

I584 - ABI: CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO PER LA FIDEIUSSIONE A GARANZIA DELLE OPERAZIONI BANCARIE

Provvedimento n. 14251

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 aprile 2005;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il provvedimento della Banca d'Italia n. 236/A, adottato in data 8 novembre 2003, con il quale è stato disposto l'avvio di un'istruttoria ai sensi degli articoli 2 e 14 della legge citata, nei confronti dell'Associazione Bancaria Italiana, relativamente allo schema negoziale di condizioni generali di contratto relativo alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie" che regola i rapporti banca-clienti;

VISTO il provvedimento della Banca d'Italia n. 249/A, adottato in data 8 aprile 2004, con il quale il termine di conclusione del procedimento è stato prorogato al 31 ottobre 2004;

VISTA la richiesta di parere della Banca d'Italia, ai sensi dell'articolo 20, comma 3, della legge citata, pervenuta in data 25 marzo 2005, integrata con la documentazione pervenuta in data 1° aprile 2005;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. In data 25 luglio 2003 la Banca d'Italia ha inviato all'Autorità, ai fini dell'emanazione del parere di cui dall'articolo 20, comma 3, della legge n. 287/90, il testo degli schemi contrattuali uniformi predisposti dall'Associazione Bancaria Italiana (di seguito ABI) e da alcune associazioni di consumatori¹, e denominati "Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus)", "Condizioni generali per l'utilizzo della carta di credito" e "Servizi di investimento – disposizioni comuni".

2. Tali schemi negoziali sono stati trasmessi nella versione definitiva elaborata dall'ABI in data 11 luglio 2003, al fine di tenere conto delle modifiche suggerite dalla Banca d'Italia stessa, nei mesi di aprile e maggio 2003, per rimuovere alcune previsioni suscettibili di restringere la concorrenza nel settore dei servizi bancari. Relativamente alla fideiussione omnibus, le modifiche riguardano: *i*) l'applicabilità dell'articolo 1948 c.c. (obbligazione del fideiussore del fideiussore) ai rapporti tra fideiussore e banca; *ii*) la limitazione della deroga all'articolo 1957 c.c. alla sola indicazione dei tempi per proporre le istanze nei confronti del debitore principale; *iii*) l'obbligo di rendere nota al fideiussore la risoluzione del contratto della banca con il debitore principale.

3. In data 8 novembre 2003, la Banca d'Italia, previo parere dell'Autorità reso in data 22 agosto 2003 che rilevava possibili aspetti restrittivi della concorrenza e prospettava l'esigenza di avviare la procedura istruttoria, ha deliberato di avviare un'istruttoria relativa allo schema negoziale "Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus)", che regola i rapporti banca-cliente².

4. In data 25 marzo 2005, la Banca d'Italia ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio parere in merito a tale schema contrattuale.

II. LA PARTE

5. L'ABI è un'associazione senza scopo di lucro, alla quale aderiscono la quasi totalità delle banche nonché un ampio numero di altri intermediari finanziari, operanti sul territorio nazionale. In particolare, al dicembre 2003, l'ABI riuniva più di 700 banche e 250 intermediari finanziari (società finanziarie, di *leasing*, di *factoring* e di intermediazione mobiliare). Al fine di perseguire il proprio compito istituzionale, l'ABI predispone, fra l'altro, schemi negoziali relativi a condizioni generali di contratto che le banche possono utilizzare nei rapporti con la clientela.

¹ [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 e Unione Nazionale Consumatori – UNC.]

² [Gli schemi relativi alle "Condizioni generali per l'utilizzo della carta di credito" e ai "Servizi di investimento – disposizioni comuni" sono stati oggetto dell'istruttoria I592, Associazione Bancaria Italiana, conclusasi in data 28 ottobre 2004, in Boll. n. 44/04. Lo schema negoziale oggetto del presente parere, invece, riguarda un mercato riservato all'attività delle banche dalla normativa bancaria, in quanto la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie costituisce un contratto accessorio al rapporto principale relativo al finanziamento che la banca eroga al proprio cliente.]

