



La Corte d'Appello di Bari, Prima Sezione Civile, composta dai signori magistrati:

1. dott. Vito Scalera Presidente
2. dott. Salvatore Russetti Consigliere
3. dott. Maria Mitola Consigliere - Relatore

N° [redacted] / 13 RG V.G.
N° [redacted] / 14 D. [redacted]
N° [redacted] / 14 Reg.

ha pronunciato, nella causa iscritta nel registro generale dell'anno 2013 col numero d'ordine 436, la seguente

ORDINANZA

Sul ricorso ex artt. 43 regolamento n. 44/2001 CE e 702 bis cpc dlgs 150/11 proposto da:

[redacted] Spa in persona del legale rappresentante pro tempore [rappresentato e difeso dai Proff. Avv.ti Giuseppe TUCCI e Andrea TUCCI, elett. dom. presso il loro studio legale in Bari]

ricorrente

CONTRO

[redacted] (operante anche come [redacted]) in persona del Curatore Fallimentare ([redacted]) e legale rappresentante sig. [redacted] -nominato con sentenza dichiarativa di fallimento il 13.05.2014 dal Tribunale di Midden [rappresentata e difesa dagli Avv.ti Sergio LA VIA, Fabio DIANA Piergiuseppe LIBERTI elett. dom. in Bari presso lo studio di quest'ultimo difensore]

resistente

La Corte,

a scioglimento della riserva di cui a verbale;

rilevato che, con provvedimento del 29.10.2013, depositato in cancelleria il 30.10.2013 e notificato il 3.12.2013, questa Corte dichiarava esecutiva nello stato italiano la sentenza (rectius il provvedimento sommario) col quale il 26.04.2013 il Tribunale di Midden-Nederland aveva condannato la [redacted] a pagare alla società [redacted] la somma di € 3.724.894,15, con interessi ed al pagamento delle spese dell'importo di € 20.093,00;

che con ricorso ex artt. 43 reg. n. 44/2001 CE, 702 bis cpc, e 30 D. lgs 150/11 la [redacted] chiedeva a questa Corte

- la revoca dell'esecutività del provvedimento di questa Corte del 29.10.2013 per violazione dell'art. 47 comma 3 Reg CE n. 44/2001;
- la revoca ex art. 45 Reg CE n. 44/2001 della concessa dichiarazione di esecutività del provvedimento reso il 26.04.2013 dal Tribunale di Midden-Nederland per contrarietà all'ordine pubblico per violazione dell'art. 1938 cc;
- la condanna della [redacted] operante sotto il nome [redacted] al pagamento di tutte le spese, diritti e onorari di causa.

In via istruttori la ricorrente produceva la documentazione meglio descritta nel ricorso e in atti.

Con decreto in data 15.02.2014 il Presidente della Sezione ordinava la comparizione delle parti all'udienza del 18.03.2014, nominava il relatore e rettificava il decreto del 29.10.2013 nella parte in cui era stata erroneamente apposta la formula esecutiva al medesimo, pur in presenza del ricorso.

Si costituiva la [redacted] all'udienza del 18.03.2014 chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza del 6.05.2014 questa Corte "rilevato che la causa non può essere decisa per l'assenza in atti della copia tradotta in lingua italiana del "GUARANTEE AGREEMENT" del 4.01.2010, espressamente trascritto nel corpo del provvedimento del Tribunale di Midden-Neederland, sede di Utrecht del 26.04.2013, ma stralciato dalla copia tradotta del provvedimento medesimo e depositato solo in lingua inglese dall'odierno ricorrente.

rilevato che per la decisione è necessaria quindi la produzione da parte del ricorrente o della parte più diligente della copia tradotta in italiano del documento suddetto nella forma della traduzione giurata ovvero, comunque non contestata da alcuna delle parti" rinviava la trattazione della causa all'udienza del 1° luglio 2014;

