe dimensionale – adotterebbe schemi contrattuali diversi da quello oggetto dell’istruttoria.

41. I dati pervenuti all’ABI indicano che non vi sono presso le banche specifiche direttive aziendali in ordine alla richiesta di garanzie personali alla clientela: ciò dimostrerebbe che ai soggetti preposti alla concessione del credito viene lasciata un’ampia autonomia. In ogni caso, la presenza di garanzie personali non determinerebbe un aggravio degli oneri per il debitore; anzi, proprio la diffusione della fideiussione nell’ambito delle attività economiche ne dimostrerebbe la convenienza, in quanto strumento che facilita l’accesso al credito in mancanza di altre idonee forme di garanzia.

42. La funzionalità della fideiussione *omnibus* rispetto alle specifiche esigenze del credito bancario sarebbe confermata dall’analisi dei nuovi principi di vigilanza prudenziale stabiliti dal Comitato

² Hanno fornito una risposta al questionario undici banche. L’ABI sottolinea la significatività delle indicazioni ottenute in base ai dati raccolti, sia perché la presenza fra le banche rispondenti di operatori di grandi dimensioni garantirebbe una buona copertura dell’ammontare complessivo dei crediti e di quello delle garanzie, sia perché sarebbero ben rappresentate le diverse categorie dimensionali.

di Basilea nel giugno 2004 (c.d. “Basilea 2”)³ e dalla Direttiva sull’adeguatezza patrimoniale, in corso di predisposizione. Da tali principi, ad avviso dell’ABI, emergerebbe la necessità per le banche di avvalersi di un modello di garanzia analogo alla fideiussione *omnibus*; soltanto quest’ultima, infatti, risponderebbe alle caratteristiche che le garanzie personali prestate alle banche devono presentare, secondo la nuova regolamentazione internazionale, ai fini dell’attenuazione del rischio per il calcolo dei requisiti patrimoniali.

VI. SCHEMI CONTRATTUALI PER LA FIDEIUSSIONE *OMNIBUS* IN ALTRI PAESI EUROPEI

43. Al fine di inquadrare lo schema in esame nella prassi bancaria europea, la Banca d’Italia ha raccolto informazioni circa le modalità di disciplina della garanzia fideiussoria nell’ambito di condizioni generali di contratto e di codici di autodisciplina predisposti dalle associazioni bancarie.
44. In Germania, la Federazione bancaria tedesca (*Bundesverband Deutscher Banken*) ha predisposto un contratto di garanzia personale che prevede l’obbligo del fideiussore di garantire tutti i crediti esistenti, futuri e condizionali concessi dalla banca al debitore principale (clausola *omnibus*). Inoltre, lo schema contrattuale prevede che il fideiussore sia tenuto a effettuare il pagamento su richiesta della banca, senza preventiva escussione del debitore principale (clausola “a prima richiesta”).
45. L’autorità di tutela della concorrenza (*Bundeskartellamt*) ha ritenuto che la standardizzazione contrattuale, pur essendo in via generale una limitazione della libertà contrattuale delle banche nei confronti della clientela, non sia contraria alla legge *antitrust* in relazione al legittimo interesse delle banche a razionalizzare i rapporti giuridici di massa, al miglioramento della tutela del cliente nei confronti della banca e all’assenza di riflessi sulle condizioni economiche applicate alla clientela.
46. Clausole simili a quelle utilizzate in Germania sono contemplate anche nel codice civile belga, in cui si prevede che il fideiussore può essere chiamato ad adempiere anche per obbligazioni del debitore principale diverse da quella per la quale si è direttamente impegnato e che la banca può chiedere al garante di pagare il debito anche senza aver preventivamente escusso il debitore principale. L’associazione bancaria belga non risulta aver elaborato schemi contrattuali standardizzati per la costituzione di garanzie personali, né si è sviluppata una prassi bancaria mirante a uniformare le condizioni economiche e contrattuali relative a tali garanzie.
47. Nel Regno Unito, la *British Bankers’ Association* ha adottato nel marzo 2003 un codice volontario, “*The Banking Code*”, nel quale vengono fissate alcune regole standard di comportamento per le banche nell’offerta di servizi bancari al dettaglio. Con tale accordo, le banche si impegnano con la propria clientela a rispettare una serie di principi in materia di contrattualistica e trasparenza tariffaria. In particolare, per quanto riguarda i rapporti di finanziamento, è previsto che la banca informi il garante circa l’evolversi della situazione finanziaria del debitore principale, incoraggi il garante a ottenere “*legal advice*” sulle implicazioni legali della concessione della garanzia, indichi chiaramente l’oggetto e i limiti di responsabilità nascenti dalla garanzia. Con riferimento alle principali clausole contrattuali, la banca ha la possibilità di chiedere al fideiussore di pagare il debito a semplice domanda, anche senza aver preventivamente escusso l’obbligato principale (clausola “a prima richiesta”).