III. L'ACCORDO FIDEIUSSIONE OMNIBUS

6. La fideiussione è il contratto con il quale un soggetto estraneo al rapporto di credito (fideiussore) presta al creditore (in questo caso, la banca) una garanzia in favore del debitore, impegnandosi a rimborsare il debito nel caso in cui ciò non venga fatto dal debitore. Lo schema contrattuale relativo alla fideiussione omnibus predisposto dall'ABI contiene la definizione dei diritti e degli obblighi della banca creditrice e del soggetto che presta garanzia (fideiussore), a beneficio di qualunque obbligazione, presente o futura, per un importo massimo determinato, assunta dal debitore della banca. Per le banche aderenti all'ABI, l'adozione dello schema di contratto notificato costituisce una facoltà, dato che – secondo quanto dichiarato dall'ABI alla Banca d'Italia e ribadito nel corso dell'istruttoria – esso non ha natura vincolante né obbligatoria per le banche che sono libere di predisporre schemi contrattuali diversi da quello in questione.

7. Il contratto standard oggetto del presente procedimento è composto da 13 articoli che definiscono l'oggetto della garanzia (articolo 1), gli obblighi del fideiussore (artt. 2, 3, 4, 6, 7, 8 e 10), gli obblighi della banca (articolo 5), le facoltà della banca (artt. 9, 11 e 12), nonché le clausole non applicabili ai fideiussori che rivestono la qualità di consumatori ai sensi dell'articolo 1469-bis, comma 2, c.c. e prestano garanzia a favore di soggetti aventi la medesima qualità (articolo 13).

Le clausole sulle quali si è incentrata l'istruttoria della Banca d'Italia

8. L'istruttoria condotta dalla Banca d'Italia si è incentrata sulle clausole dello schema Fideiussione omnibus che configurano in capo al fideiussore e a favore della banca obblighi non previsti nella disciplina codicistica della fideiussione. In particolare, la Banca d'Italia ha sottolineato che, ai fini di tutela della concorrenza, la disciplina derogatoria contenuta nello schema negoziale predisposto dall'ABI assume rilievo per il potenziale effetto di standardizzazione dell'offerta insito nella deliberazione di un'associazione di imprese, laddove, determinando oneri aggiuntivi a carico del prestatore della garanzia valutabili in termini indirettamente economici, appare idonea a favorire la diffusione uniforme su tutto il territorio nazionale di clausole che potrebbero non contemperare in modo equilibrato gli interessi delle parti.

9. In particolare, la Banca d'Italia ha mostrato sostanzialmente di condividere quanto espresso nel citato parere dall'Autorità, soffermandosi sugli obblighi ulteriori e diversi rispetto a quelli di garanzia dell'adempimento di obbligazioni assunte dal debitore in forza di rapporti creditizi cui accede la fideiussione, derivanti dagli articolo 2, 6-8 dello schema contrattuale.

10. Più specificamente, la Banca d'Italia ha considerato che lo schema negoziale predisposto dall'ABI prevede una clausola di reviviscenza della fideiussione a fronte di vicende estintive o di cause di invalidità del rapporto principale, soltanto esemplificativamente indicate (articolo 2). Precisamente, lo schema delinea la permanenza dell'obbligazione fideiussoria laddove prevede che *"il fideiussore si impegna altresì 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"*. Inoltre è previsto che la garanzia del fideiussore sia estesa anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale, in quanto *"qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate"* (articolo 8).

Ad esito dell'istruttoria, è emerso che le due disposizioni divergono dalla disciplina codicistica e introducono, altresì, in capo al fideiussore obblighi di garanzia ulteriori e diversi rispetto a quelli nascenti dal rapporto creditizio originariamente garantito. Pertanto, entrambe le clausole sono risultate idonee a rendere più gravosa la posizione del fideiussore, rafforzando al contempo quella della banca.

11. L'istruttoria ha inoltre considerato che lo schema predisposto dall'ABI presenta come clausola standard la rinuncia del fideiussore ai termini previsti dall'articolo 1957 c.c., affinché la banca possa far valere l'obbligazione di garanzia dopo la scadenza di quella principale, stabilendo 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'articolo 1957 c.c., che si intende derogato"* (articolo 6).

Anche tale clausola è risultata essere peggiorativa rispetto alla disciplina posta dal codice civile che lega la permanenza del vincolo in capo al fideiussore, dopo la scadenza dell'obbligazione principale, al fatto che il creditore proponga le sue istanze nei confronti del debitore entro un breve termine predefinito (sei mesi o due, a seconda dei casi). Per effetto di quanto previsto dallo schema, la banca creditrice si troverebbe nella più agevole condizione di poter proporre le proprie azioni per un tempo sensibilmente più lungo, coincidente con il termine di prescrizione, ciò che si traduce in un'estensione del vincolo del fideiussore.

