

ATTUALITÀ

Parent Company Garanzie e fideiussione omnibus

10 Marzo 2025

Luigi Mula, Legal Director, DLA Piper





Luigi Mula, Legal Director, DLA Piper

> Luigi Mula

Luigi Mula segue operazioni di project financing nel settore delle infrastrutture e costruzioni, curando i relativi aspetti contrattuali, regolamentari e societari, tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale. Ha maturato una vasta esperienza nell'assistenza ad operatori industriali e finanziari italiani e stranieri nel settore delle infrastrutture e costruzioni, con specifico riferimento ai regimi di concessione, ivi inclusi metropolitane, porti, interporti, aeroporti ed autostrade.

1. Le Parent Company Guarantees ed il nostro ordinamento

Le *Parent Company Guarantees* sono garanzie prestate da una capogruppo a favore di controparti di proprie controllate a garanzia di obbligazioni assunte da queste ultime nei confronti delle medesime controparti. Il loro impiego è ricorrente nella prassi commerciale domestica ed internazionale, sia in ambito commerciale che in ambito finanziario.

La *Parent Company Guarantee* si distingue dalla garanzia autonoma a prima richiesta nella sua stessa ratio, in quanto la prima è volta a garantire la generica disponibilità di risorse (umane, tecniche, finanziarie, etc...) mentre la seconda è volta a garantire principalmente la disponibilità di risorse finanziarie in caso di inadempimento; inoltre, la prima è pacificamente accessoria ad un'obbligazione principale (tipicamente un contratto) sottoscritto dalla controllata e consente alla Parent Company di avvalersi delle stesse eccezioni e difese disponibili alla controllata ai sensi dell'obbligazione principale e qualsiasi deroga, rinuncia o modifica dell'obbligazione principale viene riflessa nel rapporto di garanzia¹.

La formula tipica utilizzata nelle *Parent Company Guarantees* per delineare l'obbligo della capogruppo è la seguente "se la Controllata non adempie e non rispetta gli Obbligazioni Garantite, il Garante dovrà, se richiesto dal Creditore mediante comunicazione scritta al Garante, procurare l'adempimento e l'osservanza delle Obbligazioni Garantite"

Sebbene nel nostro ordinamento queste garanzie, come appena delineate, siano qualificabili come fidejussioni, i modelli contrattuali stranieri ormai consolidatisi nella prassi commerciale hanno indotto gli operatori del diritto ad interrogarsi sulla legittimità di alcune clausole specifiche tipicamente presenti in questi modelli.

Questioni che si pongono nella prassi sono ad esempio la qualificazione giuridica di garanzie con le quali la casa madre garantisce esclusivamente obblighi di fare, la riconducibilità di una *Parent Company*

¹ Nelle *Parent Company Guarantees* è tipicamente presente infatti la seguente clausola di "accessorietà" "the Guarantor shall have available to it all defences and limitations of liability (including any counterclaims and set-offs) as are or may have been available to the Subsidiary under, pursuant to or arising from the terms of the Agreement or otherwise available to the Subsidiary at law"

Guarantee alla fattispecie di “fideiussione omnibus” ex art. 1938 c.c., la legittimità di clausole c.d. di reviviscenza o di sopravvivenza della *Parent Company Guarantee* alla invalidità dell’obbligazione principale.

Di fronte alle incertezze interpretative poste dalle *Parent Company Guarantees*, l’operatore del diritto preferisce talvolta adottare l’“escamotage” di indicare una legge straniera quale legge regolatrice. Nella generalità delle giurisdizioni straniere, in particolare in quelle di common law, le fideiussioni sono prive di disciplina e, ove una disciplina sia presente, non viene regolata la fattispecie della “fideiussione omnibus”. Conseguentemente, le parti hanno la piena libertà di regolamentare i propri rapporti senza contravvenire a principi inderogabili di legge.

Questo “escamotage” non è sufficiente, tuttavia, ad ovviare alle problematiche che si pongono in occasione del giudizio di esecuzione forzata dinanzi ad un tribunale italiano dell’eventuale lodo o sentenza stranieri che ingiunga il pagamento o l’obbligo di fare alla *parent company* italiana. Infatti, nel giudizio di riconoscimento di lodo e sentenza stranieri la *parent company* potrebbe opporre questioni di ordine pubblico che impediscano il riconoscimento di tale sentenza o lodo e, conseguentemente, impediscano l’esecuzione forzata degli stessi nei confronti della *parent company*².

