

n. 14/2016

Roma, settembre 2016

LA QUALIFICA SOGGETTIVA DEL FIDEIUSSORE GARANTE DI UN FINANZIAMENTO A UNA SOCIETÀ: "PROFESSIONISTA" O "CONSUMATORE"?

Nota all'ordinanza del 19.11.2015, C-74/15 della Corte di Giustizia Europea

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha recentemente emesso un'importante pronuncia in tema di applicabilità della Direttiva 93/13/CEE (trasposta in Italia negli articoli 33 e ss. del D.Lgs. 206/2005, cd. "codice del consumo") ad un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha nei confronti di detto ente in base ad un contratto di credito, quando tale garante non abbia un collegamento funzionale che lo leghi alla suddetta società (CGUE, **ordinanza 19.11.2015, C-74/15**). Sostanzialmente la decisione statuisce che i contratti di garanzia per un finanziamento a un professionista, pur nella loro natura di contratti accessori, se posti in essere da consumatori nell'interesse esclusivo del beneficiario e per scopi che esulano dall'attività professionale dei garanti, sono assoggettati al regime consumeristico e non a quello del contratto principale.

La Corte si è qui discostata dal suo **precedente orientamento** formulato nella

sentenza "Dietzinger"¹, secondo cui, quando un soggetto presta fideiussione per un debitore non consumatore è da considerarsi a sua volta "non consumatore", poiché la fideiussione è negozio tipicamente accessorio e quindi la qualifica soggettiva del garante viene attratta dalla qualità del debitore

¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, 17.03.1998, C-45/96: «risulta dal tenore dell'art. 1 della direttiva 85/577/CEE (sui contratti negoziati fuori sede) nonché dalla natura accessoria della fideiussione che può rientrare nella direttiva unicamente la fideiussione accessoria ad un contratto con cui un consumatore si sia impegnato, in occasione di una vendita a domicilio, nei confronti di un commerciante al fine di ottenere da quest'ultimo beni o servizi. Inoltre, dal momento che la direttiva è unicamente destinata a tutelare i consumatori, un fideiussore rientra nella sua sfera di applicazione soltanto se, in conformità dell'art. 2, primo trattino, della direttiva stessa, si sia obbligato per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale. La questione sollevata va quindi risolta dichiarando che l'art. 2, primo trattino, della direttiva 85/577 va interpretato nel senso che un contratto di fideiussione stipulato da una persona fisica, la quale non agisca nell'ambito di un'attività professionale, è escluso dalla sfera di applicazione della direttiva quando esso garantisca il rimborso di un debito contratto da un'altra persona la quale agisce, per quanto la concerne, nell'ambito della propria attività professionale».

principale. Di conseguenza il ricorrente viene riqualificato “professionista di riflesso” avendo prestato garanzia per i debiti di una società commerciale.

A seguito della pronuncia del 1998 la giurisprudenza italiana si è costantemente orientata in senso conforme alla tesi del “professionista di rimbalzo”, ribadendo che «*la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore*»².

Diversamente, gli orientamenti dell'ABF (Arbitrato Bancario Finanziario) appaiono non uniformi; infatti, pur non mancando decisioni che recepiscono il suddetto orientamento³, altre invece si pongono con atteggiamento critico⁴ o addirittura di aperto rigetto⁵.

² Cfr. Cass. civ. Sez. I, Ord. 13.05.2005, n. 10107; Cass. civ. Sez. III, 13.06.2006, n. 13643, Cass. civ. Sez. I, 12.11.2008, n. 27005; Cass. civ. Sez. III, 29.11.2011, n. 25212.

³ ABF, Collegio di Napoli, decisione n. 2386/16.

⁴ ABF, Collegio di Napoli, decisione n. 2698/15: «Sul punto, va ricordato che l'asservimento funzionale del rapporto accessorio a quello principale non determina “l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere».

⁵ ABF, Collegio di Roma, decisione n. 4109/13, ove si legge: «Se è infatti incontrovertibile l'assunto secondo il quale l'asservimento funzionale del rapporto accessorio a quello principale ne giustifica l'assoggettamento alla disciplina propria di quest'ultimo (come del resto accade, in tutt'altro ambito giuridico, per i beni pertinenziali) non sembra possa da ciò derivarsi l'automatica estensione al garante della

Ciò premesso, la questione quindi va oggi riesaminata alla luce della nuova pronuncia della CGUE (Ord. 19.11.2015, C-74/15, decisione “*Tarçau*”), in cui la Corte da una parte rivoluziona il precedente orientamento espresso nel caso “*Dietzinger*” riguardante esclusivamente le garanzie personali e dall'altra chiarisce l'applicabilità della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori anche ai contratti di garanzia immobiliare non presi precedentemente in considerazione.

Rigettando il precedente automatismo fra qualifica del debitore principale e qualifica del garante, la Corte afferma che «Gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della

qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere.

Per darne conto è sufficiente ipotizzare che il negozio principale sia posto in essere da un consumatore (ad es.: contratto di locazione di immobile ad uso abitativo quale conduttore) e la fideiussione a garanzia dell'adempimento venga rilasciata, come è del resto usuale, da un intermediario bancario o assicurativo; se davvero la qualità del debitore principale determinasse quella del fideiussore, si dovrebbe allora ritenere applicabile alla banca o all'assicuratore la disciplina di tutela del consumatore, pur in assoluto difetto delle ragioni di meritevolezza che ne costituiscono il fondamento.