12. Lo schema prevede altresì un generale obbligo di pagamento "a prima richiesta", in base al quale "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovute per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio" (articolo 7, comma 1). Tale clausola consente al fideiussore di opporsi al pagamento soltanto dopo averlo, magari indebitamente, effettuato e appare costituire, ad avviso della Banca d'Italia, una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata dall'articolo 1945 c.c., secondo il quale il fideiussore può opporsi al pagamento immediato facendo valere le eccezioni spettanti al debitore principale.

13. L'istruttoria condotta dalla Banca d'Italia ha poi evidenziato la criticità della clausola che, salvo patto contrario, esclude l'applicazione delle citate clausole di cui agli articoli 2 e 7, comma 1, alla garanzia prestata dal soggetto che riveste la qualifica di consumatore ai sensi dell'articolo 1469-bis, comma 2, c.c., in favore di altro soggetto avente la medesima qualifica, avendo agito "*per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale*" svolta (articolo 13 dello schema contrattuale). Anche in questo caso viene osservato che tale disposizione diverge dalla disciplina codicistica che estende la tutela di cui all'articolo 1469 bis c.c. ai casi in cui il contratto è stipulato da un consumatore e una persona fisica o giuridica che agisce per scopi inerenti alla propria attività d'impresa (quale appunto una banca). Ciò implica che l'articolo 13 dello schema attenua la tutela del consumatore stabilita dal codice civile.

14. L'istruttoria è stata anche volta a verificare se l'aggravio della posizione del fideiussore derivante dallo schema negoziale produca conseguenze economiche sul debitore, come indicato nel parere reso dall'Autorità in data 22 agosto 2003. L'Autorità riteneva, infatti, che il debitore potrebbe sopportare un costo complessivo superiore per ottenere un finanziamento, in conseguenza della minor propensione di terzi a prestarsi garanti, ciò che, in definitiva, ridurrebbe la facilità di accedere al credito bancario per il debitore principale. La predisposizione di norme contrattuali uniformi relative al contratto di fideiussione doveva essere valutata, quindi, anche sotto il profilo della sua capacità di influenzare le complessive condizioni di credito che i debitori si trovano a dover fronteggiare al momento del finanziamento.

15. Quanto a tali profili, relativi all'aggravio delle condizioni economiche del debitore principale per effetto dei maggiori oneri gravanti sulla posizione del fideiussore, nel corso dell'istruttoria sono state formulate richieste di informazioni ad alcuni istituti di credito, al fine di verificare l'incidenza economica sull'accesso al credito, sia quando la banca concedente è beneficiaria di una garanzia (fideiussione attiva), sia quando si presta essa stessa garante di un debito a favore di altra banca (fideiussione passiva).

IV. VALUTAZIONI

16. La fattispecie in esame interessa l'attività di erogazione del credito alle famiglie e alle imprese, effettuata dalle banche. Infatti, anche dall'istruttoria condotta dalla Banca d'Italia risulta che, allo stato, la fideiussione omnibus rappresenta per lo più un servizio accessorio a quello di finanziamento, il cui ottenimento può spesso essere addirittura subordinato alla prestazione di tale garanzia. In ragione poi della circostanza che l'attività dell'ABI si rivolge a tutti gli associati, presenti sull'intero territorio nazionale, la fattispecie realizza effetti in un ambito più esteso che sui singoli mercati rilevanti regionali degli impieghi bancari, riconducibile all'insieme di tutti i predetti mercati locali.

17. Data la natura di impresa delle banche aderenti all'ABI, quest'ultima si configura come un'associazione di imprese. Lo schema di contratto relativo alla fideiussione omnibus, pertanto, in quanto predisposta e adottata dall'ABI, costituisce una deliberazione di un'associazione di imprese, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90.

Ai sensi dell'articolo 2 di tale legge, sono vietate le intese che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

18. Lo schema di contratto predisposto dall'ABI in materia di fideiussione omnibus propone condizioni contrattuali uniformi per regolare i rapporti banca-cliente nell'accesso al credito assistito da questa forma di garanzia personale.