Assistiamo quindi alla diffusa prassi di modificare i tipici standard contrattuali internazionali di *Parent Company Guarantees* aggiungendo alcune clausole o eliminandone altre, anche a scopo puramente cautelativo. Tra le principali integrazioni dei form contrattuali ai quali assistiamo c’è quella di prevedere un importo massimo garantito nelle *Parent Company Guarantees* emesse da società italiane anche se riferite apparentemente ad obbligazioni “presenti e incondizionali” in quanto previste da uno specifico contratto sottoscritto da loro controllate e chiaramente identificato nella stessa *Parent Company Guarantee*.

Questa prassi implica alcune complicazioni quali la necessità di derogare a consolidati standard internazionali *Parent Company Guarantees* e di individuare un importo massimo garantito che metta d’ac-

² Secondo l’art. 64 lettera f) della Legge 31 maggio 1995, n. 218 le sentenze straniere non possono essere riconosciute ove il loro riconoscimento produca effetti contrari all’ordine pubblico.

cordo le parti.

Peraltro, la casistica giurisprudenziale in tema di fideiussioni non sembra aver preso in considerazione la qualificazione di “obbligazioni futura o condizionale” se si eccettua l’isolata sentenza del Tribunale di Milano, 6 settembre 2022, n. 7015³.

Il presente articolo avrà pertanto ad oggetto la verifica se sia possibile trovare un compromesso tra la prassi e la giurisprudenza sullo specifico aspetto dell’importo massimo garantito.

2. La Parent Company Guarantee è davvero di per sé una “fideiussione omnibus”?

La principale questione qualificatoria posta dalle *Parent Company Guarantees* è quella se le garanzie in questione siano per loro stessa natura qualificabili come “fideiussioni omnibus”. Il risvolto pratico di tale questione è che in caso di qualificazione come “fideiussione omnibus” l’assenza di un importo massimo garantito renderebbe nulla l’intera garanzia in quanto contraria al dettato dell’art. 1938 c.c., ritenuta norma inderogabile in quanto di applicazione necessaria⁴.

La questione viene affrontata in modo diverso in funzione del rapporto garantito ed in particolare se il contesto è quello, più ricorrente nella prassi, di una garanzia che garantisce un’operazione commerciale già determinata e circoscritta, compiuta dalla controllata, ovvero quello di una garanzia che garantisce un accordo quadro commerciale non ancora determinato nelle quantità o un rapporto finanziario.

³ Ricordiamo che il provvedimento 55 del 2005 di Banca d’Italia dichiarava illegittime le clausole di reviviscenza, sopravvivenza e rinuncia ai termini presenti nel modello tipo ABI di fideiussione statuendo “gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall’ABI per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate, in modo uniforme, sono in contrasto con l’art. 2, comma, 2, lettera a), della legge n. 287/90”. Come può facilmente constatarsi si tratta di pronuncia non rilevante sotto il profilo civilistico nel contesto oggetto del presente articolo.

⁴ Cassazione civile, sez. III, 26/01/2010, n. 1520, Tribunale, Roma, 18/12/2002

2.1 Oggetto della garanzia e fideiussione omnibus

Prendendo innanzi tutto in considerazione il primo caso, ci domandiamo se le obbligazioni previste dal contratto garantito dalla *Parent Company Guarantee* possano essere qualificate, al momento del rilascio della *Parent Company Guarantee*, come "obbligazioni future o condizionali".

Secondo una interpretazione letterale dell'inciso "obbligazione futura o condizionale" previsto dall'art. 1938 c.c., sembrerebbe doversi escludere che un contratto commerciale già sottoscritto ed incondizionato possa essere qualificato come "obbligazione futura o condizionale" in quanto il vincolo giuridico relativo a tali obbligazioni è già sorto al momento del rilascio della *Parent Company Guarantee*. Salvi particolari casi, inoltre, un contratto commerciale reca tipicamente il corrispettivo o quanto meno una metodologia di calcolo dello stesso e non può prestarsi a dubbi circa l'esposizione economica massima dei contraenti.

Potrebbe obiettarsi a questo argomento che le prestazioni previste dal "contratto garantito" potrebbero essere di carattere continuativo o periodico e che pertanto saranno rese anche successivamente al rilascio della garanzia della casa madre, ma è piuttosto agevole replicare che con la locuzione "obbligazione futura" l'art. 1938 c.c. senz'altro non intende riferirsi ad un'obbligazione contratta contestualmente o precedentemente alla fideiussione ma che debba essere adempiuta successivamente al rilascio della garanzia.

