

Febbraio 2019

La ripartizione dell'onere della prova circa la conformità di una fideiussione allo schema censurato dalla Banca d'Italia nel 2005. Commento a Tribunale di Padova, 29 gennaio 2019 - G.U. Bertola.

Piero Cecchinato, Studio Legale CCM

Massime

Posto che la fideiussione sottoscritta in data 11/02/2009 dalla cliente reca in calce la dicitura "Ed. 03-05", così dovendosi intendere che quel modello sia stato predisposto nel marzo del 2005 e considerando che agli atti non sono emersi elementi che evidenzino che quel modello del marzo 2005 non abbia recepito l'intesa anticoncorrenziale che all'epoca della sua predisposizione ancora non era stata dichiarata illecita, ma che certamente già sussisteva ed in considerazione, poi, del principio di vicinanza della prova, spetta alla banca, che voglia resistere all'eccezione di invalidità della fideiussione di cui si contesti la conformità allo schema contrattuale dichiarato illecito dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005, l'onere di dimostrare che quella garanzia non abbia i requisiti censurati.

In considerazione del principio di vicinanza della prova è onere della banca dimostrare quali ulteriori norme contrattuali siano state inserite nel contratto per compensare o attenuare le criticità segnalate dal provvedimento del 2005, così da far emergere l'interruzione del rapporto causale tra l'intesa ed il modello ABI oggetto di censura. In caso contrario, si deve ritenere, anche oggi nel 2019, che la banca continui, frigidamente, a fare applicazione di una serie di pattuizioni frutto di una intesa ritenuta anticoncorrenziale.

La questione controversa

La decisione del Tribunale di Padova si segnala per aver preso posizione in maniera chiara sulla ripartizione dell'onere della prova in caso di contestazione della validità di una fideiussione che ricalchi lo schema contrattuale censurato dalla Banca d'Italia nel 2005 per violazione della legge antitrust.

La questione è oramai nota: con il provvedimento n. 55/2005, Banca d'Italia, che ha esercitato la funzione di tutela della concorrenza nel settore del credito dal 1990 fino al

gennaio del 2006, ha statuito che tre clausole contenute nelle n.b.u. ⁽¹⁾ proposte dall'ABI in materia di fideiussione *omnibus* ai propri associati nel 2003 ⁽²⁾ integrassero una intesa restrittiva della concorrenza. Si tratta delle clausole di sopravvivenza della fideiussione per l'ipotesi di annullamento o dichiarazione di inefficacia del pagamento del debitore principale e per quella di eventuale restituzione del pagamento da parte del creditore per invalidità del rapporto principale e della clausola di deroga all'art. 1957 cod. civ., che impone di coltivare le proprie istanze entro un certo termine, pena la perdita del diritto verso il garante (rispettivamente artt. 2, 6 e 8 dello schema di fideiussione al tempo adottato dall'ABI) ⁽³⁾.

Sulla base di tale accertamento, Cass. Civ. n. 29810 del 12.12.2017, nel ritenere irrilevante il fatto che la decisione di Banca d'Italia fosse posteriore alla stipula della fideiussione impugnata ⁽⁴⁾, incidentalmente ha sostenuto che *«se la violazione "a monte" è stata consumata anteriormente alla negoziazione "a valle", l'illecito anticoncorrenziale*

⁽¹⁾ L'ABI emana quelle che comunemente vengono chiamate "norme bancarie uniformi" sin dagli anni '50 per colmare l'insufficienza della disciplina codicistica e assicurare uguali standard di servizio per le operazioni bancarie. Negli anni le n.b.u. hanno assunto una tale diffusione che l'ABI ha cercato di sostenerne il carattere di usi normativi ai sensi degli artt. 1 ed 8 delle preleggi al cod. civ. La giurisprudenza ne ritiene invece il carattere di semplice uso negoziale o interpretativo, ai sensi dell'art. 1340 o 1368 cod. civ. (cfr. ad esempio Cass. civ. Sez. I, 28/03/2002, n. 4498).

Rispetto al rapporto fra n.u.b. e concorrenza è degno di nota quanto ritenuto da Cass. civ. Sez. I, 30/06/2001, n. 8887: «Le norme bancarie uniformi (N.B.U.) concordate tra gli istituti aderenti all'A.B.I. relativamente alla fideiussione "omnibus" non sono state ritenute dalla Corte di giustizia della Comunità europea (sent. 21 gennaio 1999) atte, nel loro complesso, a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri agli effetti dell'art. 85 del trattato Cee (oggi, a seguito del trattato di Amsterdam, art. 81); ciò non comporta, tuttavia, che in tali intese non possa ravvisarsi, da parte del giudice nazionale, un illecito concorrenziale ai sensi della l. n. 287 del 1990».

⁽²⁾ Si tratta della Circolare serie Legale n. 9 - 28 aprile 2003, CONTRATTI BANCARI (POS. 1195-II) "Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) - Protocollo di intesa con le Associazioni dei consumatori".