Sembra invece corretto ritenere che l'applicazione estensiva al negozio fideiussorio della normativa de qua non possa operare se non nella sua interezza, ivi inclusi tutti i criteri, di cui all'art. 3, che definiscono la qualificazione dei soggetti interessati e sulla cui scorta occorrerà di volta in volta individuare quale sia la qualificazione soggettiva del garante e del debitore principale».

direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società».

Precisa poi che « spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata».

Ne è scaturito un mutamento giurisprudenziale volto all'adesione a tale nuovo orientamento non solo in ossequio al noto principio in base al quale le norme nazionali di derivazione comunitaria (quale è l'art. 33 cod. cons.) devono essere interpretate in senso conforme al diritto europeo come interpretato dalla Corte di Giustizia, ma altresì perché il nuovo indirizzo esegetico affermato dalla Corte appare pienamente coerente con le finalità di tutela proprie della disciplina consumeristica; finalità che verrebbero frustrate dall'applicazione di un automatismo secondo cui il garante di un

professionista è per definizione a sua volta qualificato come non consumatore.

Va da sé che il bisogno di tutela del garante persona fisica che agisce per finalità non professionali non dipende dalla circostanza che il debitore garantito sia a sua volta consumatore oppure un professionista. Per quanto il contratto di fideiussione si presenti normalmente come rapporto accessorio rispetto al debito garantito (nel senso che le vicende dell'obbligazione principale si riflettono sul rapporto di garanzia), è incontestabile che dal punto di vista delle parti contraenti la fideiussione si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. Perciò è in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito e il bisogno di tutela del garante non professionista.

Come rileva la Corte di Giustizia nella ricordata decisione "Tarčau", «questa tutela è particolarmente importante nel caso di un contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore. Tale contratto si basa infatti su un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. Tale impegno comporta, per colui il quale vi acconsente obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare».

D'altra parte, la tesi del "professionista di rimbalzo" mostra chiari limiti anche perché non sempre le garanzie bancarie

sono accessorie rispetto al debito principale, potendo altresì atteggiarsi quali “contratti autonomi di garanzia”⁶.

La suprema Corte di Cassazione⁷ a febbraio ha stabilito il principio secondo cui «ai sensi della legge 27.01.2012, n. 3, la nozione di consumatore non ha riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, purché queste non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l'attività di professionista o imprenditore, esigendo l'art. 6, co. 2, lett. b) solo una specifica qualità della sua insolvenza finale, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni – non soddisfatte al momento della proposta di piano – per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7 co. 1 terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice

⁶ La clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni” è considerata dalla Cassazione (Cass. S.U., 18/2/10 n. 3947) come indizio sintomatico di una garanzia autonoma, per cui l'attrazione automatica del garante nella qualifica soggettiva del debitore garantito risulta ingiustificata quando manca un rapporto di accessorialità fra garanzia e debito principale.

⁷ Cass. civ., 1.02.2016, n. 1869.

nella sede di cui all'art. 12 bis co. 3 l. n. 3 del 2012».

Il Tribunale di Milano⁸ ad aprile ha sospeso la provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo opposto per nullità delle clausole limitative della facoltà di opporre le eccezioni inerenti il rapporto fondamentale.

Il Collegio di coordinamento dell'ABF⁹ a maggio ha enunciato un principio di diritto secondo cui «nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta al Collegio giudicante determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata».

In tale ricorso l'ABF rileva che «al momento del rilascio della garanzia non emerge in capo al ricorrente il possesso di una partecipazione non trascurabile al capitale della società, oppure l'assunzione di cariche sociali. Al contrario, la natura di cooperativa edilizia della società garantita e le finalità stesse della garanzia (agevolare la concessione di un finanziamento alla società per la realizzazione degli immobili programmati) lascia ipotizzare che il garante non sia stato mosso esclusivamente da favor societatis ma anche dall'interesse mutualistico a diventare proprietario di un immobile. Pertanto il

⁸ Cfr. Trib. Milano, RG. 67210/2015, ord. del 4.04.2016.

⁹ ABF, Collegio di coordinamento, ricorso n. 916203/15, decisione dell'11.05.2016.

ricorrente assume la qualifica di consumatore».

A tale proposito è doveroso ricordare che la nozione di “consumatore” ai sensi dell'art 2, lettera b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo¹⁰. Essa deve essere valutata – tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova – alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'esercizio delle attività estranee di una professione¹¹.

In conclusione, a fronte di contestazioni specifiche, la Banca dovrà ricercare sempre l'interesse del garante rispetto all'attività d'impresa dell'obbligato principale, tenendo presente che nel caso in cui il garante rientri nella tutela consumeristica, ciò avrà un impatto sull'inderogabilità del foro del consumatore e le clausole non oggetto di trattativa caratterizzate da un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi saranno considerate abusive e si potrà applicare la c.d. nullità di protezione (art. 36, co. 1 D.Lgs. 206/2005) cioè, senza causare la nullità del contratto, applicare l'inefficacia della clausola dichiarata dal giudice o qualificata dalla legge abusiva e rilevabile d'ufficio nel solo interesse del consumatore¹².

Avv. Manuela Massera
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.

¹⁰ Cfr. sentenza “Costea”, C-110/14, EU:C:2015:538, punto 21.

¹¹ Cfr. ancora sentenza “Costea”, cit., punti 22 e 23.

¹² Salvatore Mezzamuto, *Il contratto di Diritto Europeo*, Giappichelli, 2015, p. 191 e 253.