³ Su “Basilea 2”, cfr. anche oltre, par. 72 e ss.

48. In Francia non esistono forme standardizzate di contratti bancari aventi a oggetto garanzie personali accessorie alla concessione di finanziamenti, predisposte dall'associazione di categoria delle banche. Per quanto concerne la disciplina civilistica delle garanzie personali assimilabili alla fideiussione, l'art. 2021 del Codice Civile prevede che il fideiussore risponda soltanto in via sussidiaria rispetto al debitore principale, salvo diverso accordo tra le parti. E' ammessa la possibilità che il creditore sia dispensato dal tentare di escutere in via preventiva il debitore e possa rivolgersi direttamente al garante, se quest'ultimo ha rinunciato a tale prerogativa o si è impegnato solidalmente con l'obbligato principale.

VII. IL PARERE DELL'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

49. Nel parere espresso sullo schema contrattuale definito dall'ABI, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato osserva preliminarmente che esso non è coerente con la *ratio* delle modifiche apportate alla disciplina codicistica della fideiussione con legge n. 154 del 1992, ispirate alla finalità di rafforzare la tutela della posizione contrattuale del garante. Lo schema dell'ABI, infatti, articolando la disciplina del rapporto in maniera dettagliata, sceglie, fra le varie opzioni lasciate dal codice civile alle parti per esercitare la propria autonomia contrattuale, la soluzione più sfavorevole al fideiussore. In particolare, tra le clausole che presentano profili di criticità dal punto di vista della concorrenza, l'Autorità indica – oltre a quelle previste dagli artt. 2, 6, 7, 8 e 13 dello schema, sopra descritte – anche quella dell'art. 1, secondo la quale la garanzia copre anche interessi, oneri tributari, spese e ogni altro accessorio, senza menzionare la possibilità di stipulare patto contrario, contemplata dall'art. 1942 cod. civ.

50. Secondo l'Autorità, l'istruttoria ha consentito di rilevare come il contenuto dello schema sia sostanzialmente riprodotto nei contratti delle banche interpellate; l'ampia diffusione delle clausole oggetto di verifica non può essere ascritta a un fenomeno "spontaneo" del mercato, ma piuttosto agli effetti di un'intesa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica.

51. I dati raccolti inoltre, ad avviso dell'Autorità, dimostrano la complessiva rilevanza del fenomeno della fideiussione, in quanto risulta che le garanzie personali sono presenti nel 18 per cento del totale dei crediti erogati dal sistema bancario, che possono rappresentare una parte molto importante del credito alla famiglia e alla piccola impresa.

52. Nel rilevare che nel 28 per cento dei casi la garanzia personale non è rilasciata da una persona fisica, l'Autorità conclude che il garante debba quindi essere un soggetto "professionale", che rilascia la garanzia a titolo oneroso. In questi casi – come pure in quelli in cui il fideiussore è un congiunto del debitore, cointeressato all'erogazione del credito – l'aggravamento della posizione del garante che deriva dalla disciplina dello schema negoziale ABI "*si riverbera direttamente sul debitore*", rendendo più gravose le complessive condizioni di finanziamento.

53. In ordine al nesso fra i principi definiti nell'ambito di "Basilea 2" e il contratto standard di fideiussione, l'Autorità osserva che l'idoneità della fideiussione *omnibus* ad attenuare il rischio di credito può essere considerata solo nell'ambito di un quadro di regole obbligatorie per il sistema bancario e non di forme volontarie di coordinamento promosse da un'associazione di categoria.

