

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La Corte di Giustizia UE si pronuncia sulla Direttiva *Collateral*

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 10 novembre 2016, C-156/15

(...*Omissis*...)

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 giugno 2002, relativa ai contratti di garanzia finanziaria (GU 2002, L 168, pag. 43).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la «Private Equity Insurance Group» SIA e la «Swedbank» AS, relativamente ad un ricorso per risarcimento proposto dalla prima società contro la seconda.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 98/26/CE

3 Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli (GU 1998, L 166, pag. 45):

«Le disposizioni della presente direttiva si applicano:

a) ad ogni sistema definito all'articolo 2, lettera a), disciplinato dalla legge di uno Stato membro e che opera in una valuta qualsiasi, in [euro] o nelle diverse valute che il sistema converte l'una nell'altra;

b) ad ogni partecipante a tale sistema;

c) alla garanzia in titoli fornita in relazione

– alla partecipazione a un sistema ovvero

– a operazioni delle banche centrali degli Stati membri, connesse con le loro funzioni di banca centrale».

4 L'articolo 2, lettera a), primo comma, della suddetta direttiva è così formulato:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

a) “sistema”: un accordo formale

– fra tre o più partecipanti, senza contare un eventuale agente di regolamento, un’eventuale controparte centrale, un’eventuale stanza di compensazione o un eventuale partecipante indiretto, con regole comuni e accordi standardizzati per l’esecuzione di ordini di trasferimento tra i partecipanti,

– disciplinato dalla legge di uno Stato membro scelta dai partecipanti; i partecipanti, comunque, possono solo optare per la legge dello Stato membro nel quale almeno uno di essi ha la propria sede sociale, e

– designato, fatti salvi altri requisiti più rigorosi di applicazione generale imposti dalla legislazione nazionale, come sistema e notificato alla Commissione dallo Stato membro di cui si applica la legge, dopo che lo Stato membro stesso ne abbia accertato la conformità alle regole dello stesso».

Direttiva 2002/47

5 I considerando 1, da 3 a 5, 9, 10, 17 e 18 della direttiva 2002/47 enunciano quanto segue:

«(1) La direttiva [98/26] ha rappresentato una tappa fondamentale del processo di istituzione di un quadro giuridico efficace per i sistemi di pagamento ed i sistemi di regolamento titoli. La sua attuazione ha dimostrato l’importanza di limitare il rischio sistemico che tali sistemi comportano, essendo soggetti a regimi giuridici diversi, e ha indicato i vantaggi che potrebbero derivare dall’emanazione di una regolamentazione comune riguardante le garanzie costituite nell’ambito di tali sistemi.

(...)

(3) È necessario creare un regime comunitario per la fornitura in garanzia di titoli e contante, con costituzione del diritto reale di garanzia o tramite trasferimento del titolo di proprietà, compresi i contratti di pronti contro termine. Un siffatto regime favorirà l’integrazione e l’efficienza del mercato finanziario in termini di costi, nonché la stabilità del sistema finanziario dell’Unione europea e pertanto la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione dei capitali nel mercato unico dei servizi finanziari. La presente direttiva ha per oggetto i contratti di garanzia finanziaria bilaterali.

(4) La presente direttiva è adottata in un contesto giuridico europeo consistente in particolare nella summenzionata direttiva [98/26], nella direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2001, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi [(GU 2001, L 125, pag. 15)], nella direttiva 2001/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2001, in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione [(GU 2001, L 110, pag. 28)] e nel regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza [(GU 2000, L 160, pag. 1)]. La presente direttiva è in linea con lo schema generale dei precedenti atti normativi e non contiene disposizioni in contrasto con gli stessi. La direttiva di fatto completa gli atti normativi in vigore trattando altre questioni e approfondendoli per quanto concerne questioni particolari già affrontate dagli stessi.

(5) Per migliorare la certezza giuridica dei contratti di garanzia finanziaria, gli Stati membri devono garantire che talune disposizioni delle legislazioni nazionali sull'insolvenza non si applichino ai predetti contratti, in particolare quelle che ostacolerebbero il realizzo delle garanzie finanziarie o che porrebbero in dubbio la validità di tecniche attualmente in uso come la compensazione bilaterale per close-out, l'integrazione della garanzia e la sostituzione della garanzia.

(...)

(9) Per limitare le formalità amministrative gravanti sugli operatori che utilizzano la garanzia finanziaria, l'unica condizione di validità che può essere imposta dal diritto nazionale su tale garanzia dovrebbe essere che essa sia consegnata, trasferita, detenuta, iscritta o in altro modo designata cosicché risulti in possesso o sotto il controllo del beneficiario della garanzia o di una persona che agisce per conto di quest'ultimo, senza escludere tecniche di garanzia per cui al datore della garanzia sia consentito sostituire la garanzia o ritirare l'eccesso di garanzia.

(10) Per gli stessi motivi la costituzione, la validità, il perfezionamento, l'efficacia o l'ammissibilità come prova di un contratto di garanzia finanziaria o la fornitura di una garanzia finanziaria ai sensi di un contratto di garanzia finanziaria non dovrebbero essere subordinati all'osservanza di formalità quali la redazione di un documento in una forma particolare o in un modo particolare, l'effettuazione di un'iscrizione presso un organismo

ufficiale o pubblico o la registrazione in un pubblico registro, la pubblicazione di un'inserzione su un giornale o periodico, in un registro o una pubblicazione ufficiale o in qualunque altro modo, la notifica a un pubblico funzionario o l'esibizione di prove in una determinata forma per quanto riguarda la data di stesura di un documento o di uno strumento, l'importo delle obbligazioni finanziarie assistite o qualunque altro aspetto. La presente direttiva dovrebbe tuttavia instaurare un equilibrio tra l'efficienza del mercato e la sicurezza delle parti e dei terzi, evitando tra l'altro il rischio di frode. L'equilibrio è raggiunto per il fatto che nel campo di applicazione della presente direttiva rientrano solo i contratti di garanzia finanziaria che richiedono una qualche forma di spossessamento, ossia la fornitura della garanzia finanziaria, e ove tale fornitura possa essere provata per iscritto o su un supporto durevole, assicurando così la tracciabilità della garanzia. (...)

(...)

(17) La presente direttiva istituisce procedure di esecuzione rapide e non formalistiche per salvaguardare la stabilità finanziaria e limitare gli effetti di contagio in caso di inadempimento di una delle parti del contratto di garanzia finanziaria. (...)

(18) (...) Per contante si intende soltanto il denaro rappresentato da un credito su un conto o crediti analoghi sulla restituzione di denaro (come depositi sul mercato monetario), il che esclude esplicitamente le banconote».

6 L'articolo 1 di tale direttiva, intitolato «Oggetto e campo di applicazione», così dispone:

«1. La presente direttiva stabilisce un regime comunitario applicabile ai contratti di garanzia finanziaria che soddisfano le condizioni di cui ai paragrafi 2 e 5, e alle garanzie finanziarie in conformità alle condizioni di cui ai paragrafi 4 e 5.

2. Il beneficiario e il datore di garanzia devono entrambi rientrare in una delle seguenti categorie:

a) autorità pubbliche (...);

b) banche centrali (...);

c) enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale (...);

d) controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione, quali definiti dalla direttiva [98/26], articolo 2, rispettivamente alle lettere c), d) ed e), (...);

e) persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese e associazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito alle lettere da a) a d).

3. Gli Stati membri possono escludere dal campo di applicazione della presente direttiva i contratti di garanzia finanziaria in cui una delle parti sia una persona menzionata nel paragrafo 2, lettera e).

(...)

4. a) La garanzia finanziaria da fornire deve consistere in contante o strumenti finanziari;

(...)

5. La presente direttiva si applica alle garanzie finanziarie una volta che sono fornite e se tale fornitura può essere provata per iscritto.

La prova della fornitura di garanzia finanziaria deve permettere l'individuazione della garanzia alla quale si riferisce. A tal fine è sufficiente provare che la garanzia su strumenti finanziari in forma scritturale è stata accreditata o costituisce un credito nel conto di pertinenza e che la garanzia in contante è stata accreditata nel conto designato o vi costituisce un credito.

(...)».

7 L'articolo 2 della direttiva di cui trattasi, intitolato «Definizioni», recita come segue:

«1. Ai fini della presente direttiva si intende per:

a) “contratto di garanzia finanziaria”: un contratto di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà o un contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale, che siano o no coperti da un accordo quadro o da condizioni generali;

(...)

c) “contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale”: un contratto in forza del quale il datore della garanzia fornisce una garanzia finanziaria a titolo di garanzia reale a favore del beneficiario della garanzia o gliela consegna conservando la piena proprietà di quest'ultima quando il diritto di garanzia è costituito;

d) “contante”: il denaro, espresso in qualsiasi valuta, accreditato su un conto, o analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario;

(...)

f) “obbligazioni finanziarie garantite”: le obbligazioni che sono assistite da un contratto di garanzia finanziaria e che danno diritto a un pagamento in contanti e/o alla fornitura di strumenti finanziari.

Le obbligazioni finanziarie garantite possono consistere totalmente o parzialmente:

i) in obbligazioni presenti o future, effettive o condizionate o potenziali (comprese quelle derivanti da un accordo quadro o da un accordo analogo);

ii) in obbligazioni nei confronti del beneficiario della garanzia assunte da una persona diversa dal datore della garanzia; o

iii) in obbligazioni di categoria o tipo specificato, che possono sorgere di volta in volta.

(...)

2. Ogni riferimento della presente direttiva alla garanzia “fornita” o alla “fornitura” di garanzia finanziaria, si intende come relativo alla garanzia finanziaria consegnata, trasferita, detenuta, iscritta o in altro modo designata cosicché risulti in possesso o sotto il controllo del beneficiario della garanzia o di una persona che agisce per conto di quest’ultimo. Il diritto di sostituzione o di ritiro dell’eccesso di garanzia finanziaria a favore del datore di garanzia non pregiudica la fornitura della garanzia finanziaria al beneficiario di garanzia di cui alla presente direttiva.

3. Ogni riferimento della presente direttiva ai termini “per iscritto” si applica anche alla forma elettronica e a qualsiasi altro supporto durevole».

8 Ai sensi dell’articolo 3 di tale direttiva, intitolato «Requisiti formali»:

«1. Gli Stati membri non prescrivono che la costituzione, la validità, il perfezionamento, l’efficacia o l’ammissibilità come prova di un contratto di garanzia finanziaria o la fornitura di una garanzia finanziaria in virtù di un contratto di garanzia finanziaria siano subordinati all’osservanza di alcuna formalità.

2. Il paragrafo 1 lascia impregiudicata l’applicazione della presente direttiva alla garanzia finanziaria soltanto qualora quest’ultima sia stata fornita e la fornitura possa essere provata per iscritto e qualora il contratto di garanzia finanziaria possa essere provato per iscritto o in altre forme giuridicamente equivalenti».

9 L'articolo 4 della direttiva 2002/47, intitolato «Escussione della garanzia finanziaria», dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri assicurano che in caso di evento determinante l'escussione della garanzia finanziaria, il beneficiario della garanzia sia in grado di realizzare nei modi indicati di seguito le garanzie finanziarie fornite nel quadro e nei termini di un contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale:

(...)

b) in contante, tramite compensazione con le obbligazioni finanziarie garantite o a loro estinzione.

(...)