Si potrebbe ulteriormente obiettare che il valore economico delle prestazioni contrattuali in alcuni casi non è quantificato a priori in quanto, ad esempio, il valore è determinabile oppure perché trattasi di obblighi indennitari o risarcitori e conseguentemente l'esposizione massima del fideiussore non è quantificabile. Si tratta di casistiche meno ricorrenti sulle quali non si può fondare un'opera di interpretazione normativa, ma l'obbligo di consentire la predeterminazione dell'esposizione finanziaria massima del fideiussore non rientra nella lettera né nella ratio dell'art. 1938 c.c.. Infatti, anche nella più classica fideiussione riferita, ad esempio, ad un finanziamento sono presenti variabili (e.s., interessi di mora, tasso variabile, etc...) che rendono imprevedibile l'esatta esposizione massima del fideiussore, eppure queste fideiussioni non ricadono nella fattispecie della omnibus.

Se l'iter argomentativo appena esposto è corretto, la *Parent Company Guarantee* che faccia riferimento

ad uno specifico contratto in linea di principio e nella generalità delle situazioni non sembra poter essere qualificata come "omnibus" e non sembra richiedere l'indicazione dell'importo massimo garantito.

Quanto sopra sembrerebbe confermato anche alla luce di una interpretazione dell'art. 1938 c.c. basata sulla ratio normativa di tale previsione normativa. Infatti, il requisito dell'importo *massimo garantito* è stato aggiunto all'art. 1938 c.c. per effetto dell'art. 10 Legge 154/92, normativa incentrata sulla trasparenza bancaria, volta a tutelare il fideiussore di un cliente bancario⁵. La normativa in questione intendeva in particolare vietare la prassi finanziaria che si era venuta via via consolidando di soggetti che garantivano l'esposizione futura e/o condizionale di terzi nell'ambito delle operazioni bancarie.

Non a caso la quasi totalità della giurisprudenza che si è occupata delle fideiussioni *omnibus* ha ad oggetto fideiussioni rilasciate nell'ambito di operazioni bancarie e utilizza indifferentemente i termini "obbligazioni" e "operazioni [NDR bancarie]" come fossero sinonimi⁶.

A simili conclusioni dovrebbe giungersi anche ove il contratto sottoscritto da dalla controllata non fosse di natura commerciale (es., appalto, vendita, etc...), ma fosse di natura finanziaria (es, apertura di credito, mutuo, etc...). Nella misura in cui l'operazione finanziaria fosse già determinata e circoscritta le obbligazioni scaturenti da tale operazione non potrebbero essere definite "future" o "condizionali" con la conseguenza che la controllata sarebbe esposta ad una responsabilità determinata o determinabile.

La linea interpretativa appena illustrata viene adottata anche dal Tribunale di Milano, che ha affermato che non sono fideiussioni *omnibus* (ma "fideiussioni specifiche") quelle che "si riferiscono alla garanzia di debiti originati da specifici rapporti negoziali, cui le parti hanno fatto puntuale riferimento nel contratto di fideiussione, e non da ipotetiche e indeterminate operazioni del soggetto garantito che possono cagionare una oscillazione della misura della garanzia"⁷. Alla luce del contesto nel quale la pronuncia in

⁵ Legge Art. 10 Legge 154/92 recante "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari".

⁶ Cassazione civile sez. I, 03/07/2024, n.18232, Tribunale, Latina, sez. II, 21/10/2020, n. 1909 Cassazione civile, sez. III, 22/03/2024, n. 7891, Corte appello, L'Aquila, sez. I, 10/08/2023, n. 1251 Tribunale, Napoli, 21/04/2023, n. 4158, Corte appello, Napoli, sez. III, 23/02/2023, n. 796, Cass., 31 gennaio 2017, n.2492

⁷ Trib. Milano, 6 settembre 2022, n. 7015

questione è stata resa⁸, risulta evidente che il principio di diritto così formulato si estenda anche ove il contratto garantito non sia di natura bancaria ma di natura commerciale.

Considerazioni diverse meritano invece quelle casistiche di contratti, obbligazioni o rapporti giuridici della controllata non determinati o determinabili. E' questo il caso in cui ad esempio la controllata stringesse un accordo commerciale di fornitura senza determinazione dei quantitativi o degli ordinativi, come accade negli accordi quadro o nel caso in cui ad esempio la casa madre si impegni nei confronti di un istituto di credito per tutti i rapporti bancari che la propria controllata dovesse intrattenere nel futuro con tale istituto.

In questi casi le obbligazioni della controllata sarebbero senz'altro future e/o condizionate. Conseguentemente, si ricadrebbe senza subbio nella fattispecie della fideiussione omnibus e nelle prescrizioni di cui all'art. 1938 c.c..