VIII. VALUTAZIONI

La standardizzazione contrattuale

54. In astratto, un'attività associativa che produca l'uniformità degli schemi contrattuali adottati dalle imprese associate può incentivare la concorrenza. Essa favorisce la domanda in quanto, aumentando la comparabilità dei prodotti, ne riduce i costi di selezione; anche l'offerta ne trae beneficio, poiché viene meno la necessità di una diffusa e continua negoziazione di clausole e viene data alle banche di dimensioni ridotte l'opportunità di operare nell'ambito di un quadro negoziale non dissimile da quello fornito dalle maggiori banche, in grado di elaborare autonomamente i propri schemi contrattuali.
55. La concorrenza tra gli operatori si articola sia sulle condizioni economiche sia sui contenuti del contratto: tra i diversi fattori che incidono sulla possibilità di scelta del cliente vi sono, oltre il prezzo, le modalità negoziali con cui il servizio o il prodotto vengono resi.
56. Secondo orientamenti ormai consolidati sono da ritenersi in contrasto con le regole della concorrenza gli schemi contrattuali atti a:
- fissare condizioni aventi, direttamente o indirettamente, incidenza economica, in particolare quando potenzialmente funzionali a un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti;
 - precludere o limitare in modo significativo la possibilità per le aziende associate di differenziare, anche sull'insieme degli elementi contrattuali, il prodotto offerto.
- Ciò che rileva, quindi, è la capacità dello schema di determinare – attraverso la standardizzazione contrattuale – una situazione di uniformità idonea a incidere su aspetti rilevanti per i profili di tutela della concorrenza.

La diffusione dello schema contrattuale

57. Allo scopo di verificare l'effettivo grado di uniformità degli schemi contrattuali utilizzati per le garanzie personali, nel mese di settembre 2004 la Banca d'Italia ha inviato una richiesta di informazioni a un campione di 7 banche di diversa dimensione.
58. Dall'analisi dei moduli contrattuali relativi alla fideiussione *omnibus*, è stato possibile rilevare che le clausole oggetto di approfondimento istruttorio, dal punto di vista sostanziale, sono riconducibili a un medesimo modello.
59. I testi contrattuali utilizzati dalle banche per la fideiussione *omnibus*, in ogni caso, contengono anche altre clausole che implicano oneri aggiuntivi nei confronti del garante rispetto a quelli previsti dallo schema ABI. Si è altresì riscontrato che nei moduli utilizzati dalle banche sono assenti, nella maggior parte dei casi, le disposizioni dello schema che prevedono, a carico della banca, l'assolvimento di alcuni obblighi informativi nei confronti del fideiussore, indipendentemente da una specifica richiesta di quest'ultimo in tal senso⁴. Dai dati raccolti emerge infine come la maggior parte delle clausole esaminate sia ritenuta dalle banche applicabile anche ai contratti stipulati da soggetti che rivestano la qualità di consumatori ai sensi dell'art. 1469-*bis*, comma 2, cod. civ.
60. L'esame della contrattualistica relativa alla fideiussione *omnibus*, pertanto, ha posto in evidenza come i testi negoziali in uso nella prassi bancaria disciplinano in maniera sostanzialmente

⁴ In particolare, si tratta delle comunicazioni relative alla posizione economica del debitore principale (art. 5, comma 3, dello schema) e all'eventuale decadenza del debitore stesso dal beneficio del termine (art. 7, comma 3, dello schema).

uniforme le principali clausole oggetto di istruttoria; essi presentano aspetti di diversificazione rispetto allo schema dell'ABI che si traducono in un complessivo aggravamento della posizione contrattuale del garante.

La diffusione delle garanzie personali

61. In Italia, la maggior parte dei crediti concessi dal sistema bancario a fine 2003 risultava assistita da garanzia. La distribuzione per tipo di garanzia prestata mette in evidenza che, a fronte di un 47 per cento del totale dei crediti concesso senza garanzia, il 35 per cento si avvale di garanzie reali e il 18 per cento di garanzie personali; tra queste ultime, assumono particolare rilievo le garanzie personali rilasciate da persone fisiche,⁵ che coprono il 13 per cento del totale dei crediti. Un ruolo di secondo piano è svolto dalle imprese non bancarie (2,8 per cento del totale), dallo Stato e dagli enti pubblici (1,2 per cento del totale) e dagli stessi enti creditizi (1 per cento del totale). Tra le garanzie personali, quelle fideiussorie, pur rappresentando presumibilmente la componente più rilevante dal punto di vista quantitativo, non costituiscono comunque l'unica tipologia utilizzata nei rapporti di finanziamento bancario.