4. Le modalità di realizzo della garanzia finanziaria di cui al paragrafo 1, fatti salvi i termini stabiliti nel contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale, non prescrivono l'obbligo:

a) che l'intenzione di procedere al realizzo sia stata preliminarmente comunicata;

b) che le condizioni del realizzo siano approvate da un tribunale, un pubblico ufficiale o altra persona;

c) che il realizzo avvenga per asta pubblica o in altra forma prescritta; o

d) che un periodo supplementare sia trascorso.

5. Gli Stati membri garantiscono che un contratto di garanzia finanziaria abbia effetto conformemente ai termini in esso previsti nonostante l'avvio o il proseguimento di una procedura di liquidazione o di provvedimenti di risanamento nei confronti del datore o del beneficiario della garanzia.

(...)).

10 L'articolo 8 di tale direttiva, intitolato «Disapplicazione di talune disposizioni in materia di insolvenza», così dispone:

«1. Gli Stati membri garantiscono che un contratto di garanzia finanziaria, nonché la fornitura della garanzia finanziaria in virtù di tale contratto, non possano essere dichiarati nulli, annullabili o essere resi inefficaci soltanto in base al fatto che il contratto di garanzia finanziaria è stato perfezionato, ovvero la garanzia finanziaria è stata fornita:

a) il giorno dell'avvio delle procedure di liquidazione o dei provvedimenti di risanamento, ma anteriormente all'ordinanza o al decreto di avvio; o

b) nel corso di un determinato periodo antecedente all'avvio di tali procedure o provvedimenti e definito in rapporto a tale avvio o in rapporto all'emanazione di un'ordinanza o di un decreto o all'adozione di qualunque altro provvedimento o di qualunque altro evento concomitante con dette procedure o con detti provvedimenti.

2. Gli Stati membri assicurano che, qualora sia stato perfezionato un contratto di garanzia finanziaria o sia sorta un'obbligazione finanziaria garantita, o si sia fornita la garanzia finanziaria alla data delle procedure di liquidazione o dei provvedimenti di risanamento, ma dopo l'avvio di tali procedure, esso è legalmente opponibile ai terzi e vincolante nei confronti di questi ultimi se il beneficiario della garanzia può dimostrare di non essere stato, né di aver potuto essere, a conoscenza dell'avvio di tali procedure.

3. Ove un contratto di garanzia finanziaria preveda:

a) l'obbligo di fornire una garanzia finanziaria o una garanzia finanziaria integrativa per tenere conto delle variazioni del valore della garanzia finanziaria o dell'importo delle obbligazioni finanziarie assistite; o

b) il diritto di ritirare la garanzia finanziaria in cambio della fornitura, nel quadro di una sostituzione o di uno scambio, di una garanzia finanziaria che abbia sostanzialmente il medesimo valore,

gli Stati membri assicurano che la fornitura della garanzia finanziaria, della garanzia finanziaria integrativa o della garanzia finanziaria a titolo di sostituzione o di scambio in forza di detto obbligo o diritto non sia considerata nulla, annullabile o inefficace unicamente in base ai seguenti presupposti:

i) siffatta fornitura è stata effettuata alla data dell'avvio di procedure di liquidazione o di provvedimenti di risanamento ma anteriormente all'ordinanza o al decreto di avvio, o nel corso di un periodo determinato, definito in rapporto all'avvio di procedure di liquidazione o di provvedimenti di risanamento o in rapporto all'emanazione di un'ordinanza o di un decreto o all'adozione di qualunque altro provvedimento o a qualunque altro evento concomitante con dette procedure o detti provvedimenti; e/o

ii) le obbligazioni finanziarie garantite hanno preso effetto anteriormente alla data della fornitura della garanzia finanziaria, della garanzia finanziaria integrativa o della garanzia finanziaria a titolo di sostituzione o di scambio.

(...».

Diritto lettone

11 Il Finanšu nodrošinājuma likums (legge sulle garanzie finanziarie) è stato adottato al fine di trasporre nel diritto lettone la direttiva 2002/47.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Il 14 aprile 2007 la «Izdevniecība Stilus» SIA, il cui successore giuridico è la Private Equity Insurance Group, e la Swedbank hanno sottoscritto un contratto tipo di conto corrente bancario. Tale contratto contiene una clausola di garanzia finanziaria ai sensi della quale le somme depositate sul conto corrente della Izdevniecība Stilus fungono da garanzia pignorizia per tutti i crediti della Swedbank nei confronti della Izdevniecība Stilus.

13 Il 25 ottobre 2010 la Izdevniecība Stilus è stata dichiarata insolvente. Successivamente alla dichiarazione di insolvenza, il curatore fallimentare ha concluso con la Swedbank un nuovo contratto di conto corrente contenente identica clausola di garanzia finanziaria pignorizia.

14 L'8 giugno 2011 la Swedbank ha prelevato dal conto corrente della Izdevniecība Stilus un importo di 192,30 lat lettoni (LVL) (circa EUR 274) a titolo di commissione di gestione del conto per il periodo fino alla dichiarazione di insolvenza.

15 La Izdevniecība Stilus, rappresentata dal curatore fallimentare, ha proposto azione legale nei confronti della Swedbank ai fini di recuperare tale somma, invocando il principio del diritto nazionale che sancisce la parità dei creditori nella procedura di insolvenza e il divieto per il singolo creditore di intraprendere azioni individuali che possano arrecare un pregiudizio agli altri creditori.

16 I giudici lettoni di primo grado e di appello hanno respinto tale domanda basandosi in particolare sulla legge sulle garanzie finanziarie, le cui disposizioni escludevano le garanzie finanziarie dall'applicazione del diritto fallimentare. L'Augstākās tiesas Civillietu departaments (Corte suprema, sezione civile, Lettonia) è quindi stata adita di un ricorso per cassazione.

17 A tale riguardo, detto giudice fa rilevare che la direttiva 2002/47 è stata adottata in un contesto costituito, in particolare, dalla direttiva 98/26, che verte sui sistemi di pagamento e di regolamento titoli. Esso si chiede pertanto, in primo luogo, se la direttiva 2002/47 sia applicabile

anche a somme depositate su un conto bancario ordinario come quello di cui al procedimento principale, utilizzato al di fuori dell'ambito dei sistemi di pagamento e di regolamento titoli di cui agli articoli 1 e 2 della direttiva 98/26.

18 In secondo luogo, l'Augstākās tiesas Civillietu departaments (Corte suprema, sezione civile) nutre dubbi relativamente alla compatibilità della priorità della garanzia finanziaria rispetto a tutti gli altri tipi di garanzie, in particolare quelle iscritte in un pubblico registro, quali l'ipoteca, con il principio della parità di trattamento dei creditori nell'ambito di una procedura di insolvenza. In particolare, si chiede se una siffatta priorità sia giustificata e proporzionata alla luce degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2002/47.

19 In terzo luogo, il giudice del rinvio rileva che la legge sulle garanzie finanziarie è applicabile sia alle persone menzionate all'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2002/47 sia alle persone fisiche. Di conseguenza, esso si chiede, da un lato, se tale disposizione consenta di estendere le norme previste dalla suddetta direttiva a persone che sono espressamente escluse dal campo di applicazione della medesima e, dall'altro, in caso di risposta affermativa, se tale disposizione sia direttamente applicabile. Pur ammettendo che si tratta di questioni ipotetiche nell'ambito del procedimento principale, tale giudice considera che potrebbero rivelarsi pertinenti nel caso di un eventuale controllo di legittimità costituzionale che la Latvijas Republikas Satversmes tiesa (Corte costituzionale, Lettonia) potrebbe esercitare sulla legge sulle garanzie finanziarie.

20 In tali circostanze, l'Augstākās tiesas, Civillietu departaments (Corte suprema, sezione civile), ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le disposizioni dell'articolo 4 della direttiva 2002/47/CE relativo all'escussione di una garanzia finanziaria, tenuto conto dei considerando 1 e 4 della stessa, debbano essere interpretate nel senso che si applicano unicamente ai conti utilizzati per le liquidazioni nei sistemi di liquidazione titoli, o nel senso che si applicano parimenti a qualsiasi conto aperto in una banca, compreso un conto corrente non utilizzato per le liquidazioni delle operazioni con titoli;

2) Se le disposizioni degli articoli 8 e 3 della direttiva 2002/47/CE, tenuto conto dei considerando 3 e 5 della stessa, debbano essere

interpretate nel senso che la direttiva si prefigge di garantire un trattamento prioritario, particolarmente favorevole agli enti creditizi nei casi di insolvenza dei loro clienti, soprattutto rispetto agli altri creditori di tali clienti, come i lavoratori, per quanto attiene ai crediti salariali, lo Stato, per quanto attiene ai crediti tributari, e i creditori privilegiati, i cui crediti sono tutelati da garanzie protette dalla fede pubblica mediante registrazione;

3) Se si debba intendere l'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2002/47/CE come una norma di armonizzazione minima o di armonizzazione completa, ossia se esso debba essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di estendere la suddetta disposizione a soggetti espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della citata direttiva;

4) Se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2002/47/CE sia una norma direttamente applicabile;

5) Nel caso in cui l'obiettivo e la portata della direttiva 2002/47/CE risultino essere più limitati dell'obiettivo e della portata reali della legge nazionale, la cui adozione è stata formalmente giustificata con l'obbligo di trasporre la direttiva, se sia possibile avvalersi dell'interpretazione della suddetta direttiva per invalidare una clausola di garanzia finanziaria pignoratizia basata sulla legge nazionale, come quella controversa nel procedimento principale».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle questioni prima e seconda

21 Con le sue prime due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la direttiva 2002/47 debba essere interpretata nel senso che conferisce al beneficiario di una garanzia finanziaria come quella di cui al procedimento principale, in base alla quale le somme depositate su un conto bancario fungono da garanzia pignoratizia per la banca e coprono integralmente i crediti della stessa nei confronti del titolare del conto, il diritto di escutere tale garanzia indipendentemente dall'avvio di una procedura di insolvenza nei confronti del datore della garanzia.

22 A tale riguardo, occorre rilevare che, secondo il considerando 3 della direttiva 2002/47, quest'ultima mira a favorire l'integrazione e l'efficienza del mercato finanziario in termini di costi, nonché la stabilità del sistema finanziario dell'Unione europea.

23 A tal fine, la suddetta direttiva ha instaurato un sistema che, come risulta dai suoi considerando 5, 9, 10 e 17, ha lo scopo di limitare le formalità amministrative gravanti sugli operatori che utilizzano le garanzie finanziarie rientranti nel suo campo di applicazione, di migliorare la certezza giuridica di tali garanzie facendo sì che non vengano loro applicate talune disposizioni delle legislazioni nazionali sull'insolvenza e di istituire procedure di esecuzione rapide e non formalistiche per salvaguardare la stabilità finanziaria e limitare gli effetti di contagio in caso di inadempimento di una delle parti del contratto di garanzia finanziaria.

24 Pertanto, da un lato, l'articolo 3 di tale direttiva vieta sostanzialmente agli Stati membri di subordinare la costituzione, la validità, il perfezionamento, l'efficacia o l'ammissibilità come prova di un contratto di garanzia finanziaria o la fornitura di una garanzia finanziaria in virtù di un contratto di garanzia finanziaria all'osservanza di alcuna formalità.

25 Dall'altro, l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2002/47 dispone che il beneficiario di una garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale deve poter essere in grado di realizzare la medesima nei modi indicati dall'articolo stesso. Ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, di tale direttiva, gli Stati membri garantiscono che un contratto di garanzia finanziaria abbia effetto conformemente ai termini in esso previsti nonostante l'avvio o il proseguimento di una procedura di liquidazione o di provvedimenti di risanamento nei confronti del datore o del beneficiario della garanzia.