19. In via preliminare, si osserva che lo schema in esame sembra tradire la *ratio* delle modifiche introdotte dall'articolo 10 della l. 17 febbraio 1992, n. 154³, al fine di introdurre garanzie a favore del fideiussore non previste in origine dal codice civile e porre fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in merito alla prestazione di una garanzia per un importo non determinato, né determinabile nel suo ammontare. Senza ripercorrere in dettaglio l'evoluzione di tale dibattito, ci si limiterà qui a ricordare che la l. n. 154/92 è intervenuta per ripristinare e garantire un equilibrio contrattuale anche nella fideiussione omnibus, parametrando l'esposizione del fideiussore sulla capacità patrimoniale del debitore principale e non su quella del fideiussore stesso. In particolare, l'articolo 10 della citata legge ha modificato e reso di natura imperativa due disposizioni del codice civile: l'articolo 1938, in cui si specifica che la fideiussione *omnibus* deve contenere l'indicazione dell'importo massimo garantito e l'articolo 1956 c.c., con l'aggiunta del secondo comma in cui si prevede la non validità di una preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione. È pur vero che la legge n. 154/92 è stata abrogata dall'articolo 161 del Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385, ma le novelle al codice civile sono state fatte salve.

20. Il regolamento contrattuale definito dall'ABI risulta, invece, nel suo complesso idoneo ad aggravare, come verrà più ampiamente esposto in seguito, la posizione del fideiussore rispetto a quella del debitore principale.

21. L'istruttoria ha confermato che, attraverso tale schema, e in particolare le clausole di reviviscenza e sopravvivenza della fideiussione (artt. 2 e 8), di preventiva rinuncia al termine di cui all'articolo 1957 c.c. (articolo 6) e di pagamento "a prima richiesta" (articolo 7), sulle quali si erano soffermati il parere dell'Autorità del 22 agosto 2003 e il provvedimento di avvio della Banca d'Italia, l'ABI detta una disciplina significativamente non equilibrata degli interessi delle parti contraenti.

22. In questa prospettiva, l'argomentazione ripetutamente svolta dall'ABI, secondo cui lo schema non fa che avvalersi delle deroghe alla disciplina generale della fideiussione consentite dallo stesso codice civile, appare priva di pregio. Va

³ [Legge recante "*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*".]

rilevato, infatti, che lo schema predisposto dall'ABI non si limita ad avvalersi, puramente e semplicemente, di tali deroghe, ma, articolando in maniera dettagliata, come riconosciuto dalla stessa Banca d'Italia, il rapporto contrattuale, sceglie, fra le varie opzioni lasciate dal codice civile alle parti per esercitare la propria autonomia contrattuale, la soluzione più sfavorevole al fideiussore.

23. Ciò vale non soltanto con riferimento alle clausole sopra richiamate - in virtù delle quali il fideiussore: è esposto alle azioni della banca per un tempo indefinito e di gran lunga superiore a quello di legge (articolo 6 dello schema); può nuovamente essere tenuto alla prestazione, senza una nuova ed espressa manifestazione di volontà, ma automaticamente, allo scadere o al venir meno dell'obbligazione principale (artt. 2 e 8); deve soddisfare comunque la pretesa della banca, senza potersi avvalere delle eccezioni ad essa opponibili dal debitore principale (articolo 7) - ma anche per altre clausole, per le quali lo schema delinea comunque una disciplina peggiorativa.

Tale è il caso, ad esempio, dell'articolo 13 dello schema che, come rilevato dalla Banca d'Italia, attenua la tutela del consumatore e dell'articolo 1, secondo cui la garanzia copre anche oneri, interessi, accessori, spese etc., senza fare salva la possibilità di patto contrario, invece contemplata dall'articolo 1942 c.c.. Rispetto a quest'ultima previsione, il regolamento negoziale risulta dunque idoneo a indurre tutte le banche a proporre l'estensione massima della garanzia.

24. Il peggioramento della posizione del fideiussore, oltre ad essere ben lontano dai principi della l. n. 154/92, riveste anche sicuro e specifico rilievo anticoncorrenziale, in linea con quanto affermato dalla stessa Banca d'Italia.

25. In proposito, si osserva che lo schema in esame interviene su profili tutt'altro che secondari delle condizioni di accesso al credito, in quanto la disciplina della fideiussione contribuisce a definire il grado di difficoltà di ottenimento della garanzia e, quindi, dello stesso accesso al credito. Peraltro, come si vedrà più ampiamente in seguito, essa si riflette su una parte importante degli impieghi bancari, soprattutto verso determinate categorie di soggetti.