Totale dei crediti per comparti di attività economica della controparte e tipo di garanzia prestata

(Fonte: segnalazioni di vigilanza, dicembre 2003: milioni di euro)

	Garanzia reale	Garanzia personale di:				Senza garanzia	Totale	in %
		Stati ed enti pubblici	Enti creditizi	Imprese non bancarie	Famiglie			
Amministrazioni pubbliche	5,374	5,998	9	1	69	39,708	51,159	5
Imprese finanziarie e assicurative	10,996	1,019	2,780	1,956	4,011	117,185	137,947	13
Società non finanziarie	164,458	5,078	6,524	24,137	100,214	256,736	557,147	52
Famiglie produttrici	28,958	43	583	1,376	19,297	20,760	71,017	7
Famiglie consumatrici	159,868	58	603	570	14,224	59,023	234,346	22
Resto del mondo	6,186	682	509	2,353	1,989	12,663	24,382	2
	375,840	12,878	11,008	30,393	139,804	506,075	1,075,998	100

62. La fideiussione viene di norma richiesta nei casi in cui le valutazioni sul merito di credito segnalano elementi di incertezza circa la capacità di rimborso del debitore e non sono disponibili garanzie di natura reale. Nella maggior parte dei casi il fideiussore è una persona che ha un interesse diretto all'erogazione del finanziamento e, pertanto, non richiede un corrispettivo economico al debitore della banca. Di norma, si tratta di un congiunto dell'imprenditore che presta la garanzia a favore dell'impresa familiare gestita da quest'ultimo. Il garante può tuttavia essere estraneo all'attività dell'impresa e in ogni caso il suo patrimonio rimane distinto da quello del garantito; non può affermarsi, quindi, che l'eventuale onere sostenuto dal fideiussore ricada sul debitore incidendo sul costo complessivo del finanziamento.

⁵ La gran parte delle garanzie personali (il 72 per cento circa) viene rilasciata da persone fisiche a copertura dei rischi relativi ai crediti concessi dalle banche a famiglie produttrici (imprese familiari, per una quota pari al 14 per cento dei crediti assistiti da garanzia personale rilasciata da persone fisiche) e a società non finanziarie (per il 72 per cento circa).

63. Nelle ipotesi - meno frequenti - di garanzie non rilasciate da persone fisiche, non è sempre riferibile al prestatore un carattere di professionalità nell'attività di concessione delle garanzie. Al riguardo, si osserva che tale attività, qualora sia esercitata dallo Stato e da enti pubblici, risponde a finalità diverse da quella lucrativa. Nell'ambito delle garanzie prestate da imprese non bancarie rientrano, tra l'altro, quelle concesse da imprese capogruppo a favore di società controllate; anche in tale ipotesi, è presumibile che non vi sia alcun onere pecuniario direttamente connesso al rilascio della copertura. Per quanto concerne gli enti creditizi, questi, nel prestare garanzie a titolo professionale, si avvalgono di schemi contrattuali diversi da quello della fideiussione *omnibus*.

La funzione delle garanzie per la concessione del credito

64. Nella teoria economica la funzione delle garanzie viene posta in relazione soprattutto con l'imperfetta conoscenza - *ex ante* - da parte del creditore della reale situazione finanziaria del debitore, tanto più che quest'ultimo non ha interesse a metterne in luce eventuali aspetti sfavorevoli alla concessione del credito. In tal senso, la presenza di garanzie è idonea a ridurre il rischio insito nella concessione del credito, in quanto consente al creditore di rivalersi, in caso di inadempimento del debitore principale, sul patrimonio di un terzo soggetto estraneo al rapporto di finanziamento.

65. Dal punto di vista del creditore, gli elementi suscettibili di incidere sulla valutazione *ex ante* del merito di credito sono due: il rischio di insolvenza della controparte e la quota di credito che non sarà possibile recuperare in caso di inadempimento. La presenza di garanzie a fronte del finanziamento potrebbe influenzare positivamente proprio quest'ultimo fattore.

66. La funzione di contenimento del rischio assolta dalle garanzie ha particolare rilevanza quando a essere finanziata è un'impresa che risponde con il proprio capitale, ma non con il patrimonio personale dell'imprenditore. Quest'ultimo, infatti, ha un incentivo a cercare di accrescere il rendimento degli investimenti assumendo rischi superiori a quelli inizialmente previsti, in misura tanto maggiore quanto minore è il capitale da lui conferito all'impresa.