26 Di conseguenza, il sistema instaurato dalla direttiva 2002/47, pur escludendo che l'utilizzo delle garanzie finanziarie sia subordinato all'osservanza di formalità, conferisce ai beneficiari di tali garanzie il diritto di escuterle nonostante l'avvio di una procedura di insolvenza nei confronti del datore della garanzia.

27 Ciò premesso, si deve determinare se una garanzia come quella di cui al procedimento principale rientri nel campo di applicazione di tale direttiva.

28 A tale riguardo, è pacifico che la garanzia di cui al procedimento principale rientra nel campo di applicazione *ratione personae* della suddetta direttiva, come precisato all'articolo 1, paragrafo 2, della medesima.

29 Per quanto riguarda il campo di applicazione ratione materiae della direttiva 2002/47, occorre anzitutto constatare che le obbligazioni assicurate dalla garanzia devono costituire «obbligazioni finanziarie garantite» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera f), di tale direttiva. Secondo la definizione di cui alla disposizione di cui trattasi, le «obbligazioni finanziarie garantite» sono obbligazioni che sono assistite da un contratto di garanzia finanziaria e che danno diritto a un pagamento in contanti e/o alla fornitura di strumenti finanziari. Esse possono consistere totalmente o parzialmente in obbligazioni presenti o future, comprese quelle derivanti da un accordo quadro o da un accordo analogo, in obbligazioni nei confronti del beneficiario della garanzia assunte da una persona diversa dal datore della garanzia, o in obbligazioni di categoria o tipo specificato, che possono sorgere di volta in volta.

30 Come sostenuto da tutte le parti che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte, una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui la garanzia copre tutti i crediti della banca nei confronti del titolare del conto, rientra nella definizione di «obbligazioni finanziarie garantite» di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2002/47.

31 Infatti, da un lato, in assenza di un limite espresso previsto nel testo della direttiva 2002/47, i termini «obbligazioni che danno diritto a un pagamento in contanti» che compaiono nella definizione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2002/47, devono essere intesi come relativi ad ogni obbligazione che dà diritto a un pagamento in contanti e quindi anche a debiti pecuniari ordinari di un titolare del conto nei confronti della propria banca, quali le spese di gestione del conto di cui trattasi nel procedimento principale.

32 Dall'altro, poiché le obbligazioni finanziarie garantite possono, secondo i termini stessi della definizione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2002/47, consistere totalmente o parzialmente in obbligazioni presenti nonché future, comprese quelle derivanti da un accordo quadro o da un accordo analogo, tale definizione riguarda altresì una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui la garanzia copre non solo un'obbligazione individuale, ma l'insieme dei crediti della banca nei confronti del titolare del conto.

33 È poi opportuno rilevare che, conformemente all'articolo 1, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2002/47, la garanzia prevista da quest'ultima deve essere costituita da denaro contante o da strumenti finanziari. Per quanto riguarda la nozione di «contante», essa è definita all'articolo 2, paragrafo 1, lettera d), della direttiva in questione come il denaro accreditato su un conto, o analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario. Dal considerando 18 della stessa direttiva risulta inoltre che le banconote sono esplicitamente escluse da tale definizione. Dal momento che la direttiva 2002/47 non prevede nessun'altra esclusione, occorre costatare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 29 delle conclusioni, che tale definizione comprende i contanti depositati su un conto corrente come quello di cui al procedimento principale.

34 Sulla questione, sollevata dal giudice del rinvio, di stabilire se il campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2002/47, tenuto conto del contesto in cui la direttiva è stata adottata, debba essere limitato unicamente alle somme depositate su conti utilizzati nell'ambito dei sistemi di pagamento e di liquidazione titoli di cui agli articoli 1 e 2 della direttiva 98/26, si deve rilevare che una limitazione siffatta non trova alcun fondamento nel tenore letterale della direttiva 2002/47. Al contrario, pur essendo vero, come risulta dai considerando 1 e 4 di tale direttiva, che essa è stata adottata in un contesto costituito, in particolare, dalla direttiva 98/26 e che il legislatore dell'Unione ha ritenuto vantaggioso sottoporre ad una normativa comune le garanzie costituite nell'ambito dei sistemi di pagamento e di liquidazione di cui trattasi in quest'ultima direttiva, la direttiva 2002/47 ha tuttavia, come ricorda anche il suo considerando 4, completato gli atti normativi in vigore trattando altre questioni e approfondendoli. Peraltro, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 31 delle conclusioni, l'esposizione dei motivi della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di garanzia finanziaria (GU 2001, C 180 E, pag. 312) conferma parimenti che la direttiva 2002/47 è stata adottata allo scopo di andare oltre il campo di applicazione della direttiva 98/26.

35 Ne risulta che non si può ritenere che il campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2002/47 sia limitato a somme depositate su conti utilizzati nell'ambito dei sistemi di pagamento e di liquidazione titoli di cui alla direttiva 98/26.

36 Ciò premesso, occorre rilevare che, conformemente al suo articolo 1, paragrafo 5, primo comma, la direttiva 2002/47 si applica alle garanzie finanziarie una volta che sono fornite e se tale fornitura può essere provata per iscritto, il che include, in forza dell'articolo 2, paragrafo 3, di tale direttiva, la forma elettronica e qualsiasi altro supporto durevole. Dal canto suo, l'articolo 3, paragrafo 2, di tale direttiva enuncia esplicitamente che il divieto di subordinare la costituzione di una garanzia finanziaria all'osservanza di formalità, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva stessa, lascia impregiudicata l'applicazione di tale garanzia finanziaria soltanto qualora quest'ultima sia stata fornita e la fornitura sia provata per iscritto.

37 Secondo la definizione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, prima frase, della direttiva 2002/47, ogni riferimento alla fornitura di una garanzia finanziaria si intende come relativo alla garanzia finanziaria consegnata, trasferita, detenuta, iscritta o in altro modo designata cosicché risulti in possesso o sotto il controllo del beneficiario della garanzia o di una persona che agisce per conto di quest'ultimo.

38 Tuttavia, tale direttiva non precisa a quali condizioni il criterio in base al quale il beneficiario della garanzia deve acquisirne il «possesso o (...) il controllo» è soddisfatto in caso di garanzia immateriale, come quella di cui al procedimento principale, vertente su somme depositate su un conto bancario.

39 In mancanza di un rinvio espresso al diritto degli Stati membri, tale criterio deve ricevere, in tutta l'Unione, un'interpretazione autonoma e uniforme che deve essere individuata tenendo conto della sua formulazione, del suo contesto e del suo obiettivo (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2015, A, C-184/14, EU:C:2015:479, punti 31 e 32 nonché giurisprudenza citata).

40 A tale riguardo, dal considerando 10 della direttiva 2002/47 risulta che essa mira ad instaurare un equilibrio tra, da un lato, l'efficienza del mercato, evitando il formalismo che circonda la fornitura di una garanzia finanziaria, e, dall'altro, la sicurezza delle parti del contratto di garanzia finanziaria e dei terzi, richiedendo che la fornitura della garanzia finanziaria si concretizzi in una qualche forma di spossessamento.

41 Infatti il requisito relativo alla fornitura della garanzia finanziaria mira a garantire che il beneficiario della garanzia indicato nel contratto

di garanzia finanziaria sia effettivamente in grado di disporre nel caso in cui si verifichi l'evento che dà luogo all'escussione di tale garanzia.

42 Occorre aggiungere che dal considerando 17 della direttiva 2002/47 risulta che essa istituisce procedure di esecuzione rapide e non formalistiche per salvaguardare la stabilità finanziaria e limitare gli effetti di contagio in caso di inadempimento di una delle parti del contratto di garanzia finanziaria. Il requisito relativo alla fornitura della garanzia finanziaria, poiché garantisce che il beneficiario sarà effettivamente in grado di disporre, è tale da promuovere un siffatto obiettivo.

43 Inoltre il testo dell'articolo 2, paragrafo 2, seconda frase, della direttiva 2002/47 prevede che il diritto di sostituzione o di ritiro dell'eccesso di garanzia finanziaria a favore del datore di garanzia non pregiudica la fornitura della garanzia finanziaria al beneficiario di garanzia. Orbene, tale diritto sarebbe privo di contenuto se si ritenesse che il beneficiario di una garanzia relativa a somme depositate su un conto bancario abbia acquisito il «possesso o (...) il controllo» di tali somme anche nel caso in cui il titolare del conto possa disporre liberamente.

44 Ne consegue che si può ritenere che il beneficiario di una garanzia come quella di cui al procedimento principale, vertente su somme depositate su un conto bancario ordinario, abbia acquisito il «possesso o (...) il controllo» di tali somme solo a condizione che per il datore della garanzia sia impossibile disporre.

45 Si deve ancora considerare che una garanzia finanziaria, se è stata fornita dopo l'avvio di una procedura di insolvenza, in linea di massima non rientra nel campo di applicazione della direttiva 2002/47.

46 Infatti l'articolo 8, paragrafi 1 e 3, di tale direttiva osta sostanzialmente a che una procedura di insolvenza possa avere un effetto retroattivo sulle garanzie finanziarie fornite prima dell'avvio di tale procedura. Per contro, conformemente all'articolo 8, paragrafo 2, della stessa direttiva, qualora una garanzia sia stata fornita dopo l'avvio di una procedura siffatta, il contratto di garanzia è legalmente opponibile ai terzi e vincolante nei confronti di questi ultimi solo in via eccezionale, vale a dire solo se la garanzia è stata fornita alla data di avvio di tale procedura e se il beneficiario della garanzia dimostra di non essere stato, né di aver potuto essere, a conoscenza dell'avvio di tale procedura. Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 63 e

64 delle conclusioni, ne consegue che, ferme restando le ipotesi previste all'articolo 8, paragrafo 2, della stessa direttiva, essa non ha ad oggetto le garanzie fornite dopo l'avvio di una procedura d'insolvenza.

47 Nel caso di specie, tenuto conto dei rilievi esposti supra ai punti 44 e 46, spetta al giudice del rinvio verificare in particolare, da un lato, se le somme prelevate da parte della Swedbank dal conto della Izdevniecība Stilus siano state versate su tale conto prima dell'avvio della procedura di insolvenza o se vi siano state versate alla data di avvio della procedura medesima, avendo la Swedbank dimostrato di non essere stata, né di aver potuto essere, a conoscenza della suddetta procedura e, dall'altro, verificare se per la Izdevniecība Stilus sia impossibile disporre delle somme in questione una volta versate sul conto di cui trattasi.

48 Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio, sembra che tali requisiti non siano soddisfatti nel caso di specie. Infatti, durante l'udienza dinanzi alla Corte, le parti del procedimento principale sono state concordi nel rilevare, da un lato, che le somme prelevate dalla Swedbank erano state depositate sul conto di cui trattasi solo dopo la data di avvio della procedura di insolvenza e, dall'altro, che il contratto di garanzia finanziaria di cui al procedimento principale non contiene alcuna clausola in base alla quale la Izdevniecība Stilus non aveva la possibilità di disporre di tali somme una volta versate sul suddetto conto.