26. In altri termini, dettando regole uniformi in materia di fideiussione omnibus, l'ABI è intervenuta su aspetti importanti delle dinamiche banca-cliente, sostituendosi all'autonomia contrattuale delle parti.

27. Lo schema in esame produce un effetto di standardizzazione delle condizioni commerciali, aventi chiara incidenza economica, che le banche applicano alla clientela e stabilisce regole che, per il loro grado di dettaglio, sono suscettibili di impedire quell'efficace forma di concorrenza rappresentata dalla differenziazione dell'offerta.

28. Infatti, le deliberazioni di associazioni di impresa, ancorché non formalmente vincolanti, esplicano comunque una funzione di orientamento delle condotte degli associati. Le norme predisposte dall'ABI non fanno eccezione a tale principio, in quanto, come già affermato da questa Autorità con riferimento a comportamenti analoghi⁴, esse *costituiscono quanto meno un sicuro punto di riferimento e riducono il livello di incertezza circa il comportamento dei concorrenti sul mercato, risultando quindi suscettibili di uniformare aspetti delle strategie commerciali dei soggetti che offrono i servizi interessati*". Per altro verso, le stesse Istruzioni di Vigilanza predisposte dalla Banca d'Italia invitano gli operatori del mercato a guardare agli schemi delle associazioni di categoria come fonte integrativa della normativa vigente⁵. Infine, si ricorda che, come affermato anche dalla Banca d'Italia fin dal provvedimento di avvio, l'ABI si è spinta oltre la definizione di mere tracce indicative utili per le banche nella redazione dei contratti, predisponendo testi contrattuali di dettaglio.

Ne discende che la puntuale disciplina contrattuale di questi profili, se lasciata alla libera determinazione della singola banca, avrebbe potuto costituire una forma di differenziazione dell'offerta a scopo concorrenziale.

29. A questo riguardo, va anche sottolineata la potenziale ampiezza dell'effetto di standardizzazione dell'offerta derivabile dallo schema negoziale, in ragione del fatto che l'ABI rappresenta l'intero sistema bancario italiano. L'istruttoria ha consentito, peraltro, di verificare che il contenuto del contratto standard, ed in particolare delle clausole oggetto della procedura, è sostanzialmente riprodotto nei contratti applicati dalle banche interpellate dalla Banca d'Italia.

30. In tale contesto, non appare nemmeno condivisibile la tesi dell'ABI secondo la quale la fideiussione omnibus, con le caratteristiche delineate dall'Associazione di categoria, sarebbe un contratto che risponde ad un'esigenza del mercato⁶. Infatti, l'ampia diffusione delle modalità contrattuali oggetto dell'istruttoria, già presenti in precedenti contratti uniformi predisposti dall'ABI stessa, non può essere considerato come un fenomeno "spontaneo" del mercato, ma piuttosto come il frutto dell'intesa stessa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica comune.

31. La disciplina di dettaglio definita dall'ABI propone un insieme di deroghe alle norme codicistiche che incide sulla posizione del fideiussore, sotto il profilo dell'ampiezza e della durata degli obblighi su di esso gravanti, peggiorandola. Tali aspetti, che contribuiscono a definire l'onerosità della fideiussione, sono suscettibili di caratterizzare il rapporto commerciale tra la banca e la propria clientela.

32. Gli stessi dati raccolti dalla Banca d'Italia nel corso dell'istruttoria testimoniano della complessiva rilevanza del fenomeno della fideiussione. Risulta, in proposito, che le garanzie personali sono presenti nel 18% del totale dei crediti concessi dal sistema bancario nel 2003. Considerato che i finanziamenti di importo maggiore - destinati alle medie e grandi imprese - molto difficilmente possono essere assistiti da garanzie personali, risulta che il 18% del totale dei

⁴ [Cfr. provvedimento dell'Autorità relativo al caso I/592.]

⁵ [Istruzioni aggiornate al luglio 2003, Titolo X, Cap. I, Sez. I, punto 1.2), richiamate dal citato provvedimento relativo al caso I/592.]

⁶ [Cfr. nota dell'ABI del 25 marzo 2005.]

crediti erogati dal sistema bancario può rappresentare una parte molto importante del credito alla famiglia e alla piccola impresa.

33. D'altro canto, la stessa ABI, nella memoria difensiva del 25 marzo 2005, riconosce che "la scelta della banca di cui avvalersi ben può essere allora influenzata dalla maggiore o minore severità delle condizioni di fideiussione"⁷.