67. Anche le banche possono trovarsi in una situazione di non perfetta conoscenza delle condizioni economiche dei propri clienti. Il difetto di informazione può portare l'intermediario a richiedere un tasso d'interesse più elevato, ma ciò può finire per precludere l'accesso al credito a imprese con progetti d'investimento meno rischiosi, a vantaggio di quelli più rischiosi.

68. Il ricorso alle garanzie contribuisce a ovviare a queste difficoltà: la convenienza a fornirle al proprio creditore anziché pagare un interesse elevato è, infatti, maggiore proprio per quelle imprese caratterizzate da un profilo di rischio più contenuto, perché minore è la possibilità di perdere quanto dato in garanzia.

69. La letteratura economica sottolinea i benefici delle garanzie nella concessione del credito: alcune conferme in questo senso vengono da verifiche empiriche, che sembrano confermare la funzione delle garanzie nel mitigare la rischiosità *ex ante* dei debitori e ridurre il tasso d'interesse sul credito, a parità di altre determinanti.

70. Nella pratica, tuttavia, la reale capacità dei creditori di vedere soddisfatte, almeno parzialmente, le proprie ragioni è legata in ultima analisi al funzionamento del sistema giudiziario, in quanto i tempi e l'efficienza delle procedure contribuiscono alla determinazione della quota di credito effettivamente recuperabile. Al riguardo, i risultati dell'indagine condotta dalla Banca d'Italia

nel 2000-2001 relativamente all'attività di recupero crediti delle banche⁶ mettono in evidenza un livello significativo di inefficienza dei meccanismi giurisdizionali italiani per il recupero dei crediti, in termini sia di costi, diretti e indiretti, sia di tempi delle relative procedure⁷. Una conferma indiretta di tale inefficienza è costituita dall'ampio ricorso delle banche ad accordi stragiudiziali di tipo privatistico che, nonostante la loro onerosità, consentono di definire le controversie in tempi più rapidi.

71. La letteratura mostra che bassi livelli di tutela giuridica dei creditori possono determinare fenomeni di razionamento sul mercato del credito; da questo punto di vista, è opportuno sottolineare che la predisposizione di clausole contrattuali in grado di assicurare adeguata protezione al creditore può sopperire, almeno in parte, alle carenze del sistema giudiziario per il recupero dei crediti. Ciò vale soprattutto per le garanzie personali, per le quali non è possibile, come nel caso delle garanzie reali, individuare specifici beni direttamente vincolati a garanzia del credito. L'elemento soggettivo che caratterizza questo tipo di garanzie potrebbe, pertanto, giustificare l'utilizzo di condizioni contrattuali che consentano al creditore di pretendere il pagamento dal garante in via immediata e senza dover esperire a tal fine onerose procedure giudiziarie.

Il ruolo della fideiussione *omnibus* per l'attenuazione del rischio di credito secondo l'Accordo "Basilea 2"

72. Il nuovo Accordo sul Capitale (c.d. "Basilea 2") definisce i principi necessari ad assicurare l'adeguatezza del patrimonio delle banche rispetto ai rischi a cui sono esposte nello svolgimento della loro attività, individuando diversi metodi per la sua determinazione. In particolare, per quanto riguarda il rischio di credito, le banche possono scegliere fra il metodo "standardizzato" e quello basato sui "rating interni". Nel primo metodo, la valutazione del rischio di credito delle controparti affidate dipende dalla natura della controparte ed, eventualmente, dai rating attribuiti da apposite agenzie specializzate; nel secondo, da valutazioni del merito di credito svolte dalle banche sulla base di propri sistemi interni. A sua volta il metodo basato sui rating interni (IRB) prevede una versione c.d. "di base" – nella quale le banche devono disporre solo di una stima della probabilità di insolvenza delle controparti affidate, mentre gli altri parametri di rischio vengono stabiliti dalle Autorità di Vigilanza – e una "avanzata", nella quale le banche definiscono tutti i parametri utili per la determinazione del requisito patrimoniale.
73. Il contenuto dell'Accordo verrà recepito nella direttiva in materia di requisiti patrimoniali delle banche e delle imprese di investimento, in corso di definizione, e troverà quindi applicazione in tutti i paesi dell'Unione.
74. Nel quadro dell'Accordo le garanzie personali possono essere utilizzate ai fini dell'attenuazione del rischio di credito legato all'esposizione cui si riferiscono, purché vengano rispettate determinate condizioni. Tra queste, assume particolare rilievo quella che richiede la "esplicita" riferibilità della garanzia "a specifiche esposizioni o a un pool di esposizioni, così che l'entità della copertura sia chiaramente definita e incontrovertibile". E' necessario attendere la completa definizione delle regole applicative dell'Accordo per valutare se la fideiussione *omnibus*, tenuto conto della sua natura di garanzia a copertura di tutte le obbligazioni presenti e