49 Infine, dato che il giudice del rinvio si interroga sulla compatibilità del sistema instaurato dalla direttiva 2002/47 con il principio della parità di trattamento dei creditori nell'ambito di una procedura di insolvenza, si deve ancora ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, il principio di uguaglianza, sancito all'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è un principio generale di diritto dell'Unione che impone che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato. Una differenza di trattamento è giustificata se si fonda su un criterio oggettivo e ragionevole, ossia se è correlata a un legittimo scopo perseguito dalla normativa in questione e se è proporzionata allo scopo perseguito dal trattamento in questione (sentenza del 17 ottobre 2013, Schaible, C-101/12, EU:C:2013:661, punti 76 e 77 nonché giurisprudenza citata).

50 Come risulta dal punto 26 della presente sentenza, il sistema instaurato dalla direttiva 2002/47, pur escludendo che l'utilizzo delle garanzie finanziarie sia subordinato all'osservanza di formalità, conferisce ai beneficiari di tali garanzie il diritto di escuterle nonostante l'avvio di una procedura di insolvenza nei confronti del datore della garanzia. Tale sistema attribuisce pertanto un vantaggio alle garanzie finanziarie rispetto ad altri tipi di garanzie che non rientrano nel campo di applicazione di tale direttiva.

51 Orbene, occorre constatare che una siffatta differenza di trattamento si fonda su un criterio oggettivo correlato con lo scopo legittimo della direttiva 2002/47, che è quello di migliorare la certezza giuridica e l'efficacia delle garanzie finanziarie al fine di garantire la stabilità del sistema finanziario.

52 Inoltre la domanda di pronuncia pregiudiziale non contiene alcun elemento che consentirebbe di ritenere che la suddetta differenza di trattamento sia sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. A tale riguardo occorre in particolare tener conto del fatto che l'applicabilità della direttiva 2002/47 *ratione materiae* dipende dalla fornitura della garanzia e richiede, fatto salvo l'articolo 8, paragrafo 2, di tale direttiva, che detta fornitura abbia avuto luogo prima dell'avvio di una procedura di insolvenza. Ne consegue, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 65 delle conclusioni, che le somme versate sul conto del datore di garanzia dopo l'avvio della procedura di insolvenza non possono, in linea di massima, rientrare nel regime istituito dalla direttiva 2002/47. Peraltro, per quanto riguarda l'applicazione *ratione personae* di tale direttiva, l'articolo 1, paragrafo 3, della medesima autorizza gli Stati membri ad escludere i contratti di garanzia finanziaria in cui una delle parti sia una persona menzionata nell'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della stessa direttiva. Si deve infine ricordare che il sistema instaurato dalla direttiva 2002/47 riguarda solo una parte degli attivi del datore di garanzia, relativamente alla quale quest'ultimo ha accettato una qualche forma di spossessamento.

53 In simili circostanze, occorre considerare che l'esame delle prime due questioni pregiudiziali non ha rivelato alcun elemento tale da incidere sulla validità della direttiva 2002/47 alla luce del principio della parità di trattamento.

54 Alla luce dei suesposti rilievi, occorre rispondere alle prime due questioni dichiarando che la direttiva 2002/47 deve essere interpretata

nel senso che conferisce al beneficiario di una garanzia finanziaria come quella di cui al procedimento principale, in base alla quale le somme depositate su un conto bancario fungono da garanzia pignorizia per la banca e coprono integralmente i crediti della stessa nei confronti del titolare del conto, il diritto di escutere tale garanzia indipendentemente dall'avvio di una procedura di insolvenza nei confronti del datore della garanzia unicamente qualora, da un lato, le somme oggetto di tale garanzia siano state versate sul conto in questione prima dell'avvio di detta procedura o vi siano state versate alla data di avvio della medesima, avendo la banca dimostrato di non essere stata, né di aver potuto essere, a conoscenza della suddetta procedura, e qualora, dall'altro, per il titolare del conto di cui trattasi sia stato impossibile disporre di dette somme una volta versate sul conto stesso.

Sulle questioni terza e quarta

55 Con la terza e con la quarta questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2002/47 debba essere interpretato nel senso che autorizza uno Stato membro ad estendere il campo di applicazione *ratione personae* di tale direttiva alle persone fisiche e se tale disposizione sia direttamente applicabile.

56 A tale riguardo occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, una domanda di pronuncia pregiudiziale si giustifica non con la formulazione di pareri a carattere consultivo su questioni generali o teoriche, bensì con la necessità di dirimere concretamente una controversia vertente sul diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12, EU:C:2013:718, punto 40 e giurisprudenza citata).

57 Orbene, nel caso di specie, il giudice del rinvio ammette che le sue questioni terza e quarta sono puramente ipotetiche nell'ambito della controversia principale, dal momento che non è coinvolta alcuna persona fisica.

58 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 71 delle conclusioni, il fatto che le medesime questioni possano ripresentarsi nel futuro, al momento di un eventuale sindacato di costituzionalità della legge lettone sulle garanzie finanziarie da parte della *Latvijas Republikas Satversmes tiesa* (Corte costituzionale), non può togliere alle questioni stesse la loro natura ipotetica nella specie.

59 In simili circostanze, la terza e la quarta questione sono irricevibili.

Sulla quinta questione

60 Con la sua quinta questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se sia possibile, nel caso in cui l'obiettivo e la portata della direttiva 2002/47 fossero più limitati rispetto all'obiettivo e alla portata della legge nazionale di trasposizione di quest'ultima, avvalersi dell'interpretazione della suddetta direttiva per invalidare una clausola di garanzia finanziaria pignorizia basata sul diritto nazionale, come quella controversa nel procedimento principale.

61 Secondo una giurisprudenza costante della Corte, i requisiti concernenti il contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale figurano espressamente nell'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, del quale si ritiene che il giudice del rinvio, nell'ambito della cooperazione instaurata dall'articolo 267 TFUE, abbia conoscenza e che è tenuto a rispettare scrupolosamente (ordinanze del 12 maggio 2016, *Security Service e a.*, da C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344, punto 18, nonché dell'8 settembre 2016, *Google Ireland e Google Italy*, C-322/15, EU:C:2016:672, punto 15).

62 Pertanto, il giudice del rinvio deve indicare le ragioni precise che l'hanno portato ad interrogarsi sull'interpretazione di determinate disposizioni del diritto dell'Unione e a reputare necessario sottoporre talune questioni pregiudiziali alla Corte. Quest'ultima ha già statuito che è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui chiede l'interpretazione e sul nesso a suo avviso intercorrente tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui è investito (sentenza del 10 marzo 2016, *Safe Interenvíos*, C-235/14, EU:C:2016:154, punto 115, nonché ordinanza del 12 maggio 2016, *Security Service e a.*, da C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344, punto 20).

63 Occorre sottolineare, a tale riguardo, che le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio servono non soltanto a consentire alla Corte di fornire risposte utili alle questioni sollevate dal giudice del rinvio, ma anche a dare ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (v., in tal senso, sentenza del 5 luglio 2016, *Ognyanov*, C-614/14,

EU:C:2016:514, punto 20, nonché ordinanza dell'8 settembre 2016, Google Ireland e Google Italy, C-322/15, EU:C:2016:672, punto 17).

64 Nel caso di specie, il giudice del rinvio si limita a sollevare la quinta questione, senza esplicitarla ulteriormente nei motivi della decisione di rinvio. Per quanto riguarda il tenore letterale di tale questione, esso si limita a fare riferimento, in modo generico, al caso in cui l'obiettivo e la portata della direttiva 2002/47 fossero più limitati rispetto all'obiettivo e alla portata della legge nazionale, senza indicare gli elementi o le disposizioni concrete della suddetta direttiva e della legislazione nazionale che lo hanno indotto a sollevare tale questione.

65 È pertanto impossibile conoscere con certezza il caso cui il giudice del rinvio fa riferimento nella sua quinta questione. In particolare, la decisione di rinvio non consente alla Corte di determinare se detto giudice si riferisca alla situazione, puramente ipotetica nella controversia principale, secondo cui il campo di applicazione *ratione personae* della direttiva 2002/47 sarebbe più limitato rispetto a quello del diritto nazionale, o se si riferisca ad altre ipotesi.

66 A motivo di tali lacune, la decisione di rinvio non consente né ai governi degli Stati membri o alle altre parti interessate ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea di presentare osservazioni utili relativamente alla quinta questione, né alla Corte di fornire una risposta utile al giudice del rinvio al fine di dirimere la controversia principale.

67 In simili condizioni, la quinta questione è irricevibile.

Sulle spese

68 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

La direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 giugno 2002, relativa ai contratti di garanzia finanziaria, deve essere interpretata nel senso che conferisce al beneficiario di una garanzia finanziaria come quella di cui al procedimento principale, in base alla quale le somme depositate su un conto bancario fungono da garanzia pignorizia per la banca e coprono integralmente i crediti della stessa nei confronti del titolare del conto, il diritto di escutere tale garanzia

indipendentemente dall'avvio di una procedura di insolvenza nei confronti del datore della garanzia unicamente qualora, da un lato, le somme oggetto di tale garanzia siano state versate sul conto in questione prima dell'avvio di detta procedura o vi siano state versate alla data di avvio della medesima, avendo la banca dimostrato di non essere stata, né di aver potuto essere, a conoscenza della suddetta procedura, e qualora, dall'altro, per il titolare del conto di cui trattasi sia stato impossibile disporre di dette somme una volta versate sul conto stesso.

1. *Il caso e le questioni pregiudiziali comunitarie*

Con la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 10 novembre 2016, C-156/15, la giurisprudenza comunitaria interviene per la prima volta sull'interpretazione della Direttiva 2002/47/CE (c.d. Direttiva *Collateral*, recepita in Italia dal D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170 e modificata dalla Direttiva 2009/44/CE, a sua volta recepita con D.Lgs., 24 marzo 2011, n. 48¹) in materia di contratti di garanzia finanziaria. Va ricordato come, dal varo della Direttiva e dal suo recepimento il numero delle pronunce giurisprudenziali intervenute negli Stati membri è stato particolarmente esiguo².

¹ Su tale modifica v. CANALINI, *La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria: commento alle modifiche introdotte dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 443 ss.

² A quanto consta, tra le sparute pronunce apparse, ha riguardato la disciplina della Direttiva *Collateral* il caso *Alfa Telecom Turkey Ltd v. Cukurova Finance International Ltd* che, dopo essere stato deciso in primo e secondo grado con pronunce di segno opposto (il provvedimento reso in prima istanza è annotato da BENJAMIN-MAHER, *Financial Collateral Arrangements: lesson from Cukurova*, in *Insolv. Int.*, 2008, 21 (5), 67 ss.), è culminato nella pronuncia del *Judicial Committee* del *Privy Council* del 5 maggio 2009 (in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, II, 531 ss.) ed ha avuto ulteriori sviluppi in altre pronunce (una ricostruzione dell'intera vicenda e di tutte le pronunce intervenute si rinviene in YEOWART-PARSONS, *The Law of Financial Collateral*, Northampton, 2016, 259 ss.). Particolarmente interessanti sono alcune pronunce rese nel Benelux: Tribunal de arrondissement de Luxembourg, 29 janvier 2014, in *Journal des Tribunaux*, janvier 2014; Tribunal de arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, 20 mai 2010, in *Giur. comm.*, II, 2012, 812 ss.; Voorzitter van Koophandel Brussel, 15 juni 2009, in *Le droit des affaires – Het ondernemingsrecht*, 2009, n. 91, 348 e Cour d'Appel de Luxembourg, 3 novembre 2010, in *Juris News, Regard sur le droit des sociétés*, vol. 3, No 9/2010, 121 ss. Quanto all'Italia si ricordano i casi decisi da Cass., 7 aprile 2016, n. 6760; Trib.