A seguito di istanza di sospensione avanzata dalla [redacted] il 28.05.2014, questa Corte con ordinanza del 24.06.2014 "rilevato che la causa non può essere decisa in quanto occorre che le parti rendano chiarimenti in ordine alle circostanze dedotte nell'istanza di sospensione prodotta dalla difesa della [redacted], dalla quale si apprende che la suddetta società è stata dichiarata fallita in Olanda dinanzi al Tribunale di Medden il 13.05.2014;

visto il Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza pubblicato su Gazzetta ufficiale n. L 160 del 30/06/2000 pag. 0001 - 0018" rinviava all'udienza del 23.09.2014.

All'udienza indicata si costituiva la [redacted] (operante anche come [redacted]) in persona del Curatore Fallimentare [redacted] e legale rappresentante sig. [redacted] - nominato con sentenza dichiarativa di fallimento il 13.05.2014 dal Tribunale di Midden - riportandosi alle precedenti richieste, eccezione e conclusioni e ribadendo, in particolare, l'eccezione di inammissibilità e/o inutilizzabilità del contratto "Accordo di Garanzia" (esibito dalla ricorrente in lingua inglese ed in lingua italiana su richiesta di questa Corte) per asserita contrarietà alla previsione di cui agli artt. 45 comma 2 e 36 del Reg. CE n. 44/2001.

All'esito dell'udienza la causa veniva riservata per la decisione.

Rileva questa Corte che il ricorso è fondato e va accolto.

Preliminarmente va rigettata l'eccezione di inammissibilità/inutilizzabilità del più volte menzionato Accordo di Garanzia ("GUARANTEE AGREEMENT") del 4.01.2010, in quanto va ricordato che, come già rappresentato nella propria ordinanza del 6.05.2014 (sopra trascritta), tale accordo risultava integralmente trascritto, quale parte integrante, nel corpo del provvedimento del Tribunale di Midden-Neederland, sede di Utrecht del 26.04.2013, ed arbitrariamente stralciato dalla copia tradotta del provvedimento medesimo, depositato dalla [redacted] con l'istanza di esecutività del provvedimento. Pertanto la produzione del contratto risultava necessaria ai fini della decisione della causa essendo necessario l'esame del provvedimento del Tribunale di MIDDEN nella sua integralità e non già in estratto.

Tanto premesso la contrarietà all'ordine pubblico dell'accordo trasfuso nel menzionato provvedimento del Tribunale olandese è evidente *ictu oculi*.

L'art. 43, n. 1, del regolamento n. 44/2001 dispone quanto segue:

«Ciascuna delle parti può proporre ricorso contro la decisione relativa all'istanza intesa a ottenere una dichiarazione di esecutività».

Il capo III del regolamento n. 44/2001, contenente gli artt. 32-56, stabilisce le regole relative al riconoscimento e all'esecuzione negli altri Stati membri di decisioni pronunciate in uno Stato membro.

L'art. 34 di detto regolamento prevede quanto segue:

«Le decisioni non sono riconosciute:

- 1) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto;*
- 2) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione;*

- 3) se sono in contrasto con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto;
- 4) se sono in contrasto con una decisione emessa precedentemente tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, allorché tale decisione presenta le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto».

Orbene il testo novellato dell'art. 1938 cc recita testualmente: " La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito".

La figura della fideiussione omnibus ha nel tempo sollevato molte discussioni in dottrina e giurisprudenza circa la sua validità a causa della indeterminatezza dell'impegno assunto dal garante; la legge 154/92, però, modificando l'art. 1938 c.c. e l'art. 1956 c.c. ha indirettamente sancito la validità di questo tipo di obbligazione, a condizione che per le obbligazioni future sia previsto l'importo massimo garantito.

Di conseguenza, essendo ora ammissibili fideiussioni per debiti non ancora sorti, è venuto meno quel requisito della indeterminatezza che poteva rendere nulle le fideiussioni omnibus; è anche vero, che tali garanzie sono valide solo se è previsto l'importo massimo garantito, e ciò a tutela del garante-fideiussore.