34. Pertanto, iniziative di singoli operatori bancari, ispirate a una logica opposta rispetto a quella che caratterizza lo schema in esame, vale a dire al riequilibrio della posizione del fideiussore rispetto a quella della banca, sarebbero suscettibili di tradursi in una maggiore attrattività del servizio da questa offerto, in ragione dell'incidenza che le condizioni applicate al fideiussore hanno sull'accesso al credito e, dunque, sulla scelta del consumatore.

35. Trattasi di considerazioni non nuove, posto che, fin dal primo procedimento riguardante le Norme Bancarie Uniformi predisposte dall'ABI, si era messo in evidenza che proprio la disciplina della fideiussione omnibus violava l'articolo 2 della l. n. 287/90, in quanto riguardava la "fissazione di condizioni aventi incidenza economica, determinando un assetto significativamente non equilibrato degli interessi delle parti contraenti. Tali condizioni vanno pattuite dalle singole banche nei rapporti con la clientela, proprio per salvaguardare la possibilità del consumatore di operare una scelta tra gli intermediari sulla base dell'assetto economico definito dal contratto. I contratti bancari e finanziari sono necessariamente dettagliati e complessi e per la clientela assumono propriamente rilevanza gli elementi contrattuali che, insieme ad altri fattori esterni al contratto stesso, sono concretamente in grado di orientarne le scelte"⁸.

36. In definitiva, la valutazione concorrenziale dello schema in esame non riposa, come ripetutamente sostenuto dall'ABI, sulla constatazione della sua difformità dal regime civilistico, profilo questo irrilevante dal punto di vista *antitrust*, quanto piuttosto, va ribadito, sulla previsione uniforme da parte dell'associazione di categoria di una disciplina di dettaglio che aggrava la posizione del fideiussore, incidendo sulla caratterizzazione dell'offerta bancaria.

37. Vale, infine, chiudere le osservazioni di carattere generale sottolineando che la portata restrittiva dello schema negoziale in esame, almeno per quanto riguarda gli articoli 7 (obbligo di pagamento a prima richiesta) e 8 (sopravvivenza della garanzia) avrebbe dovuto essere ben chiara all'ABI.

Lo schema negoziale in esame ripropone, infatti, sostanzialmente clausole già presenti nelle condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni omnibus, da essa elaborate e diffuse con la circolare serie tecnica O, n. 20 del 17 giugno 1987. Quelle clausole, oggetto di una precedente istruttoria⁹, erano state ritenute anche dalla Banca d'Italia lesive della concorrenza, in quanto espressione di uno standard uniforme che incideva in senso peggiorativo sulle condizioni economiche del complessivo servizio reso dalla banca.

Esse avrebbero dovuto essere modificate dall'ABI stessa, non certo reintrodotte o addirittura mantenute, come lascerebbe intendere l'assunto principale delle argomentazioni dell'ABI, ovvero che l'articolazione data alla fideiussione omnibus dallo schema negoziale in esame sia da lungo tempo in uso nel settore e richiesta dal mercato.

38. Al riguardo, vale peraltro richiamare quanto ampiamente esposto al paragrafo 19, in merito alle modifiche apportate agli articoli 1938 e 1956 c.c. dall'articolo 10 della l. n. 154/92. Le due norme stanno a significare che il legislatore ha voluto garantire il fideiussore dai rischi di un'eccessiva fiducia accordata sia al debitore principale sia al creditore. Ci si sarebbe, quindi, aspettato non che l'ABI reintroducesse o mantenesse norme già censurate, ma, al più, che introducesse una clausola finale di richiamo alla buona fede, sicché alla luce di quel principio debbano essere interpretate tutte le altre norme negoziali e siano ad esso ispirati i comportamenti della banca.

39. Naturalmente, deve essere lasciata la libertà agli istituti bancari di formulare come meglio credono la proposta contrattuale sì da incentivare la concorrenza, anche sotto il profilo del miglior trattamento del garante. Così, a mero titolo esemplificativo, l'articolo 1 (oggetto della garanzia) avrebbe potuto essere congruamente integrato ed altrettanto il secondo comma dell'articolo 4 (recesso dalla garanzia). Ancora il richiamo alla buona fede avrebbe potuto essere effettuato nell'articolo 5 (informazione).