La fattispecie sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia è la seguente. Il 25 ottobre 2010 veniva dichiarato il fallimento della società lettone Izdevniecība Stilus (cui era “suceduta” la Private Equity Insurance Group), correntista presso la banca Swedbank. Dopo il fallimento, il curatore fallimentare stipulava con la stessa banca presso cui la società fallita era stata correntista un nuovo contratto di conto corrente contenente una clausola di garanzia finanziaria pignorizia identica a quella contenuta nel precedente contratto la quale, richiamando la disciplina della Direttiva *Collateral* (recepita in Lettonia con Legge del 21 aprile 2005), attribuiva alla banca il potere di escutere in autotutela quanto costituito a titolo di pegno e anche in caso di apertura di una procedura di insolvenza. A seguito del prelievo in autotutela da parte della banca di circa € 274,00 quali commissioni per la gestione del conto estinto per il periodo fino alla dichiarazione di insolvenza il curatore contestava tale operazione agendo in giudizio per il recupero dell'importo: a fondamento della domanda il curatore invocava la *par condicio creditorum* e il divieto di intraprendere azioni individuali (compreso l'esperimento di rimedi in autotutela) che potessero arrecare pregiudizio ad altri creditori. I giudici di merito rigettavano le domande della curatela fallimentare facendo applicazione della disciplina dettata dalla Direttiva *Collateral* in materia di contratti di garanzia finanziaria; adita in sede di legittimità, la Corte Suprema lettone solleva una serie di questioni pregiudiziali inerenti all'interpretazione della Direttiva.

In particolare il giudice di legittimità investe la Corte di Giustizia di cinque questioni che possono essere compendiate e raggruppate nei seguenti punti:

a) se la Direttiva *Collateral* sia applicabile solo ai conti utilizzati nei sistemi di pagamento e regolamento titoli di cui alla Direttiva 1998/26/CE (c.d. Direttiva *Settlement Finality*) ovvero anche a somme

Brescia, 29 gennaio 2015, in questa *Rivista*, aprile 2015 e in *Giur. comm.*, 2016, II, 269 ss.; Trib. Ravenna, 25 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rimini, 28 novembre 2008, *ivi*. Anche se non ha *ex professo* affermato l'applicabilità al caso affrontato della disciplina sui contratti di garanzia finanziaria, si segnala pure Trib. Milano, 6 maggio 2009, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, 525 ss. Sullo *standard di commercial reasonableness*, v. *Barklays Bank PLC v Unicredit Bank AG* [2014] EWCA Civ 302 e Tribunal de arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, 20 mai 2010, *cit.*

depositate su un qualsiasi altro conto corrente bancario ordinario come quello di cui al procedimento principale utilizzato al di fuori di tali sistemi;

b) se, alla luce degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva, la preferenza accordata al creditore titolare di una garanzia finanziaria rispetto a tutti gli altri creditori - in particolare quelli titolari di garanzie iscritte in pubblici registri come l'ipoteca, ma anche altri creditori come i lavoratori (per quanto attiene ai crediti salariali) e lo Stato (per quanto attiene ai crediti tributari) - sia compatibile con il principio della *par condicio creditorum* operante nelle procedure di insolvenza;

c) se la Direttiva sia normativa di armonizzazione minima o di armonizzazione completa e se pertanto, in tale ultimo caso, gli Stati membri non potevano estendere - come ha invece fatto la legge lettone di recepimento - la portata applicativa a soggetti espressamente esclusi dalla fonte comunitaria, quali le persone fisiche. Dalla eventuale soluzione di tale questione nel senso della armonizzazione completa scaturisce, per la Corte lettone, l'ulteriore questione se l'art. 1, par. 2, lett. e) della Direttiva sia disposizione direttamente applicabile (tali questioni, pur non inerendo alla fattispecie del procedimento principale, vengono sollevate dalla Corte lettone per un possibile scrutinio di illegittimità costituzionale da sottoporre al giudice delle leggi interno);

d) se la Direttiva possa o meno essere utilizzata per invalidare una clausola di garanzia finanziaria pignorizia basata sulla legge nazionale con la medesima contrastante.

2. Le obbligazioni pecuniarie estranee ai sistemi di pagamento e regolamento titoli e l'opponibilità della garanzia alla procedura concorsuale

Sulla prima problematica individuata *sub a)* la Corte chiarisce che l'espressione "obbligazioni che danno diritto a un pagamento in contanti" inerisce ad "ogni obbligazione che dà diritto a un pagamento in contanti e quindi anche a debiti pecuniari ordinari di un titolare del conto nei confronti della propria banca, quali le spese di gestione del conto" oggetto del giudizio principale (31). L'aspetto rilevante è dato dal fatto che la Corte (32) sembrerebbe estendere la copertura della garanzia all'"insieme dei crediti della banca nei confronti del titolare del conto" e, dunque, anche ai crediti non strettamente inerenti al

contratto di conto corrente in corso come le spese di gestione di un precedente conto corrente (nel caso di specie, quello esistente fino alla dichiarazione di fallimento).

Da un punto di vista oggettivo, invero, è stato già chiarito come, da un lato, la nozione di “obbligazioni finanziarie” di cui all’art. 2, co. 1, lett. f) della Direttiva (art. 1, co. 1, lett. o) del D.Lgs. n. 170 del 2004) sia collimante con quella di “obbligazioni pecuniarie”³ comprendendo pure le obbligazioni di dare consistenti nella consegna di un titolo⁴; dall’altro, quanto all’Italia, l’art. 1, co. 1, lett. c) del D.Lgs. n. 170 del 2004, qualificando quali attività finanziarie suscettibili di formare oggetto di contratti di garanzia anche le altre attività accettate a garanzia delle operazioni del sistema delle banche centrali europee e dei sistemi di pagamento e regolamento (all’interno dei quali avviene la conclusione dei contratti di garanzia di maggiori dimensioni), fa sì che la nozione di *collateral* possa abbracciare anche beni diversi dagli strumenti finanziari e dal contante. Per “contante” la Direttiva intende “il denaro, espresso in qualsiasi valuta, accreditato su un conto o analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario” (art. 2, co. 1, lett. d)) e, pertanto, la moneta scritturale⁵.

³ CANDIAN ALB., *Le garanzie finanziarie dopo il D.Lgs. 170/2004*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, 37-38; CARRIÈRE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, I, 193; SARDO, *La disciplina del contratto di garanzia finanziaria: appunti sul D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in *Contr.*, 2005, 618; GIRINO, *Le nuove garanzie finanziarie: semplificazione ed efficienza*, in *Amm. e fin.*, 2003, 5, 39 per il quale vanno esclusi i soli rapporti fra persone giuridiche che non siano operatori finanziari e quelli correnti con i privati, il che equivale ad abbracciare, per eccesso, tutte le obbligazioni, sia quelle di natura finanziaria sia quelle di altra natura, correnti tra imprese e operatori. Per l’esclusione della possibilità che il *collateral* possa essere impiegato a garanzia di qualunque credito e quindi a garanzia di rapporti obbligatori diversi da quelli rientranti nella nozione di obbligazione finanziaria di cui all’art. 1, co. 1, lett. o), v. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008, 35 (per il pegno, 39; per la cessione del credito e per i trasferimenti della proprietà in funzione di garanzia, 39-40). Tra i primi commenti v. pure SARTORI, *I contratti di garanzia finanziaria nel D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, in questa *Rivista*.

⁴ SARDO, *op. cit.*, 618.

⁵ Dalla nozione di contante esulano pertanto le cessioni dei crediti alla prestazione di beni o servizi, come pure il pegno su cambiale: BONFANTI, *Commento alla normativa sui contratti di garanzia finanziaria prevista dal D. legisl. n. 170 del 2004*:

Connessa a tale problematica è l'affermazione della Corte (34) secondo cui il campo di applicazione della Direttiva *Collateral* non può ritenersi limitato a somme depositate su conti utilizzati nell'ambito dei sistemi di pagamento e di regolamento titoli di cui alla Direttiva *Settlement Finality* (recepita in Italia con D.Lgs. 12 aprile 2001, n. 210). Come è noto, la disciplina sui contratti di garanzia finanziaria ha in buona sostanza generalizzato – sia pure entro un ambito relativamente limitato – il sistema delle garanzie operanti tra i soggetti partecipanti ai sistemi di pagamento e regolamento titoli⁶. L'estensione segnala la progressiva tendenza ad una generalizzazione di norme eccezionali, inizialmente nate a garanzia del funzionamento dei sistemi di regolamento titoli e che progressivamente si espandono a più vaste aree della disciplina delle operazioni finanziarie, rispetto alle quali principi generali dell'ordinamento finiscono per essere “messi fra parentesi” a beneficio esclusivo della tutela della stabilità dei mercati⁷.

Nel caso di specie la Corte si sofferma pure sul profilo della opponibilità dalla garanzia alla procedura concorsuale e della sua escussione. Come è noto, tradizionalmente, gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento sono stati fatti decorrere dalla c.d. “ora zero”

spunti civilistici, in *Studium iuris*, 5 e 7, 2007, 511; in tema v. pure AGNESE, *I contratti di garanzia finanziaria nel diritto civile*, Torino, 2009, 64.

⁶ Per tale constatazione, LAUDONIO, *Le clausole di close-out netting nel D.Lgs. 170/2004*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 562 secondo il quale “è stato superato il discrimine tra principi e deroghe, essendo le seconde assunte ad una posizione di assoluto predominio”. Quanto all'Italia, l'art. 8 del D.Lgs. n. 210 del 2001 (su cui v. SCIARRONE ALIBRANDI, *La direttiva comunitaria n. 98/26 concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, 373; PERASSI, *L'attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento*, *ivi*, 816) dando attuazione all'art. 9.1. della Direttiva *Settlement Finality* ha determinato l'isolamento dei diritti del detentore di una garanzia in titoli dagli effetti dell'insolvenza del partecipante datore della stessa, consentendo la realizzazione, on le modalità contrattualmente previste e anche in deroga alle norme concorsuali, delle garanzie costituite prima del momento di apertura della procedura, ad esclusivo soddisfacimento dei crediti derivanti dalle operazioni che avessero carattere di definitività o connesse con le funzioni di banca centrale.

⁷ MARUCCI, *Regole e garanzie del trading e del settlement: la Cassa di compensazione e garanzia e i sistemi di compensazione netti e lordi*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, a cura di Carriero e Santoro, Milano, 2005, 541 richiamando l'espressione di SCIARRONE ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti dalla direttiva 98/26/CE al D.Lgs. 12 aprile 2001, n. 210*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 812.

del giorno in cui la medesima veniva depositata (*zero hour rule*), così travolgendo pure gli atti posti in essere nel corso della stessa giornata del deposito ma in un momento anteriore al medesimo rendendoli in tal modo retroattivamente inefficaci. L'efficacia retroattiva all'ora zero del giorno del deposito della dichiarazione di insolvenza è stata esclusa prima dalla Direttiva *Settlement Finality*⁸ (e al riguardo l'art. 3, co. 3 D.Lgs. n. 210 del 2001, significativamente impone al cancelliere l'obbligo di apporre, al momento del deposito della sentenza dichiarativa di fallimento, anche l'ora e il minuto in funzione del raffronto con il momento in cui eventuali ordini erano stati immessi in un sistema telematico di pagamento) e poi dalla Direttiva *Collateral*⁹.