Infine, nella dinamica delle operazioni commerciali i rapporti contrattuali possono assumere natura articolata e composita e regolare una serie di situazioni soltanto alcune delle quali "determinate". In questi casi occorrerà valutare la validità della *Parent Company Guarantee* in funzione delle singole prestazioni garantite invece che in funzione dell'intero rapporto contrattuale garantito, isolando in tale rapporto quelle prestazioni per le quali è necessario indicare un'esposizione massima. Esempio è in questo contesto la pronuncia della Cassazione civile sez. III, 18/02/2022, n.5423⁹.

⁸ In particolare, nel caso di specie, la fideiussione oggetto del giudizio garantiva due specifici contratti finanziari declinati nella stessa fideiussione.

⁹ Cassazione civile sez. III, 18/02/2022, n.5423 "Qualora venga prestata una fideiussione o una garanzia a prima richiesta per l'adempimento di tutte le obbligazioni assunte dal debitore in un contratto, la valutazione ai fini dell'applicazione della norma imperativa dell'art. 1938 c.c., che esige la fissazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, deve farsi con riferimento alle singole obbligazioni garantite. Ne consegue che, in caso di mancata indicazione dell'importo massimo garantito, la clausola resta nulla solo con riferimento a quella o a quelle obbligazioni che in ipotesi risultino avere natura di obbligazione futura, mentre rimane valida per le obbligazioni che non abbiano tale natura."

2.2 Obbligazioni di fare e obbligazioni finanziarie

Altra questione rilevante e ricorrente in materia di *Parent Company Guarantee* è quella se, tra le obbligazioni future e condizionali considerate dall'art. 1938 c.c., rientrino anche le mere prestazioni relative ad obblighi di fare oppure se al contrario l'art. 1938 c.c. si riferisca alle sole obbligazioni finanziarie con la conseguenza che le *Parent Company Guarantee* relative ad obbligazioni di fare future sarebbero sottratte al requisito dell'importo massimo garantito.

Si potrebbe argomentare che, visto che l'art. 1938 fa riferimento alla previsione di un "importo" (invece di "valore") dell'esposizione del fideiussore, l'art. 1938 c.c. limita la sua sfera di applicabilità alle sole obbligazioni "future ed condizionali" di natura finanziaria. Come può infatti la prestazione di un obbligo di fare (es., appalto di lavori o servizi, etc....) essere tradotta in un importo?

Si potrebbe ulteriormente argomentare che, come illustrato precedentemente, la *ratio* dell'art. 1398 c.c. è pacificamente quella di scongiurare certe prassi relative ad operazioni bancarie e finanziarie, mentre le obbligazioni di fare nulla hanno a che vedere con la prassi bancaria.

Questi "indici interpretativi" tuttavia non sembrano sufficienti a superare la lettera della norma ed in particolare limitare la nozione di "obbligazioni" di cui all'art. 1938 c.c. alle sole prestazioni di natura finanziaria.

Opinando diversamente, la possibilità di garantire prestazioni di fare future sarebbe apertamente in contrasto tanto con la lettera quanto con la *ratio* della norma. Il fideiussore sarebbe privato della possibilità (assicurata dall'art. 1938 c.c.) di avere contezza delle effettive obbligazioni che vengono garantite dalla fideiussione proprio in quanto le prestazioni non sono semplicemente "ancora da effettuare" (ma già stipulate) né sono semplicemente "ancora indeterminate" (ma già determinabili), ma sono invece "ancora da stipulare" in un ordine o in un contratto al momento del rilascio della fideiussione il che le rende qualificabili come "future".

Nel caso invece che la prestazione in questione sia già contenuta in un contratto già sottoscritto, le considerazioni sono quelle già fatte nel paragrafo che precede.

2.3. Possibile un rinvio ad importo massimo previsto dal contratto garantito?

Altro aspetto controverso nella prassi commerciale è quello se, nel caso il riferimento ad uno specifico contratto non sia ritenuto sufficiente a rendere la *Parent Company Guarantee* una “fideiussione specifica”, sia invece sufficiente a rispettare il requisito dell’importo massimo garantito un semplice rinvio all’importo dell’esposizione massima della controllata previsto dall’obbligazione principale.