La legge 17 febbraio 1992 n. 154 ha introdotto norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Il testo approvato è la risultante dell'unificazione di una serie di disegni di legge presentati nel corso della decima legislatura e tiene conto dei principi informativi della direttiva del consiglio delle Comunità europee n. 87/102 del 22 novembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo. L'intervento legislativo, espressione di un principio inderogabile di ordine pubblico, ha sancito la nullità delle fideiussioni rilasciate per importo illimitato e degli atti di rinuncia preventiva alla speciale autorizzazione prescritta dall'art. 1956 c.c., traendo le logiche conseguenze della soggezione del creditore ai limiti di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio.

Ed invero, in virtù del successivo art. 11 della stessa legge, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 10 devono ritenersi inderogabili (tranne che in senso più favorevole al cliente), con la conseguenza che la loro violazione comporta la nullità del contratto o della clausola di rinuncia alla liberazione, ai sensi rispettivamente degli artt. 1418 e 1419 c.c.

Per completezza va aggiunto che il dettato legislativo si intende, tuttavia, rispettato solo attraverso la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alle sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato.

La Corte di Cassazione, con una recente sentenza (Cass. n. 1520 del 26 gennaio 2010) è intervenuta in materia sancendo l'applicazione del principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico dell'art. 1938 c.c. per qualsiasi garanzia personale, non solo tipica, ma anche atipica, fra le altre, per le c.d. lettere di patronage¹.

¹ La lettera di patronage è una garanzia personale atipica diffusa prevalentemente nel settore bancario ove costituisce uno strumento a supporto del credito finanziario. Questa forma di garanzia ha trovato origine nel sistema americano e si è poi diffusa in Europa intorno agli anni '70, quando numerose società d'oltre oceano hanno iniziato a concludere operazioni finanziarie con i nostri istituti di credito, avvalendosi della lettera di patronage come strumento di garanzia delle proprie obbligazioni.

Si tratta di un documento che un soggetto, il *patronnant*, invia in forma di lettera ad una banca per rafforzare il convincimento di quest'ultima a concedere credito ad un terzo soggetto. Il *patronnant* è generalmente una holding ed il soggetto terzo beneficiante della lettera è una società controllata dalla prima, fra le quali si instaura, in forza della lettera di patronage, un rapporto di c.d. patrocinato.

In particolare, la funzione della lettera di patronage non è quella di garantire l'adempimento di un'obbligazione di un soggetto terzo, ma bensì quella di rafforzare il convincimento del creditore di essere garantito, ciò che avviene attraverso la comunicazione di argomenti ed informazioni che manifestano l'interesse del *patronnant* al buon esito dell'operazione.

La Suprema Corte ha infatti qualificato espressamente il disposto dell'art. 1938 c.c., quale principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico operante all'interno del nostro ordinamento giuridico, come valido anche al di fuori della forma di garanzia personale tipizzata dal legislatore agli art. 1936 c.c. ss., in quanto il legislatore italiano, con la modifica del testo di cui all'art. 1938 c.c., si è adeguato alle regole comunitarie derivati dal trattato, così delimitando l'obbligazione futura assunta dal garante fissando, con lo stabilire la regola dell'indicazione di un importo massimo garantito per il contratto tipico di fideiussione, un dogma inviolabile per qualsiasi garanzia personale. Ciò significa che ogniqualvolta un soggetto assuma a proprio carico un obbligo di garanzia personale per obbligazioni future, a prescindere dal *nomen* quanto dalla tipicità del negozio giuridico concluso, tale soggetto riceverà tutela dal nostro ordinamento giuridico, attraverso la prescrizione a pena di nullità dell'indicazione dell'importo massimo garantito, così da evitare l'accollo di un rischio economico indeterminato.