Già da prima della riforma del diritto fallimentare la Direttiva *Collateral* richiede la “disapplicazione di talune disposizioni in materia di insolvenza” (art. 8) nel senso che gli Stati membri devono garantire che i contratti “non possano essere dichiarati nulli, annullabili o essere resi inefficaci soltanto in base al fatto che il contratto di garanzia finanziaria è stato perfezionato, ovvero la garanzia è stata fornita: (a) il giorno dell'avvio delle procedure di liquidazione o dei provvedimenti di risanamento, ma anteriormente all'ordinanza o al decreto di avvio; o (b) nel corso di un determinato periodo antecedente all'avvio di tali procedure o provvedimenti e definito in rapporto a tale avvio” (art. 8, co. 1). In questo ambito disciplinare, pertanto, già prima della riforma del diritto fallimentare, l'eliminazione dell'effetto retroattivo che deriva dall'abbandono della regola dell'ora zero, ha comportato l'inapplicabilità alle operazioni garantite dell'inefficacia di cui agli artt. 44 ss. L. fall. che diversamente avrebbero operato a seguito dell'intervenuta dichiarazione di fallimento¹⁰. Si preservano così integre le garanzie acquisite.

L'art. 8, co. 2 della Direttiva prevede poi che “qualora sia stato perfezionato un contratto di garanzia finanziaria o sia sorta

⁸ In tema v. SCIARRONE ALIBRANDI, *La direttiva comunitaria, cit.*, 373 e MAUGERI, *Il regime giuridico dei margini e l'operatività in derivati su « commodities »*, in (a cura di) Lamandini-Motti, *Scambi su merci e derivati su commodities*, Milano, 2006, 733-743.

⁹ Sul punto, v. MACARIO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in (a cura di) Lamandini-Motti, *Scambi su merci e derivati su commodities*, Milano, 2006, 765 ss.

¹⁰ In tema, v. GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, 322 e CENSONI, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 42 ss.

un'obbligazione finanziaria garantita, o si sia fornita la garanzia finanziaria alla data delle procedure di liquidazione o dei provvedimenti di risanamento, ma dopo l'avvio di tali procedure, esso è legalmente opponibile ai terzi e vincolante nei confronti di questi ultimi solo se il beneficiario della garanzia può dimostrare di non essere stato, né di aver potuto essere, a conoscenza dell'avvio di tali procedure”.

Tale impostazione è ritenuta “in linea con una moderna concezione degli effetti dell'apertura di procedure di liquidazione sugli atti posti in essere anteriormente o il giorno stesso del provvedimento che dichiara aperta la procedura”¹¹ escludendo, pertanto, una dichiarazione di inefficacia nei confronti dei creditori in considerazione del mero dato temporale. Quanto alla preclusione dell'inefficacia per gli atti posti in essere dopo l'apertura della procedura, “tutta da chiarire rimane in quest'ultimo caso, naturalmente, la portata operativa della disposizione, in ordine alla prova che si richiede al beneficiario perché possa avvalersi della auspicata neutralizzazione dell'inefficacia dell'atto”¹².

La Corte chiarisce in linea di principio al riguardo che, se la garanzia è fornita dopo la data di avvio della procedura il contratto è tendenzialmente inopponibile ai terzi: se la garanzia è fornita nella data di avvio della procedura vi è un margine di opponibilità della garanzia alla massa qualora il beneficiario dimostri di non essere stato né di aver potuto essere a conoscenza dell'avvio (45-46). In tal modo vengono esclusi gli effetti retroattivi derivanti da una rigida applicazione della regola dell'ora zero. Considerando il caso concreto, poi la Corte afferma che, per giungere a ritenere che la banca abbia legittimamente fatto proprie le somme depositate il giudice remittente dovrà accertare: 1) che le somme prelevate siano state versate sul conto prima dell'avvio della procedura di insolvenza o alla data di avvio; 2) che una volta versate il correntista non avesse poteri dispositivi sulle medesime (47).

Sebbene la Corte abbia rimesso tale accertamento al giudice *a quo* la stessa osserva come, *prima facie* e da quanto emerso nel corso del giudizio, tali due requisiti non sembrerebbero ricorrere nel caso di specie in quanto, da un lato, il deposito sarebbe stato eseguito dopo la data di avvio della procedura di insolvenza e, dall'altro, il contratto non

¹¹ MACARIO, *op. cit.*, 765-766.

¹² MACARIO, *op. cit.*, 766 richiamando GABRIELLI E., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 524 per il quale si tratta di inefficacia diversa da quella di cui all'art. 44 L. fall.

contiene una clausola di indisponibilità delle somme una volta versate sul conto corrente (48). Alla luce di ciò sembrerebbero difettare i presupposti per l'escussione secondo la disciplina della Direttiva *Collateral*.

Per completezza espositiva va ricordato come la deroga alla regola dell'ora zero sia in linea con la riforma del diritto fallimentare avvenuta con D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Dal combinato disposto degli artt. 16, 17, 42 e 44 l. fall. emerge come, ferma l'inefficacia degli atti posti in essere dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento (art. 44, co. 1, L. fall.) - che determina l'effetto dello spossessamento (art. 42, co. 1, L. fall.) - questa è opponibile ai terzi (e dunque anche al creditore pignoratizio) dal momento dell'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese (artt. 16, comma 2 e 17, commi 2 e 3, L. fall.)¹³.

Invero, la modifica del sistema pubblicitario della sentenza dichiarativa di fallimento ha determinato una divaricazione del momento in cui se ne producono gli effetti che, solo nei confronti del fallito, è rimasto fermo alla data di pubblicazione della sentenza (ed in particolare all'ora zero della giornata¹⁴), mentre nei confronti dei terzi è stato traslato alla data della sua annotazione nel registro delle imprese: tale momento, come chiarito, può seguire anche di diversi giorni quello del deposito della sentenza di fallimento, posto che, a norma dell'art. 17 L. fall., la cancelleria è tenuta a trasmetterne un estratto al registro delle imprese territorialmente competente entro un giorno dal suo deposito, ma nessun termine viene imposto all'ufficio del registro delle imprese per il relativo adempimento, che pure ha assunto una portata decisiva nel nuovo quadro delle azioni esperibili dalla curatela nei confronti dei terzi¹⁵ (la sentenza dichiarativa di fallimento non è peraltro espressamente annoverata tra gli atti per i quali l'art. 20, co 7-*bis*, D.L. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modifiche in L. 11 agosto 2014, n. 116 impone oggi l'iscrizione immediata).

In ordine alla disciplina di diritto concorsuale comune, ci si chiede in linea generale quale sia il regime di eventuali atti di disposizione

¹³ Per i terzi dovrebbe allora ormai ritenersi irrilevante la regola c.d. dell'ora zero.

¹⁴ ZANICHELLI, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, in *Trattato delle procedure concorsuali* diretto da Jorio e Sassani, II, *Il fallimento, Effetti-Stato passivo*, Milano 2014, 9.

¹⁵ P. VELLA, *sub art. 44.*, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Milano, 2014, 622.

compiuti dal fallito tra la data di pubblicazione della sentenza e quella di annotazione sul registro delle imprese. Secondo una parte della dottrina solo l'azione revocatoria rappresenterebbe il rimedio per tutelare le ragioni dell'amministrazione fallimentare in caso di inapplicabilità della sanzione dell'inefficacia *ex art. 44 L. fall.*¹⁶; secondo altra opinione gli atti in questione sarebbero non solo validi ma anche efficaci nei confronti della massa dei creditori per non essere ancora la sentenza legalmente conosciuta dal terzo che quindi non può subire alcuna limitazione all'esercizio delle normali attività giuridicamente rilevanti, fermo restando che, mirando l'art. 44 L. fall. a tutelare la buona fede del terzo ignaro dell'avvenuta pronuncia del fallimento, al curatore andrebbe riconosciuta la possibilità di provare che, invece, tale consapevolezza in realtà sussisteva per essere il terzo a conoscenza dell'avvenuta pubblicazione della sentenza anche prima dell'iscrizione della stessa nel registro delle imprese (art. 2193 c.c.)¹⁷.

Quanto ai *financial collaterals*, in punto di azione revocatoria fallimentare vi è una espressa previsione della irrevocabilità della prestazione di garanzie sostitutive ed integrative alle quali viene riconosciuto il carattere della contestualità rispetto al sorgere del credito garantito (artt. 9, co. 2 e 5, co. 2 e 3, d.lgs. n. 170 del 2004)¹⁸. Viceversa, per la garanzia pignoratizia possessoria e non possessoria (art. 1, co. 10, D.L., 3 maggio 2016, n. 59 conv. con mod. in L., 30 giugno 2016, n.

¹⁶ GUGLIELMUCCI, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, III, Torino, 2014, 17.

¹⁷ ZANICHELLI, *op. cit.*, 9; ROCCO DI TORREPADULA, *sub artt. 42 e 44*, in Jorio (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, t. 1, Torino, 2006, 696 e 727-728; GENOVIVA, *Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da Faucegna e Panzani, Torino, 2009, 1, 455.

¹⁸ In tema, GABRIELLI, *Studi, cit.*, 323 ss. L'art. 3, comma 1°, l. n. 190 del 2008 sottrae alla revocatoria fallimentare anche le garanzie prestate in favore della Banca d'Italia. Sulle ragioni dell'esenzione da revocatoria fallimentare in favore della Banca d'Italia, v. PORZIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da Buonocore e Bassi, II, *Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, Padova, 2010, 359. Sui profili fallimentari della disciplina sui contratti di garanzia finanziaria, v. DI MARCELLO, *Escussione del pegno su strumenti finanziari e fallimento*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2011, II, 528 ss.

119¹⁹) il creditore pignoratizio, pur evitando l'inefficacia dell'atto per mera sussistenza di situazioni oggettive (art. 44 L. fall.), potrà subire l'azione revocatoria *ex art. 67 L. fall.* la quale, come noto, stabilisce un differente regime probatorio per gli atti costitutivi di garanzie (co. 1, nn. 3 e 4) e di cause di prelazione (co. 2), a seconda che la mancanza di consapevolezza della situazione di insolvenza del debitore debba essere provata dal soggetto convenuto nel giudizio di revocatoria se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento o di insolvenza (l'art. 67, co. 1, L. fall. dice "l'altra parte"); ovvero se la prova della conoscenza di tale situazione debba essere fornita dal curatore (art. 67, co. 2, L. fall.) se l'atto è stato compiuto nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento o di insolvenza²⁰.

A differenza del pegno ordinario, per il pegno non possessorio l'art. 1, co. 8, D.L. n. 59 del 2016 sancisce la necessità che, in caso di fallimento del debitore, il creditore, per procedere all'escussione in autotutela debba ottenere l'ammissione al passivo con prelazione; la previsione introduce un regime analogo a quello previsto dall'art. 53, co. 1, L. fall. senza tuttavia la necessità dell'autorizzazione di cui al co. 2. Da questo punto di vista il nuovo regime si presenta intermedio tra la disciplina di diritto concorsuale comune e quella di diritto speciale dettata per i contratti di garanzia finanziaria per i quali la giurisprudenza ha condivisibilmente chiarito che al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio può procedere, in caso di apertura di una procedura di liquidazione, alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno *ex art. 4 D.lgs. n. 170 del 2004*, senza che la facoltà di vendita diretta delle attività finanziarie sia preceduta dall'ammissione al passivo fallimentare con privilegio del credito garantito *ex art. 53 l. fall.*²¹

¹⁹ Per un primo commento a tale disciplina sia consentito il rinvio a MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, in corso di pubblicazione in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, I.