⁽³⁾ L'art. 6 dello schema prevedeva 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».

L'art. 2 dello schema (noto anche come "clausola di reviviscenza") vincolava il fideiussore «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».

L'art. 8, invece, sanciva l'insensibilità della garanzia prestata agli eventuali vizi del titolo in virtù del quale il debitore principale era obbligato 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».

⁽⁴⁾ «La Corte territoriale, che è l'organo deputato all'accertamento in fatto, alla luce dei principi sulla prova privilegiata elaborati da questa Corte, non può (né potrà, ancora) escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze» (così la sentenza, al paragrafo 11.6).

consumatosi prima della stipula della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2, della Legge antitrust)».

Un inciso - «non può che travolgere il negozio concluso a valle» – sulla cui effettiva portata il dibattito oggi è ancora apertissimo.

La ripartizione dell'onere della prova nella recente decisione del Tribunale di Padova

Nel caso sottoposto al Tribunale di Padova i fideiussori avevano opposto il decreto ingiuntivo notificato dalla banca eccependo sia la nullità integrale della garanzia prestata nel 2009, sia, in subordine, quella parziale rispetto alle tre clausole oggetto del provvedimento della Banca d'Italia.

Per valutare se la fideiussione contestata fosse figlia dell'intesa censurata il Giudice ha valorizzato anzitutto la dicitura posta in calce al modulo di garanzia firmato dal cliente ("Ed. 03-05"), ritenendola un indice temporale rilevante.

«Non si può dubitare», ha sostenuto il Giudice, «della attualità della problematica quanto al rapporto dedotto in giudizio poiché la fideiussione sottoscritta in data 11/02/2009 utilizza un modello di fideiussione che in calce riporta la dicitura "Ed. 03-05" così dovendosi intendere che quel modello sia stato predisposto nel marzo del 2005. Il provvedimento della Banca d'Italia risale al 2 maggio 2005 ed agli atti non sono emersi elementi che evidenzino che quel modello del marzo 2005 non abbia recepito la intesa anticoncorrenziale che all'epoca della sua predisposizione ancora non era stata dichiarata illecita, ma che certamente già sussisteva».

Valorizzata tale dicitura quale indice perlomeno presuntivo della derivazione di quella specifica garanzia dall'intesa ritenuta illecita, il Giudice si è posto il problema di valutare su quale parte (fideiussore - istituto di credito) gravasse l'onere di dimostrare l'eventuale «permanenza della intesa anticoncorrenziale» al fine della invocata declaratoria di nullità.

Appurata la presenza nel testo della fideiussione impugnata delle tre clausole censurate dall'Authority di settore, si è dunque posto il problema della "permanenza" degli effetti dell'intesa illecita anche nel 2009, quando la fideiussione venne in concreto stipulata. Per svolgere tale valutazione e prendendo le mosse dalla presunzione ricavabile dalla dicitura "Ed. 03-05", il Giudice si è appellato al principio di vicinanza della prova introdotto da Cass. Civ. SS.UU. 13533/2001.

«Onere del cliente», ha affermato il Giudice, «è certamente quello di allegare, a supporto della sua eccezione, la copia del contratto di fideiussione impugnato e la copia del

provvedimento della Banca d'Italia reso nel 2005 che, al pari di tutti gli atti amministrativi, non è autonomamente conoscibile dal Giudice per scienza privata».

Costituisce invece onere della banca che a tale eccezione volesse resistere, «dimostrare che il contratto di fideiussione sottoposto alla firma del cliente non abbia i requisiti censurati nel 2005» e ciò perché «tale onere è più facilmente assolvibile dalla banca la quale è colei che ha predisposto la modulistica contrattuale firmata dal cliente in adesione».

Più in particolare, «poiché il provvedimento della Banca d'Italia arriva a censurare alcune specifiche clausole ponendo in evidenza l'ingiustificato sfavore per il cliente, sarà semmai la banca a dover dimostrare quali ulteriori norme contrattuali sono state inserite nel contratto per compensare o attenuare le criticità segnalate dal provvedimento del 2005 così da far emergere l'interruzione del rapporto causale tra l'intesa ed il modello ABI oggetto di censura la cui produzione in giudizio potrebbe consentire un raffronto anche grafico delle due tipologie di contratti».

La banca avrebbe dovuto, pertanto, allegare l'integrale schema contrattuale adottato dall'ABI con l'intesa censurata, al fine di evidenziare le eventuali clausole diverse e aggiunte, rispetto al complessivo assetto contrattuale della garanzia impugnata, capaci di riequilibrare la situazione censurata dall'Authority («Poiché tali elementi sono nella potenziale agevole disponibilità della banca convenuta, gravava su di lei soddisfare tale incumbente che invece non è stato assolto»). In altri termini, in difetto dello schema giudicato illecito da Banca d'Italia, schema nemmeno allegato al provvedimento adottato dall'Authority, il Giudice ha ritenuto di non poter svolgere alcun raffronto ed in particolare di non poter valutare quali eventuali altre clausole, inserite nella fideiussione impugnata in aggiunta o in difformità da quelle inserite nello schema censurato, avessero potuto riequilibrare in favore del cliente lo squilibrio ritenuto dalla Banca d'Italia rispetto agli artt. 2, 6 e 8 dello schema originario.