40. Quanto ai problemi di natura concorrenziale posti da specifiche clausole dello schema negoziale, in particolare a quelle che stabiliscono la riviscenza (articolo 2) e la sopravvivenza (articolo 8) della fideiussione rispetto al venir meno dell'obbligazione principale, la rinuncia al termine di cui all'articolo 1957 c.c. (articolo 6) e il pagamento a prima richiesta (articolo 7), la documentazione trasmessa consente di confermare alcune delle valutazioni formulate nel parere del 22 agosto 2003, riprese dal provvedimento di avvio della Banca d'Italia.

41. In particolare, nel citato parere, si evidenziava che, nel caso di specie, la standardizzazione dell'offerta, insita nell'elaborazione di uno schema negoziale uniforme a livello nazionale, fosse idonea ad aggravare la posizione del fideiussore. Ciò è risultato confermato dall'istruttoria, che ha sottolineato la divergenza in senso peggiorativo tra le clausole proposte in maniera uniforme dall'ABI e la disciplina codicistica.

Inoltre nel parere si ipotizzava che, ove il fideiussore fosse stato un soggetto istituzionale, che opera verso corrispettivo (banca, assicurazione, società finanziaria etc.), il debitore sarebbe stato tenuto a pagare un maggior

⁷ [Cfr nota dell'ABI del 25 marzo 2005, pag. 18.]

⁸ [Caso I/105B, Associazione Bancaria Italiana, Parere dell'Autorità del 6 ottobre 1994 e provvedimento della Banca d'Italia del 3 dicembre 1994, entrambi in Boll. 48/94.]

⁹ [Caso I/105B, cit., in particolare l'All. 2, fascicolo V.1, del procedimento I/105B.]

prezzo correlato ai rischi più elevati richiesti al fideiussore e che, in ogni caso, il debitore avrebbe trovato più difficile ottenere una garanzia e, dunque, un finanziamento.

42. Al riguardo non rileva l'affermazione dell'ABI che la fideiussione omnibus, nella maggior parte dei casi, viene rilasciata da un congiunto del debitore, direttamente interessato al finanziamento cui si riferisce, e che pertanto non si riscontrerebbero costi monetari aggiuntivi connessi alla fideiussione. Risulta infatti, dai dati della Banca d'Italia, che nel 28% dei casi la garanzia personale non è rilasciata da una persona fisica, ma da un soggetto professionale, e che quindi è rilasciata a titolo oneroso. Pertanto, anche questo caso, benché minoritario, ha una sua rilevanza.

In relazione al rimanente 72% dei crediti, per i quali le garanzie personali sono prestate da persone fisiche, si osserva comunque che l'effetto negativo sulle complessive condizioni di credito prospettato nel parere si realizza in modo anche più diretto che nel caso precedente. In particolare, laddove il fideiussore è costituito da un congiunto del debitore, e dunque nel caso ritenuto più frequente dalla Banca d'Italia, l'aggravamento della posizione del fideiussore si riverbera direttamente sul debitore, rendendo comunque le complessive condizioni di finanziamento più gravose.

Pertanto, sia che la fideiussione venga prestata professionalmente a titolo oneroso, sia che essa venga rilasciata senza corrispettivo da un soggetto direttamente interessato all'ottenimento del finanziamento, il peggiore trattamento del fideiussore, rispetto a quanto previsto dal codice civile, incide negativamente sulle condizioni di credito, rendendolo più oneroso.

43. Non appare significativo lo studio della relazione che vige fra i tassi medi di interesse praticati e l'esistenza di una garanzia personale. Risulta, infatti, dal campione di banche censite, che non esiste una relazione univoca, per effetto della quale in presenza di garanzie personali i tassi di interesse sono maggiori o minori che in assenza di esse. Il fenomeno sembra potersi ricondurre alla circostanza che i finanziamenti per i quali viene richiesta una garanzia (che secondo la Banca d'Italia sono poco più della metà del totale dei crediti concessi dal sistema bancario nel 2003) sono per loro natura più rischiosi di quelli erogati senza garanzia. Per cui ci si aspetta che tali finanziamenti, per loro natura, siano erogati a tassi più elevati (ciò al fine di compensare la banca per il maggior rischio che sopporta). Ciò che sarebbe significativo, pertanto, è verificare – a parità di rischio – come cambia il tasso di interesse in presenza di una fideiussione. Questo, tuttavia, non è desumibile dai dati di cui si dispone.