⁶ L'indagine (cfr. *Bollettino di Vigilanza* n. 12 del 2001) si è basata su un questionario sottoposto a tutte le banche del sistema, escluse le BCC e le filiali di banche estere. Hanno risposto 253 intermediari, ai quali faceva capo, alla data di riferimento della rilevazione (dicembre 1999), il 90,5 per cento degli impieghi propri totali verso residenti.

⁷ In base ai dati forniti dall'indagine, il completamento delle procedure fallimentari e dei concordati preventivi richiede in media 6-7 anni; le procedure di esecuzione mobiliare e immobiliare hanno una durata compresa tra 2,6 e 7,1 anni.

future nascenti dal rapporto tra il debitore principale e la banca, possa essere considerata uno strumento idoneo per il contenimento del rischio di credito a fini della determinazione dell'adeguatezza patrimoniale.

75. Qualora risultasse che la fideiussione *omnibus* rispetta il sopra menzionato principio dell'esplicita riferibilità, essa potrebbe essere utilizzata per l'attenuazione del rischio dalle banche che utilizzano il c.d. metodo "standardizzato" oppure il metodo "dei *rating* interni di base", limitatamente ai casi in cui la garanzia sia prestata da particolari categorie di soggetti (Stato, enti pubblici, banche, imprese industriali o assicurative con *rating* elevato), ritenute in grado di assicurare una qualità particolarmente alta di protezione del credito.
76. Diversamente, per le banche che adotteranno il c.d. "metodo IRB avanzato", in linea di principio qualsiasi tipo di garanzia personale risulta ammissibile, a condizione che la banca sia in grado di poter dimostrare – alla luce di idonee evidenze storiche – che la garanzia utilizzata è efficace nella riduzione delle perdite in caso di inadempimento del debitore originario .
77. Ai fini del riconoscimento della garanzia personale come strumento di riduzione dei requisiti patrimoniali della banca finanziatrice è essenziale che il contratto non consenta al fideiussore di evitare o ritardare il pagamento di quanto dovuto, in caso di inadempimento del debitore principale. La garanzia, in altri termini, dev'essere escutibile immediatamente, senza che alla banca possano essere opposte eccezioni⁸. Risponde a tale caratteristica, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, la clausola concernente l'impegno del fideiussore a pagare alla banca "a prima richiesta" quanto dovuto.

Le condizioni contrattuali della fideiussione *omnibus*

78. Le valutazioni effettuate durante l'istruttoria non hanno avuto per oggetto la legittimità di singole clausole né la possibilità o meno per le banche di utilizzare la contrattualistica. Ai fini della tutela della concorrenza occorre accertare che l'inserimento nello schema contrattuale uniforme predisposto dall'Associazione di categoria di talune clausole, contenenti per il fideiussore oneri diversi da quelli derivanti dalla disciplina ordinaria, non ostacoli la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche a uniformarsi a uno standard negoziale che prevede una deteriore disciplina contrattuale della posizione del garante.
79. Con riferimento all'osservazione dell'Autorità garante, secondo cui le divergenze di alcune disposizioni dello schema ABI rispetto alla disciplina civilistica, suscettibili di aggravare la posizione contrattuale del fideiussore, contrasterebbero con la ratio di tutela del garante che ha ispirato la legge n. 154 del 1992, si rileva che con l'intervento in parola il legislatore ha inteso soltanto introdurre un limite massimo all'esposizione del garante nella fideiussione *omnibus*, e non incidere sull'autonomia contrattuale delle parti con riferimento agli altri aspetti del rapporto.
80. La previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l'esigenza, presente nell'ordinamento giuridico, di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta

⁸ "Non sono consentite clausole contrattuali, al di fuori di quelle rientranti sotto il diretto controllo della banca, che evitino al fornitore della protezione l'obbligo di effettuare tempestivamente i pagamenti dovuti nel caso in cui la controparte originaria non abbia adempiuto all'obbligazione prevista dal contratto" (Cfr. testo dell'Accordo "Basilea 2", paragrafo 189).

dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore "a prima richiesta" della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garanzia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela.