Si assiste spesso infatti a clausole del seguente tipo:

“Il garante non sarà responsabile per importi superiori a quelli per il quale sarebbe stato responsabile il debitore principale”

Oppure

“l’esposizione massima del Garante corrisponderà a quella della Controllata ai sensi del contratto principale”

E’ quindi da chiedersi se il rinvio ad un altro contratto integri il requisito della “previsione” di un importo massimo garantito o se invece tale requisito debba essere interpretato come “indicazione” dell’importo nello stesso documento che disciplina la fideiussione. Non essendo previsto un vincolo di forma né per la “previsione” in questione né in generale per le fideiussioni, si potrebbe concludere nel senso che sia sufficiente che l’importo massimo garantito sia chiaramente pattuito. Pertanto, nel caso di rinvio ad un altro documento, tale importo deve ritenersi chiaramente pattuito tra le parti purchè naturalmente il contratto garantito permetta di individuare chiaramente tale importo.

A tal riguardo, presentandosi la contrattualistica notoriamente in forma variegata i contratti non necessariamente prevedono limiti alla responsabilità del contraente. Qualora nessuna limitazione venga prevista, si potrebbe sostenere che l’esposizione massima del contraente è parametrata al corrispettivo contrattuale in quanto le prestazioni (obbligazioni) garantite “valgono” il prezzo che viene corrisposto per tali prestazioni. Qualora invece un’espressa limitazione alla responsabilità venga prevista si tratta tipicamente di limitazioni che attengono alla sola responsabilità per danni o inadempimenti da parte della controllata, ma non sono idonee ad assegnare un valore alle prestazioni contrattuali garan-

tite. Anche nel caso di indicazione del limite alla responsabilità per individuare l’esposizione relativa alle obbligazioni di fare sarà necessario riferirsi al corrispettivo contrattuale.

Ne consegue che, in assenza di una previsione specifica circa la limitazione della responsabilità, il solo corrispettivo contrattuale non potrebbe ritenersi sufficiente ad individuare l’esposizione massima della controllata ai sensi dell’obbligazione principale in quanto residuerebbe l’alea sull’ammontare massimo delle obbligazioni indennitarie e risarcitorie che scaturiscono dal contratto principale.

In conclusione, il rinvio all’esposizione massima contrattuale dovrebbe essere ritenuto sufficiente ad evitare la nullità della *Parent Company Guarantee* solo ove il contratto garantito preveda a sua volta un limite alla responsabilità della controllata e tale limite copra anche le obbligazioni indennitarie e risarcitorie della controllata ai sensi del contratto garantito.

Il ragionamento in questione trova un ostacolo nelle clausole contrattuali che pongono delle eccezioni alla previsione dell’importo massimo garantito¹⁰. In presenza di queste eccezioni, sarà pertanto necessario indicare nella *Parent Company Guarantee* un limite all’esposizione della Parent Company anche solo per le casistiche eccezionali in questione.

Qualche dubbio potrebbe invece essere posto in merito alla prima delle due formulazioni più sopra riportate in quanto tale formulazione non sembra poter essere chiaramente riferita all’esposizione massima della controllata. Al contrario tale formulazione si limita sostanzialmente a riprodurre e precisare il principio già dettato da art. 1941 c.c. (secondo la quale “*La fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore*”) e pertanto ha la finalità di evitare che il garante sia messo in posizione peggiore rispetto al debitore principale.

3. Conclusione

In conclusione, la prassi di prevedere in linea generale l’indicazione di un importo massimo garantito nelle *Parent Company Guarantees* potrebbe meritare di essere riconsiderata nel senso di valorizzare le

¹⁰ I tipici casi nei quali i contratti escludono l’applicabilità dell’importo massimo garantito sono quelli di responsabilità penale, dopo, colpa grave, violazione di proprietà intellettuale, lesioni personali, etc...

specificità delle singole casistiche dei rapporti contrattuali che coinvolgono le società controllate. In assenza di indici giurisprudenziali e normativi contrari, la locuzione “obbligazioni future o condizionali” potrebbe quindi essere interpretata secondo la pronuncia del Trib. Milano, 6 settembre 2022, n. 7015 che esclude i “*debiti originati da specifici rapporti negoziali, cui le parti hanno fatto puntuale riferimento nel contratto di fideiussione*”, dalla categoria di obbligazioni future o condizionali

Pertanto, le *Parent Company Guarantee* potrebbero indicare l'importo massimo garantito nei soli casi, nei quali è effettivamente sussistente un'alea a carico della Parent Company sulla portata della sua esposizione, in quanto il contratto garantito non è individuato nella *Parent Company Guarantee* o il contratto garantito non consente di individuare un valore per le prestazioni ivi previste (es., accordi quadro, a misura, etc...).

Questo approccio consentirebbe peraltro alle parti di superare la tipica *empasse* nel derogare i modelli contrattuali internazionali e nel condividere un importo massimo garantito o anche soltanto un criterio di calcolo di tale importo.

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**