²⁰ GABRIELLI, *Studi, cit.*, 322-323, nota 37 cui si rinvia anche per il differente regime in tema di *financial collateral*.

²¹ Trib. Brescia, 29 gennaio 2015, *cit.*, alla cui nota pubblicata in *Giur. comm.* si rinvia per l'analisi delle ragioni che hanno portato a condividere tale soluzione. Per l'applicazione della regola anche al concordato preventivo, v. Trib. Ravenna, 25 ottobre 2010, *cit.*, e in dottrina, CENSONI, *op. cit.*, 41 ss.

3. *Direttiva Collateral e principio della par condicio creditorum.*

Connesso al tema dell'estensione oggettiva anche al di fuori della Direttiva *Settlement Finality* è la censurata violazione della *par condicio creditorum* oggetto della seconda questione *supra* enucleata sub b).

Al riguardo la Corte muovendo dal presupposto che il principio di uguaglianza di cui all'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali tollera una differenza di trattamento solo "se si fonda su un criterio oggettivo e ragionevole, ossia se è correlata a un legittimo scopo perseguito dalla normativa in questione e se è proporzionata allo scopo perseguito dal trattamento in questione" chiarisce che per la Direttiva *Collateral* la differenza di trattamento si fonda "su un criterio oggettivo correlato con lo scopo legittimo della direttiva 2002/47, che è quello di migliorare la certezza giuridica e l'efficacia delle garanzie finanziarie al fine di garantire la stabilità del sistema finanziario". A ulteriore sostegno la Corte fa rilevare come dalla domanda di pronuncia pregiudiziale non emergeva alcun elemento che potesse far ritenere la differenza di trattamento come sproporzionata rispetto allo scopo perseguito; come pure, da un punto di vista soggettivo, gli Stati membri potevano escludere dalla disciplina alcuni soggetti; come pure, infine, il sistema riguarda solo quegli attivi per i quali il datore della garanzia abbia accettato una qualche forma di spossessamento (49-54).

Va al riguardo ricordato come nel settore giuridico su cui incide la Direttiva *Collateral* è fortemente avvertita l'esigenza di una "rapida liquidazione degli affari"²² per evitare il rischio sistemico e gli effetti del contagio (per un espresso riferimento al c.d. rischio sistemico, v. il *considerando* III della Direttiva). Accanto all'esigenza di garantire la liquidità dei mercati finanziari la dottrina individua due altri fattori che giustificano la deroga alle disposizioni tradizionali e cioè la circostanza che i *financial collateral agreement* intercorrano tra soggetti che non dovrebbero subire una posizione di debolezza contrattuale nella negoziazione e la presenza del criterio di realizzo secondo lo *standard* di *commercial reasonableness* (art. 4, co. 6, della Direttiva) che

²² Viene ricordato che "the ability to respond effectively to default is crucial to the collateral taker. Speed of enforcement is particularly important in the falling markets that may both lead to default, and cause collateral values rapidly to diminish" (BENJAMIN-MAHER, *op. cit.*, 69).

consentirebbe di rideterminare con un giudizio successivo le eventuali eccedenze di valore della garanzia rispetto a quello dell'obbligazione garantita²³. Secondo altra dottrina, invece, la tutela predisposta dal legislatore non deriverebbe da una presunta posizione di debolezza di una parte nei confronti dell'altra, bensì dalla possibilità di abuso della posizione contrattuale²⁴.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, invero, la Direttiva *Collateral* da disciplina di settore è divenuta normativa a carattere generale, cosicché le motivazioni dell'adozione della nuova regolamentazione non vanno più ricercate nel solo obiettivo di ridurre il rischio sistemico e di rafforzare la libera circolazione dei capitali e la libera prestazione dei servizi bancari e finanziari all'ingrosso – secondo quanto previsto dal *considerando* III – ma anche nell'agevolazione dell'accesso delle imprese al denaro e quindi al mercato al dettaglio²⁵.

Come è stato osservato, nonostante originariamente la disciplina comunitaria fosse stata concepita limitatamente al *wholesale financial market* ed ai tipi di contratti che più spesso ricorrono in tale settore del mercato finanziario (specialmente quello interbancario), in forza di un'evoluzione definita “bizzarra” essa ha finito per riguardare anche il mercato *retail* e, dunque, tutte le garanzie reali del credito in cui

²³ GABRIELLI E., *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Digesto*, Sez. civ., Agg. III, vol. 1, Torino, 2007, 306-307; KEIJSER, *Financial Collateral Arrangements*, Amsterdam, 2006, 79-80 con accenti critici però in relazione al fatto che la normativa trovi applicazione anche per le piccole e medie imprese le quali esigono maggiori livelli di protezione.

²⁴ AGNESE, *op. cit.*, 46.

²⁵ GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, 168 la quale osserva come sia legittimo chiedersi in che misura la Direttiva sia stata motivata da oggettive ragioni di interesse generale, volte a creare le condizioni per la stabilità finanziaria, e quanto invece da interessi privati (p. 169). In particolare un corretto bilanciamento degli interessi imporrebbe che a tali agevolazioni per il creditore finanziario corrispondessero facilitazioni nell'accesso al credito e nelle condizioni della sua erogazione, specie per i soggetti con minore potere contrattuale (p. 170). Anche altri Autori rilevano come “il processo di formazione della direttiva abbia troppo subito l'influenza delle banche e delle imprese di investimento”, pure in relazione agli esoneri pubblicitari di cui godono i soggetti cui la disciplina risulta applicabile (FERRARINI-GIUDICI, *Le garanzie su strumenti finanziari nel diritto comunitario: orientamenti e prospettive*, in *Fall.*, 2002, 9, 1003).

l'oggetto della garanzia sia rappresentato da attività finanziarie²⁶; addirittura, quanto all'Italia si è dubitato che il legislatore italiano sia potuto incorrere – in sede di recepimento - in un eccesso di delega travalicando i limiti imposti dall'art. 31 della L., 3 febbraio 2003, n. 14 (legge comunitaria 2002)²⁷.

Peraltro, tale evoluzione (o, per alcuni, involuzione) può apparire meno scandalosa se solo si considera l'importanza che la c.d. collateralizzazione ha assunto quale tecnica di attenuazione del rischio di credito (*credit risk mitigation*) nell'ambito degli Accordi di Basilea sui requisiti patrimoniali delle banche, pure al fine di rimuovere le gravi inefficienze che caratterizzano i rapporti di finanziamento bancario²⁸ soprattutto in sede di esecuzione forzata²⁹; le quali, già da tempo, almeno nell'esperienza italiana, hanno fatto auspicare una maggiore apertura verso forme di autotutela esecutiva *sub specie* dei diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale che il nostro ordinamento,

²⁶ CANDIAN, *op. cit.*, 29 ss. cui si rinvia per la storia legislativa della disciplina soprattutto per quanto riguarda l'ampiamiento soggettivo dell'applicazione della Direttiva; v. pure gli accenti critici di CARRIÈRE, *op. cit.*, 184 ss.. Sempre per la storia legislativa della Direttiva, v. KEIJSER, *op. cit.*, 48 ss.

²⁷ CARRIÈRE, *op. cit.*, 195. Anche nel Regno Unito vi è stata una discussione sulla questione circa il travalicamento, da parte delle *Financial Collateral Arrangement (No. 2) Regulations 2003 (SI 2003 No. 3226)* di recepimento della Direttiva, dell'*European Communities Act 1972*. La questione, sollevata in seno al caso *Alfa Telecom c. Cukurova* nella consulenza dell'*expert witness* Prof. Ross Cranston, è stata considerata inammissibile dalla Corte e, pertanto, non delibata; la problematica è stata approfondita in FINANCIAL MARKET LAW COMMITTEE, Issue 132 *Alfa Telecom Turkey Ltd. V. Cukurova Finance International Ltd. and Cukurova Holdings AS, Legal assessment of an issue raised in the above case, namely the extend to which the Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations 2003 are ultra vires the European Communities Act 1972*, July 2008, in <http://www.fmlc.org/papers/Issue132Cukurova.pdf>. V. pure GEOFFREY, *Validity of the Financial Collateral Regulations*, in *Law and Financial Markets Review*, 2, 6, november 2008, 493 ss.; v., infine, *Cukurova Finance Int. Ltd v. HM Treasury*, 29 settembre 2008 [2008] EWHC 2567.

²⁸ BOCCUZZI, *Rischi e garanzie nella regolazione finanziaria*, Bari, 2006, 194 (cui si rinvia per i riferimenti bibliografici) il quale evidenzia che gli effetti negativi sulle banche determinano altresì la disponibilità delle stesse a concedere credito in misura minore o a tassi più elevati. Per una valutazione positiva dell'impatto della disciplina sulla facilitazione delle imprese all'accesso al credito, v. SARDO, *op. cit.*, 624.

²⁹ Sul punto, per riferimenti, sia consentito il rinvio a MURINO, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorizia*, Milano, 2010, 13-14.

a differenza di quello tedesco ha, tutto sommato, lesinato per ragioni storiche aderendo all'esempio francese molto sensibile ai corollari che in questo campo si sono voluti trarre dal divieto di privata autotutela: recentemente, in tal senso, per le garanzie mobiliari, si è tuttavia orientato il legislatore italiano in occasione dell'introduzione del pegno non possessorio (art. 1, co. 7 ss., D.L. n. 59 del 2016).

Secondo la dottrina è legittimo chiedersi in che misura la Direttiva sia stata motivata da oggettive ragioni di interesse generale, volte a creare le condizioni per la stabilità finanziaria, e quanto invece da interessi privati³⁰: in particolare un corretto bilanciamento degli interessi imporrebbe che a tali agevolazioni per il creditore finanziario corrispondessero facilitazioni nell'accesso al credito e nelle condizioni della sua erogazione, specie per i soggetti con minore potere contrattuale³¹. Anche altra dottrina ha rilevato come "il processo di formazione della direttiva abbia troppo subito l'influenza delle banche e delle imprese di investimento", pure in relazione agli esoneri pubblicitari di cui godono i soggetti cui la disciplina risulta applicabile³².

Affrontando il principio della *par condicio creditorum* non può essere taciuto come, già da anni, almeno per l'ordinamento italiano, la dottrina abbia proceduto ad un ridimensionamento del suo "falso mito"³³ anche nella disciplina concorsuale³⁴.

Va peraltro ricordato come l'originario impianto liberale dell'escussione della garanzia finanziaria sembri avere subito

³⁰ GARDELLA, *op. cit.*, 169.

³¹ GARDELLA, *op. cit.*, 170.

³² FERRARINI-GIUDICI, *op. cit.*, 1003.

³³ MACARIO, *op. cit.*, 769 richiamando sul punto il noto scritto di SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 918, 930; vanno altresì ricordati, prima ancora, CICCARIELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano 1983, 144 ss.; COLESANTI, *Mito e realtà nella <<par condicio>>* e JAEGER, *Par condicio creditorum*, negli *Atti del III Congresso di Studi sulle procedure concorsuali*, Sanremo, 1983, in *Fall.*, 1984, 1 ss.; TUCCI G., *Il diritto dei privilegi di fronte al principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1984, I, 647. Da ultimo, sul tema, DE CICCIO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum*, Napoli, 2007 e CAPPONI, *Par condicio creditorum e intervento dei creditori*, in *Riv. esec. forz.*, 2, 2005, 249 ss.