81. La clausola "a prima richiesta" è particolarmente importante ai fini di un'adeguata protezione delle esigenze connesse al credito bancario, poiché permette alla banca di recuperare immediatamente il proprio credito senza dover escutere in precedenza il debitore principale, né dimostrare il verificarsi di alcuna specifica condizione; al contempo, essa consente al fideiussore di far valere i suoi diritti in un momento successivo, al fine di ottenere la restituzione di quanto eventualmente versato indebitamente alla banca, che, in quanto soggetto certamente solvibile, assicura al garante una ragionevole certezza della restituzione. In questo senso, la clausola in discorso differisce da quella già esaminata dalla Banca d'Italia nell'ambito del provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994 (Norme Bancarie Uniformi). In quell'occasione, è stata contestata la previsione che modificava, in senso sfavorevole al cliente, la disciplina stabilita dal codice civile relativamente all'opponibilità delle eccezioni da parte del fideiussore. Le modifiche apportate dall'ABI alla clausola relativa al pagamento "a prima richiesta" restituiscono al garante la possibilità di far valere le eccezioni dopo aver eseguito il pagamento, che risultava preclusa in assoluto nell'ambito del precedente schema negoziale (c.d. *solve et repete*).⁹
82. Il confronto con le esperienze dei principali Paesi europei ha posto in evidenza l'ampia diffusione della clausola a prima richiesta nell'ambito della prassi bancaria e commerciale; essa riveste altresì un ruolo essenziale ai fini dell'attenuazione del rischio di credito ai sensi dell'Accordo Basilea 2 (cfr. par. 77).
83. Con riferimento alla deroga all'art. 1957 cod. civ. configurata dall'art. 6 dello schema ABI, occorre rilevare che essa ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà – come ritiene l'ABI – quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a vantaggio del garante.
84. La clausola che dispone la "reviviscenza" della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (art. 2 dello schema) impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest'ultimo (cfr. art. 1953 cod. civ.). Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione

⁹ Cfr. art. 7, comma 1, delle "Condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie" valutate nell'ambito del provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994, pubblicato nel Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 48 del 1994. Rispetto alla formulazione precedente, che dichiarava il fideiussore tenuto al pagamento "*anche in caso di opposizione del debitore*", il nuovo testo della clausola si limita a stabilire che "*il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovute*".

della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso.