Con la decisione n. 1520 del 2010 la S.C. di Cassazione ha riconosciuto l'applicabilità del principio di cui all'articolo 1938 c.c., anche alle lettere di *patronage* con la previsione della necessaria indicazione, nel documento, dell'importo massimo garantito.

Nonostante la lettera di *patronage* sia una forma di garanzia priva di una disciplina giuridica di riferimento (per questo si parla di garanzia atipica), la lettera viene generalmente ricondotta ad uno schema comune costituito da una premessa contenente la comunicazione del controllo azionario del *patronnant* sulla società controllata, e da una successiva serie di dichiarazioni, più o meno vincolanti, per mezzo delle quali la controllante manifesta il proprio impegno a non cedere il controllo azionario della patrocinata ed a controllare l'adempimento delle obbligazioni di quest'ultima.

In merito alla qualificazione giuridica, la lettera di *patronage* è stata oggetto di numerosi dibattiti giurisprudenziali, mossi dal tentativo di applicare in via analogica all'istituto in questione la disciplina dettata per figure di garanzia affini, ed in primo luogo per la fideiussione. Al riguardo la giurisprudenza ha escluso per molti anni l'applicabilità alla lettera di *patronage* dei principi e dei limiti dettati in materia di fideiussione a causa della mancanza nel primo istituto della necessaria manifestazione espressa della volontà di prestare la garanzia, richiesta invece per la fideiussione dall'articolo 1937 c.c.

Proprio su tale punto è intervenuta la citata sentenza con la quale la Corte di Cassazione ha stabilito l'applicabilità alla lettera di *patronage* del principio dettato dall'articolo 1938 c.c., così come modificato dalla legge n. 154 del 1992, che prevede la necessaria indicazione nel documento del limite massimo garantito per le obbligazioni future. La Suprema Corte ha precisato che "*quella dell'art. 1938 c.c. nel testo novellato (dalla legge 1992 n. 154 art. 10), pur essendo inserita nella disciplina tipica dell'istituto della*

Nella prassi accade di sovente che una lettera di *patronage* venga emessa da una società capogruppo a favore di una propria controllata, la quale, inevitabilmente, alla luce del ruolo ricoperto, risulta, in misura più o meno intensa, coinvolta nei rapporti bancari intrattenuti dalla sua controllata. Appare, quindi, evidente come le lettere di *patronage* possano trovare il proprio terreno di elezione nell'ambito dei gruppi societari, così come disciplinati nel nostro ordinamento dal Codice civile (artt. 2497-2497 sexies c.c.). In questo ambito, sono nate e si sono diffuse le lettere di *patronage* la cui emissione rappresenta e dimostra, da una parte, il coinvolgimento, più o meno diretto, della *patronnant* nell'ambito del processo decisionale di un istituto di credito volto a deliberare la concessione e/o il mantenimento di linee di credito a favore della controllata; dall'altra parte, la banca persegue il suo scopo, ottenendo una forma di "garanzia" a tutela della decisione presa, con una ragionevole sicurezza in merito all'esito finale positivo dell'operazione di credito accordata.

A seconda della vincolatività delle predette dichiarazioni, si distingue fra lettere di *patronage* a carattere informativo (c.d. lettere deboli) e lettere di *patronage* a carattere impegnativo (c.d. lettere forti). Le lettere deboli sono quelle che contengono una mera comunicazione circa l'esistenza del rapporto di controllo fra società patrocinante e patrocinata, accompagnata da una dichiarazione di consapevolezza ed approvazione circa l'operazione di finanziamento che la banca ha concesso o sta per concedere alla controllata. Le lettere forti, invece, oltre alle dichiarazioni di cui sopra, contengono anche una comunicazione per mezzo della quale il *patronnant* dichiara di impegnarsi a procurare le disponibilità finanziarie per l'adempimento delle obbligazioni della società patrocinata, a non cedere il controllo di quest'ultima sino all'estinzione del debito ed a mantenere il controllo della solvibilità della stessa.

fideiussione, introduce un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, suscettibile di valenza generale anche per le garanzie personali atipiche e tra queste quelle di patronage...".