³⁴ BONGIORNO, *La tutela espropriativa speciale del creditore pignoratizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 1068-1069.

recentemente importanti temperamenti³⁵ per effetto del recepimento della Direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 – *Bank Recovery and Resolution Directive*³⁶ a sua volta influenzata, a livello internazionale, dal Comitato di Basilea³⁷, dal *Financial Stability Board*³⁸ e dagli *UNIDROIT Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions*³⁹.

A livello interno, il D.Lgs., 16 novembre 2015, n. 180 di recepimento della Direttiva *BRRD* all'art. 99, co. 7, prevede la disapplicazione degli artt. 4, 5, 6, 7 e 8 del D. Lgs. n. 170 del 2004 qualora la c.d. “autorità di risoluzione”⁴⁰ disponga le limitazioni, di cui all'art. 65, all'escussione di garanzie finanziarie o all'efficacia di contratti di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia finanziaria reale oppure di disposizioni di *netting per close-out* o di *set-off*.

L'art. 65, co. 1 di tale provvedimento normativo esclude invero che “l'adozione di una misura di prevenzione o di gestione della crisi, anche in presenza della dichiarazione dello stato di insolvenza ai sensi dell'art. 36, o il verificarsi di un evento direttamente connesso all'applicazione di queste misure” costituisca, relativamente ai contratti stipulati dall'ente sottoposto alle misure, un evento di per sé determinante l'escussione della garanzia ai fini del D. Lgs. n. 170 del 2004, come pure una procedura di insolvenza ai fini del D.Lgs. n. 210 del 2001. La

³⁵ Su tale evoluzione, v. KEIJSER-MORTON-PEETERS, *Financial Collateral: From Private to Regulatory Law Reform*, in *Transnational Securities Law*, Oxford, 2014, 2.71-6.

³⁶ Sulla Direttiva *BRRD*, v. SANTONI, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, 626 ss.; INZITARI, *BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. n. 180 del 2015)*, in *Dir. fall.* 2016, I, 629 ss. Sul diritto della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea, v. i contributi contenuti in CHITI-SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016.

³⁷ *Report and Recommendations of the Cross-Border Bank Resolution Group* (March 2010) *Recommendation 9*, 40-2.

³⁸ *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* (October 2011) s. 4 e Annex IV.

³⁹ *Principle 8*.

⁴⁰ Per “azione di risoluzione” l'art. 1, co. 1, lett. f) del D.Lgs. n. 180 del 2015 intende “la decisione di sottoporre un soggetto a risoluzione ai sensi dell'art. 32, l'esercizio di uno o più poteri di cui al Titolo IV, Capo V oppure l'applicazione di una o più misure di risoluzione di cui al Titolo IV, Capo IV”.

disposizione esige infatti che l'inadempimento di una parte agli obblighi previsti dal contratto, compresi quelli di pagamento, di consegna nonché di prestazione della garanzia sia, ai sensi dell'art. 1455 c.c. non "di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra" parte⁴¹.

L'accertamento della non scarsa importanza dell'inadempimento è, dunque, evento condizionante, nella specifica materia di cui al D.Lgs. n. 180 del 2015, l'esercizio dei poteri di autotutela e diritti potestativi elencati all'art. 65, co. 3, lett. a), b) e c). Con speciale riferimento all'escussione delle garanzie da parte del *collateral taker*, l'art. 67 attribuisce alla Banca d'Italia il potere di limitare l'escussione di garanzie e l'efficacia di contratti di garanzia finanziaria o di singole clausole che hanno ad oggetto attività dell'ente sottoposto a risoluzione.

L'esercizio di tale potere è discrezionale ma gli ambiti decisori della Banca d'Italia sono molto ampi essendo limitato, in maniera molto generica, all'"impatto delle misure sul regolare funzionamento dei mercati finanziari" (art. 64, co. 4); altra indicazione proveniente dalla legge è che la Banca d'Italia e le altre autorità si adoperino a che le limitazioni trovino un'applicazione in modo coerente per tutte le componenti del gruppo sottoposte a risoluzione *ex art.* 94.

Sono sottratti ai poteri di limitazione dell'escussione della Banca d'Italia quei contratti con cui le attività dell'ente sottoposto a risoluzione siano state costituite in garanzia in favore dei sistemi di pagamento o di regolamento titoli (o relativi operatori) alle controparti centrali e alle banche centrali (art. 67, co. 2): per tali ipotesi sembrerebbe che il legislatore presuma, *iuris et de iure*, l'impatto negativo che una limitazione potrebbe avere sul regolare funzionamento dei mercati finanziari.

Nelle ipotesi in cui le modalità di escussione in autotutela sono consentite o in cui non intervengano le limitazioni di cui al D.Lgs. n. 180 del 2015, il creditore dell'obbligazione finanziaria (e non solo quello pignoratizio come si evince dalla lettera dell'art. 4, e questo in virtù dei rinvii contenuti nell'art. 5 e nell'art. 6 a tale ultima

⁴¹ Il co. 2 estende il temperamento anche ai "contratti stipulati con terzi da una componente del gruppo di cui fa parte un ente sottoposto alla misura, se: a) i contratti prevedono obblighi che sono garantiti dall'ente, o gravanti su di esso; b) i contratti comprendono clausole in base alle quali rilevano, per l'ente parte del contratto, eventi relativi a un'altra componente del gruppo".

disposizione) può escutere la garanzia mediante varie modalità di realizzo particolarmente incisive e, segnatamente, la vendita delle attività finanziarie e l'appropriazione delle attività finanziarie diverse dal contante “*fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita*”, nonché l'utilizzo del contante (art. 4).

4. *Il potere dello Stato membro di estendere in sede di recepimento l'applicazione soggettiva della Direttiva Collateral alle persone fisiche e l'utilizzazione della Direttiva per invalidare una clausola di garanzia finanziaria pignorizia basata sulla legge nazionale con la medesima contrastante.*

Sulla terza e quarta questione compendiate al punto c) ed inerenti al potere dello Stato lettone di estendere in sede di recepimento l'applicazione soggettiva della Direttiva *Collateral* alle persone fisiche, la Corte si pronuncia per l'irricevibilità essendo la domanda pregiudiziale puramente consultiva dal momento che nel procedimento principale non era coinvolta alcuna persona fisica (55-59)⁴². Parimenti irricevibile viene dichiarata la quinta questione compendiate al punto d) sulla possibilità di utilizzare la Direttiva per invalidare una clausola di garanzia finanziaria pignorizia basata sulla legge nazionale con la medesima contrastante; ciò in considerazione della sua genericità (60-67)

Al riguardo va ricordato come l'Italia, nel recepire la Direttiva *Collateral*, in linea con il testo comunitario abbia previsto che dal punto di vista soggettivo possono beneficiare della disciplina le “persone diverse dalle persone fisiche, incluse le imprese e le associazioni prive di personalità giuridica, purché la controparte sia un ente definito ai numeri da 1) a 4)” (art. 1, co. 1, lett. d) n. 5 del Decreto n. 170 del 2004),

⁴² Per un'analisi dei provvedimenti di recepimento della Direttiva sotto il profilo dell'applicazione soggettiva della disciplina in Olanda, Germania e Regno Unito, v. KEIJSER, *op. cit.*, 69-70 e WIBIER, *Financial Collateral in the Netherlands, England and under the EU Collateral Directive*, October 20, 2008, Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law, Working Paper No 2008/11, in <http://ssrn.com>; in particolare, per la Germania, v. LÖBER, *The German Implementation of the EC Directive on Financial Collateral Arrangements*, in *Journ Int'l Banking Law & Reg.*, 2005, 20 (2), 72-78.

ossia un ente finanziario o assicurativo⁴³ e quindi una controparte qualificata⁴⁴.

Dal testo legislativo sono sorti dubbi in ordine all'applicazione della disciplina anche all'imprenditore individuale e alle associazioni di cui all'art. 36 ss. c.c. Attraverso il richiamo del testo inglese (“*including unincorporated firms and partnerships*”) e francese (“*y compris une entreprise non constituée en société et un groupement (partnership)*”) della Direttiva si giunge alla conclusione che l'imprenditore individuale sia compreso al pari dei raggruppamenti tra imprese e il GEIE, mentre le associazioni di cui all'art. 36 ss. c.c. sono escluse non essendo affatto assimilabili alle *partnership*⁴⁵. La Relazione alla Direttiva *Collateral* evidenzia che “tutte le imprese dovrebbero poter trarre beneficio dalla direttiva a condizione che la loro controparte sia un'istituzione finanziaria”. Secondo la dottrina, nonostante l'ampiezza della

⁴³ CANDIAN, *op. cit.*, 39.

⁴⁴ In tal modo la disciplina è destinata ad avere una applicazione vastissima: SARDO, *op. cit.*, 620.

⁴⁵ CANDIAN, *ibidem*; per la soluzione favorevole all'inclusione dell'imprenditore individuale nel novero dei soggetti che possono beneficiare della normativa, v. SARDO, 620 sul rilievo dell'assenza del riferimento ad una “soglia dimensionale minima”; AGNESE, *op. cit.*, 38 ss. per la quale determinante ai fini dell'applicazione della disciplina è che l'imprenditore sia fallibile (240 ss.); GARDELLA, *op. cit.*, 175; ANNUNZIATA, *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla Convenzione dell'Aja alla Collateral Directive (Direttiva 2002/47/CE)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, 195-196, nota 55; DOLMETTA, *Le garanzie sulle attività finanziarie: i punti cardinali del D.Lgs. 170/2004*, relazione tenuta al Convegno Synergia, Milano, 17-18 marzo 2005, 3, 39 ss.; BAGGIO-REBECCA, *Il pegno di strumenti finanziari, di azioni e quote*, Milano, 2005, 188; BONFANTI, *op. cit.*, 510 per i quali la normativa sarebbe applicabile pure alle associazioni riconosciute e alle fondazioni (per le associazioni, v. pure TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie reali mobiliari*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania 12-14 settembre 2002, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, 295, nota 45 e AGNESE, *op. cit.*, 33, purché le stesse possano essere dichiarate fallite); MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 526; A.B.I., *Bozza di circolare sui contratti di garanzia finanziaria*, 26 novembre 2007, 8 ove a sostegno dell'estensione della normativa è richiamata pure Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469 che ha escluso l'estensione dell'art. 1469-*bis* c.c. in materia di tutela del consumatore alle piccole imprese e a quelle artigiane. Per una ricognizione critica dei soggetti cui è applicabile la disciplina in materia di garanzie finanziarie si rinvia a GUCCIONE, *op. cit.*, 46 ss. e 58 ss.

formulazione l'elenco dei soggetti rappresentati deve ritenersi tassativo, pena l'inutilità dei limiti al novero dei soggetti che possono essere parte di un contratto di garanzia finanziaria in quanto chiunque potrebbe eludere tali limiti semplicemente facendosi rappresentare da una persona giuridica⁴⁶.

Viene inoltre sollevato il dubbio circa la portata "territoriale" dei requisiti soggettivi, non essendo chiaro se la Direttiva intenda limitare i propri effetti nei rapporti tra soggetti che si trovino all'interno dell'Unione Europea ovvero se essa sia tale da applicarsi anche nei rapporti con soggetti extracomunitari ricamandosi quale esempio un contratto di garanzia finanziaria stipulato da una società con sede negli U.S.A. con una banca comunitaria; o, viceversa, un contratto stipulato da una società italiana con una banca statunitense⁴⁷.

⁴⁶ GUCCIONE, *ibidem*.

⁴⁷ ANNUNZIATA, *op. cit.*, 196.