85. Inoltre, la clausola in questione può comportare la deroga all'art. 1945 cod. civ. in tutti i casi in cui il debitore agisca nei confronti della banca per la restituzione di quanto ritenga di aver pagato in eccedenza rispetto al dovuto. In tal caso il fideiussore sarebbe comunque impegnato a rimborsare alla banca le somme che la stessa fosse tenuta a restituire all'originario debitore, senza poter far valere le eccezioni di pertinenza del debitore.
86. L'art. 8 dello schema estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore, derivanti dall'invalidità del rapporto principale. Tali obblighi sono ulteriori e diversi rispetto a quelli di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore in forza dei rapporti creditizi cui accede la fideiussione. Pertanto, una siffatta previsione non appare connaturata all'essenza del rapporto di garanzia e potrebbe, per converso, indurre la banca, in sede di concessione del credito, a dedicare una minore attenzione alla validità o all'efficacia del rapporto instaurato con il debitore principale; essa, infatti, potrebbe comunque contare sulla permanenza dell'obbligazione di garanzia in capo al fideiussore *omnibus* al fine di ottenere il rimborso delle somme a qualsivoglia titolo erogate.
87. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel parere reso sull'istruttoria, ha rilevato che l'art. 8 dello schema avrebbe dovuto essere modificato dall'ABI già in esito al provvedimento della Banca d'Italia n. 12 del 1994. Tuttavia, nell'insieme delle valutazioni svolte nel procedimento del 1994 – concernenti gli effetti del regime di opponibilità delle eccezioni – la clausola in questione non è stata specificamente considerata.
88. Per quanto concerne l'art. 13 dello schema, il collegamento negoziale esistente tra la fideiussione e il rapporto principale garantito, alla luce degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia, può giustificare l'inapplicabilità della speciale disciplina di tutela dei consumatori quando la fideiussione – ancorché prestata da un consumatore – accede a un contratto stipulato da un soggetto che rivesta la qualità di “professionista” ai sensi dell'art. 1469-*bis*, comma 2, cod. civ.¹⁰
89. Ciò posto, la clausola dell'art. 13 dello schema – che esclude alcuni oneri a carico del garante solo quando sia quest'ultimo, sia il debitore principale appartengano alla categoria dei consumatori – non determina una riduzione della tutela riconosciuta dall'ordinamento ai consumatori, ma tiene conto della necessità di adeguare tale tutela alle caratteristiche del contratto di fideiussione (accessorio rispetto al rapporto garantito). Al riguardo, si osserva che la potenziale incidenza di tale clausola sul mercato degli impieghi bancari appare comunque notevolmente ridotta, alla luce del fatto che le garanzie personali prestate da persone fisiche sono rilasciate, per la maggior parte, a fronte di finanziamenti concessi dalle banche a famiglie produttrici e società non finanziarie (“professionisti”).
90. L'Autorità garante ritiene che anche la clausola prevista dall'art. 1 dello schema ABI, che estende la garanzia a tutte le spese, oneri ed accessori comunque dovuti dal debitore, presenti profili di criticità in quanto delinea una disciplina uniforme più onerosa per il fideiussore rispetto a quella prevista dal codice civile (art. 1942, che ammette la stipulazione di un patto contrario). Al riguardo, si osserva che non può definirsi “peggiorativa” rispetto al codice civile una clausola che riproduce – in modo pressoché testuale – la regola di carattere generale posta dal legislatore.

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia UE, 17 marzo 1998, C-45/96; Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2001, n. 314.

IX. CONCLUSIONI

91. L'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90 considera intese gli accordi e le pratiche concordate tra imprese nonché “le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari”. Le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”, in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90.
92. Il successivo comma dell'articolo 2 della legge n. 287/90 vieta “le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali”, quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati. Le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti¹¹. Relativamente a quest'ultimo profilo, la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI.
93. Le verifiche compiute nel corso dell'istruttoria hanno mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI. Tale uniformità discende da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo.
94. La standardizzazione contrattuale non produce necessariamente effetti anticoncorrenziali. Essa può risultare compatibile con le regole di concorrenza a condizione che gli schemi uniformi non ostacolino la possibilità di diversificazione del prodotto offerto, anche attraverso la diffusione di clausole che, fissando condizioni contrattuali incidenti su aspetti significativi del rapporto negoziale, impediscano un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti.
95. In questo senso, non è ingiustificato l'onere per il fideiussore determinato dalla presenza nello schema ABI della clausola “a prima richiesta”. Come emerso nel corso dell'istruttoria – infatti – essa risulta funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito bancario. Tale valutazione trova conferma nel raffronto con le esperienze estere, da cui emerge un'ampia diffusione della clausola in questione, e in quanto previsto nell'Accordo di Basilea 2, che considera la clausola stessa essenziale ai fini del riconoscimento delle garanzie personali come strumenti di attenuazione del rischio.
96. Viceversa, per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di “sopravvivenza” della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

¹¹ Cfr. provvedimento della Banca d'Italia n. 12 del 3 dicembre 1994 - *Associazione Bancaria Italiana*, pubblicato nel Bollettino n. 48 del 19 dicembre 1994 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Sentenza della Corte di Giustizia del 17 ottobre 1972, causa 8/72 *Cementhandelaren*.

Tutto ciò premesso e considerato:

DISPONE

- a) gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione *omnibus*) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90;
- b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza.

L'ABI è tenuta a trasmettere preventivamente alla Banca d'Italia le circolari, emendate dalle disposizioni citate alla precedente lettera a), mediante le quali lo schema contrattuale oggetto d'istruttoria verrà diffuso al sistema bancario.

Il provvedimento verrà notificato alla parte interessata e, successivamente, pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento – ai sensi dell'art. 33, comma 1, della legge n. 287/90 – può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, entro 60 giorni dalla data di notifica.

IL DIRETTORE GENERALE

V. Desario