44. Complessivamente appare comunque potersi affermare che la disciplina della fideiussione omnibus delineata dallo schema negoziale predisposto dall'ABI è idonea a determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minor facilità di accesso al credito, e, nei casi di "fideiussioni a pagamento", accresce il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore.

45. Nella memoria finale presentata in data 25 marzo 2005, l'ABI ha sostenuto che la disciplina della fideiussione omnibus risultante dallo schema da essa predisposto non farebbe che riprendere i principi contenuti nel documento "Basilea 2" (di seguito anche Documento)¹⁰. In particolare, tale documento richiederebbe che le garanzie personali rilasciate a favore delle banche siano fideiussioni omnibus e contengano clausole analoghe di pagamento "a prima richiesta", di copertura incondizionata e irrevocabile che ricordano le clausole di reviviscenza e sopravvivenza contenute nello schema in esame.

46. Al riguardo, non sembra possibile entrare nel merito della effettiva corrispondenza tra le clausole in esame e i principi contenuti nel documento Basilea 2, dato che, avendo l'ABI sollevato la questione solo il 25 marzo 2005, essa non è rientrata nell'ambito dell'approfondimento istruttorio.

Va, tuttavia, osservato che le indicazioni che si possono trarre dalle premesse del predetto Documento valgono a circoscrivere nettamente l'impatto di esso sullo schema di contratto "Fideiussione omnibus".

47. Infatti, lo schema negoziale e il Documento hanno destinatari diversi.

Il primo è diretto a tutte le banche associate all'ABI, indipendentemente dall'importanza economica e dall'ambito dell'attività svolta, mentre il secondo riguarda soltanto le banche attive a livello internazionale, che sono una minoranza delle associate ABI.

48. Inoltre, il Documento detta criteri o principi minimi di indirizzo, individuati non per "prescrivere la forma e i dettagli operativi delle politiche e delle prassi bancarie di gestione del rischio", ma per definire il confine entro il quale le autorità di vigilanza dei vari Paesi interessati possono esercitare un certo grado di discrezionalità nella scelta delle modalità di applicazione, riconosciuta loro al fine di adattare quegli standard alle specificità dei mercati nazionali, nell'ambito di un corpo di principi comuni¹¹.

In questa prospettiva, soltanto l'Autorità di Vigilanza, quale soggetto deputato all'esercizio delle funzioni di vigilanza prudenziale - e non certo l'associazione di categoria - può definire in maniera dettagliata la disciplina dei rapporti banca-cliente, nell'esercizio della discrezionalità ad essa riconosciuta dal Documento.

¹⁰ [Documento elaborato dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, *Convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali: nuovo schema di regolamentazione, giugno 2004.*]

¹¹ [Il Documento prosegue: "Il Comitato di vigilanza si attende che le autorità nazionali di vigilanza considerino l'osservanza dei requisiti minimi non tanto come un fine in sé, quanto come mezzo per assicurare l'integrità complessiva della capacità delle banche di fornire gli input necessari per il calcolo del capitale regolamentare".]

49. Va poi osservato che la Banca d'Italia non ha evocato motivazioni attinenti alla stabilità del sistema, neppure quando nel 2003 ha chiesto all'ABI di apportare alcune modifiche alla versione originaria dello schema negoziale (*supra*, paragrafo 2)¹².

In ogni caso, tali motivazioni avrebbero ben difficilmente potuto essere trattate nell'ambito della valutazione di un'intesa posta in essere dall'associazione di categoria. Esse, al più, avrebbero potuto essere prese in considerazione per l'eventuale definizione di un quadro di regole applicabili al sistema bancario, divenendo, così, comportamenti obbligatori, e non forme volontarie di coordinamento.

50. Conclusivamente, si ritiene che lo schema negoziale in esame presenti clausole idonee a restringere la concorrenza, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90.

Alla luce delle precedenti considerazioni, sulla base della documentazione ricevuta;

ESPRIME

il parere nei sensi di cui sopra.

Il presente parere verrà comunicato alla Banca d'Italia, ai sensi dell'articolo 20, comma 3, della legge n. 287/90, e sarà successivamente pubblicato nel Bollettino di cui articolo 26 della medesima legge.

IL SEGRETARIO GENERALE
Rita Ciccone

IL PRESIDENTE
Antonio Catricalà

¹² [Cfr. Allegato A, al documento di trasmissione della Banca d'Italia degli schemi contrattuali predisposti dall'ABI, pervenuto in data 25 luglio 2003.]