La decisione della Corte di Cassazione introduce un elemento decisamente rilevante in tema di lettera di *patronage*, affermando la regola che l'espressa indicazione del limite massimo dell'importo per il quale il *patronnant* rende la propria dichiarazione, dovrà essere sempre inserita all'interno del documento, pena la nullità della lettera di *patronage* e del suo contenuto.

Nel solco della decisione del 2010 si pone la recentissima sentenza della S.C. Sez. 3, n. 5951 del 14/03/2014 (Rv. 630557) che, ampliando l'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 1938 cc ha affermato che "*In tema di fideiussione, l'art. 1938 cod. civ., come modificato dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154, il quale prevede la necessità della determinazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, non si applica solo alle fideiussioni rilasciate a favore di banche o di società finanziarie, posto che né la lettera della norma, né la sua "ratio", consentono tale limitazione".*

In sostanza ha stabilito la S.C. che la lettera della norma non pone alcun limite all'ambito di applicabilità di essa. La suddetta previsione si applica dunque a qualsiasi fideiussione, a *quocumque et cuicumque* rilasciata.

La circostanza che la previsione della nullità delle fideiussioni omnibus sia stata introdotta nel codice civile da una legge intitolata "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" non è di per sé sufficiente a ritenere che l'art. 1938 c.c. si applichi solo alle fideiussioni rilasciate a favore di banche o società finanziarie, per tre ragioni:

- a) lo scopo della legge in tanto può venire in rilievo ai fini dell'interpretazione della norma, in quanto la lettera di quest'ultima sia ambigua (*ex multis*, Sez. L, Sentenza n. 2663 del 18/04/1983, Rv. 427548; Sez. L, Sentenza n. 2183 del 28/03/1983, Rv. 427036; Sez. L, Sentenza n. 5493 del 26/08/1983, Rv. 430429);
- b) "l'intenzione del legislatore" di cui è menzione nell'art. 12 disp. prel. c.c. va intesa - per risalente tradizione - come volontà oggettiva della norma (c.d. *voluntas legis*), e non certo come volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa (c.d. *voluntas legislatoris*) (*ex multis*, Sez. 3, Sentenza n. 3550 del 21/05/1988, Rv. 458871; Sez. L, Sentenza n. 3276 del 08/06/1979, Rv. 399660; Sez. 2, Sentenza n. 1955 del 19/05/1975, Rv. 375656; Sez. 1, Sentenza n. 937 del 13/03/1975, Rv. 374322);
- c) dai lavori preparatori della legge n. 154/92 (oggi abrogata dall'art. 161 d. lgs. 10 settembre 1993, n. 385, fatta eccezione per l'art. 10) non vi è alcuno spunto che corrobori la tesi contraria. La legge 154/92, fu infatti approvata infatti nella X Legislatura dalla VI Commissione (Tesoro e Finanze) in sede deliberante, dopo tre sole sedute (25.9.1991, 2.10.1991 e 23.1.1992). Nei resoconti stenografici di tali sedute (Senato della Repubblica, X Legislatura, resoconti stenografici nn. 129, 132 e 145) non solo nulla si dice in merito all'ambito d'applicazione della prevista modifica dell'art. 1938 c.c.; ma nell'esposizione del progetto di legge il relatore, Sen. Sacconi, nella seduta del 23.1.1992 (resoconto stenografico n. 145, pag. 4) espressamente dichiarò, con riferimento all'ambito d'applicazione delle nuove norme: "*in primo luogo debbo ricordare che si tratta di un provvedimento valido erga omnes*".

Ragionevolmente deve allora concludersi che né la lettera della legge, né la sua *ratio*, consentano di ritenere applicabile l'art. 1938 c.c. alle sole fideiussioni rilasciate a favore di banche.