In conclusione, in caso di mancata allegazione dello schema originariamente censurato e di mancata prova dell'inserimento di altre e diverse clausole tese a riequilibrare la situazione di sfavore per il cliente determinata dalle tre clausole censurate, per il Giudice, «si deve ritenere, anche oggi nel 2019, che la banca continui, *frigido pacatoque animo*, a fare applicazione di una serie di pattuizioni frutto di una intesa ritenuta anticoncorrenziale». In assenza della prova dell'aggiunta di altre clausole riequilibratrici, in sostanza, «le clausole del contratto devono ritenersi la plastica reiterazione di una intesa reputata anticoncorrenziale e come tale sanzionata “*ad ogni effetto*”».

Ad una simile conclusione il Giudice arriva, non si scordi, potendo prendere le mosse da un indice di derivazione diretta dell'intesa ritenuto molto forte, ossia la datazione al marzo 2005 del modulo di garanzia sottoposto in concreto al cliente, ma solo l'appello al principio di vicinanza della prova consente al Giudice di chiudere la propria valutazione.

La sottoposizione da parte della banca di una fideiussione ritenuta figlia – perlomeno temporalmente – dell'intesa censurata viene così trattata alla stessa stregua di un inadempimento contrattuale. Un inadempimento di cui, stando all'art. 1218 c.c. prima ancora che al principio di prossimità della prova, sarebbe spettato alla Banca dimostrare l'insussistenza, dimostrando, in concreto, di aver sottoposto una garanzia le cui clausole, nel loro complesso, stabilissero un equilibrio contrattuale diverso da quello figlio dell'intesa censurata.

Una prova siffatta, sostiene il Giudicante, non poteva però prescindere dall'allegazione dello schema originario oggetto di censura, onde consentire un raffronto con la garanzia sottoposta alla cliente nel 2009.

La prossimità della prova nelle obbligazioni extracontrattuali e in quelle negative

La conclusione a cui arriva il Tribunale di Padova appare scontare due limiti, in particolare.

Anzitutto, la contestazione alla banca di essersi conformata ad un'intesa vietata attiene ad una sfera di tipo extracontrattuale (la banca è infatti tenuta anzitutto verso il mercato a non dare esecuzione ad intese vietate), mentre il principio di vicinanza della prova sarebbe stato teorizzato con riguardo alla responsabilità contrattuale per correggere, in linea con la regola posta dall'art. 1218 c.c., le storture e disomogeneità discendenti dalla rigorosa applicazione dell'art. 2697 c.c. alle diverse fattispecie delineate dall'art. 1453 c.c. ⁽⁵⁾.

Nelle fattispecie di responsabilità extracontrattuale, invece, addossare al preteso autore dell'illecito l'onere di fornire la prova liberatoria implicherebbe una notevole forzatura della struttura della responsabilità aquiliana.

Il principio di prossimità della prova, poi, cede rispetto al regime ordinario di ripartizione dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. nelle obbligazioni negative ⁽⁶⁾. E il divieto di porre in essere intese restrittive e di conformarsi ad esse costituisce un'obbligazione negativa.

⁽⁵⁾ «Si rivela quindi conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento» (Cass. civ. Sez. Unite, 30.10.2001, n. 13533).

⁽⁶⁾ «Una eccezione all'affermato principio va invece ravvisata nel caso di inadempimento di obbligazioni negative. Ove sia dedotta la violazione di una obbligazione di non fare, la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento» (Cass. civ. Sez. Unite, 30.10.2001, n. 13533).

Per non dire della recente Cass. civ. Sez. I, Ord. 28.11.2018, n. 30818 che, non considerando applicabile il principio di vicinanza ⁽⁷⁾, ha ritenuto che il carattere uniforme dell'applicazione della clausola contestata fosse elemento costitutivo della domanda e che pertanto la prova sul punto spettasse all'attore.

La sentenza in commento ha però il pregio di prendere posizione su uno degli aspetti meno discussi, ma più rilevanti in materia di fideiussioni astrattamente conformi allo schema censurato dall'antitrust. Da come si affronta la questione del riparto dell'onere della prova, infatti, dipende anche il rischio di ritenere le clausole censurate dall'Authority come illecite di per sé e non perché inserite in un'intesa vietata di cui andrebbe provata rigorosamente l'attuazione nel caso concreto.

⁽⁷⁾ «Né il ricorrente può utilmente invocare, a sostegno della propria tesi, la giurisprudenza di questa Corte, giustificata anche con il criterio della vicinanza della prova, in materia di presunzione del danno per il consumatore a seguito dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale in sede amministrativa» (Cass. civ. Sez. I, Ord. 28.11.2018, n. 30818).