Nella fattispecie che ci occupa si rileva come l'Accordo di garanzia ("*GUARANTEE AGREEMENT*") del 4.01.2010, espressamente ed integralmente trascritto nel corpo del provvedimento del Tribunale di Midden-Neederland, sede di Utrecht del 26.04.2013, di cui costituisce parte integrante, - come da traduzione allegata dalla [redacted] e non contestata quanto ai contenuti dalla [redacted] - all'art. 1 espressamente prevede:

art. 1 Dichiarazione di garanzia

- 1.1 [redacted] con la presente accetta di divenire garante nei confronti di [redacted] ai sensi dei termini e condizioni del presente accordo, pertanto garantendo per il completo e corretto pagamento di tutti i crediti dovuti a [redacted] da [redacted] derivanti da tutte le fatture per servizi resi che sono più vecchie di 45 giorni rispetto alla data rilevante per la fatturazione.
- 1.2 [redacted] avrà diritto ad attivare la garanzia rilasciata da Ciccolella Spa, all'art. 1.1. non appena una delle società del [redacted] che è debitore di [redacted] sia oggetto di provvedimento di sospensione dei pagamenti, o sia dichiarata fallita, e in quel momento solo per quanto riguarda le fatture di [redacted] [redacted] che alla data della predetta sospensione o dichiarazione di fallimento siano più vecchie di 45 giorni rispetto alla data rilevante per la fatturazione;
- 1.3 si include nel significato dell'art. 1.1 tutti i costi ragionevolmente incorsi per il recupero dei crediti e le spese di lite che potranno essere addebitate da [redacted] a [redacted]."

Dal par.3.1 del provvedimento olandese si evince che [redacted] aveva adito il Tribunale di Midden-Nederland chiedendo il rispetto da parte della [redacted], holding controllante, del suddetto Accordo di garanzia per i crediti dovuti dalla controllata, e che dal par. 4.6 e 4.7 emerge che la condanna della [redacted] derivava proprio dal suo presunto mancato adempimento dei suddetti accordi che, come emerge per *tabulas* non contengono alcuna indicazione dell'importo massimo garantito, in palese violazione del precetto di cui all'art. 1938 cc e, prima ancora della normativa comunitaria - direttiva del consiglio delle Comunità europee n. 87/102 del 22 novembre 1986- di cui il suddetto precetto è diretta derivazione.

Gli argomenti sopra diffusamente esposti impongono di concludere nel senso che la decisione del Tribunale di Midden-Nederland del 26.04.2013 non può essere resa esecutiva in Italia perché ha condannato la Spa ricorrente in base agli accordi di cui all'"*GUARANTEE AGREEMENT*" del 4.01.2010, che devono invece ritenersi nulli per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 1938 cc.

La controvertibilità delle questioni trattate e l'evoluzione giurisprudenziale in atto, costituiscono giusti motivi per la integrale compensazione fra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

accoglie il ricorso proposto da [redacted] ex art. 43 e segg. Reg CE n. 44/01 e per l'effetto revoca la dichiarazione di esecutività del provvedimento reso dal Tribunale di Midden-Nederland del 26.04.2013 resa con provvedimento di questa Corte del 29/30.10.2013, con le conseguenze di legge.

Spese compensate.

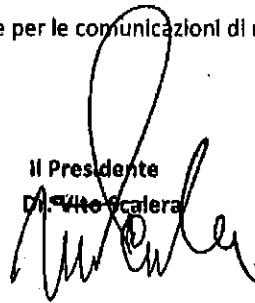
Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di competenza e per le comunicazioni di rito alle parti.

Bari, addì 30 settembre 2014

Il Consigliere estensore
Dr. Maria Mitola



Il Presidente
Dr. Vito Scalera



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Bari, - 6 OTT. 2014

IL CANCELLIERE

L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
Antonina PAPARELLA

