

TRIBUNALE DI MILANO - SEZ. CIVILE

PROCURA

(Giudice Dott. Paolo Guidi - R.G.)

Nel procedimento ex art. 700 e 669 bis cod. proc. civ. promosso da

con gli Avvocati
, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo

- Ricorrente -

e nei confronti di

società di diritto - succursale di :
C.F. e P. Iva n. , in persona dei legali rappresentanti
rappresentata e difesa, in virtù di
procura speciale alle liti a margine del presente atto, dagli Avvocati
(C.F. PEC:

- Resistente -

* * *

MEMORIA DIFENSIVA PER

I - PREMESSA

1.1 - La presente controversia riguarda la richiesta, formulata da S.p.A. a questo Illustre Tribunale, di inibire il pagamento di 12 garanzie bancarie emesse da [redacted] a favore della società [redacted].

E' bene subito precisare che tutte le 12 garanzie sono autonome, sono regolamentate dalla legge [redacted] e prevedono una clausola di giurisdizione esclusiva a favore del giudice [redacted]. Infatti, gli articoli 7 e 8 di tali garanzie prevedono quanto segue (sottolineature aggiunte: avv. doc. 9):

"This guarantee shall be governed exclusively by [redacted] law. Disputes arising in connection with this guarantee, including disputes concerning the existence and validity thereof, shall be resolved exclusively by the competent courts in

I sottoscritti dott. [redacted] e dott. [redacted] in qualità di procuratori di [redacted] C.F. e P. Iva n. [redacted] e iscritta al registro delle Imprese al n. [redacted] (la "Società"), delego gli Avv. ti [redacted] e [redacted] del Foro di [redacted] a rappresentare e a difendere, anche disgiuntamente tra loro, la Società nel presente procedimento cautelare ex art. 669-bis e ss. e 700 c.p.c., intrapreso da [redacted] e pendente di fronte al Tribunale di [redacted], Sezione R.G. [redacted] Giudice Dott. Guidi, in ogni sua fase e grado, anche di eventuale reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c., di esecuzione nonché nel successivo giudizio di merito. All'uopo si conferiscono ai nominati procuratori, anche disgiuntamente tra loro, i più ampi poteri di legge e di prassi, ivi incluso, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, quello di depositare memoria di costituzione, formulare domande ed eccezioni riconvenzionali, domande di manleva c/o di garanzia, chiamare in causa terzi e svolgere domande contro i medesimi, promuovere atti conservativi e cautelari, transigere, conciliare, incassare, sottoscrivere atti di precetto, quietanzare, rinunciare ad atti, domande del giudizio e pronunzie ed accettare tali rinunce, partecipare alle udienze di discussione ex art. 669-sexies c.p.c., ivi inclusa quella in data 4 luglio 2013 ed ogni precedente ed ulteriore udienza, nominare, revocare e sostituire a sé altri procuratori. La Società elegge domicilio presso lo studio dei nominati procuratori in [redacted]

[redacted]
[redacted]
[redacted]

Sono autentico
Avv. Massimo Greco

[redacted]

ALLEN & OVERY
20121 MILANO - VIA MANZONI, 41/43 - TEL. 02 290491 - FAX 02 29049333

"The Bank obligations under this guarantee are independent obligations. They are not dependent on the existence or validity of the claim....".

1.2 – Al fine di comprendere meglio la presente controversia, è opportuno segnalare quanto segue.

Nel dicembre 2002, la società _____ di seguito "_____") e la società _____ indicavano una gara per la fornitura di treni ad alta velocità, della tipologia V250, da impiegare sulle proprie linee ferroviarie che collegano _____ La gara è stata vinta da _____ ed in data 20 maggio 2004 sono stati stipulati due separati contratti, uno con la _____

1.3 – In particolare, con contratto denominato "*Purchase Agreement with respect to Rolling Stock (250 km/h type)*" (il "*Contratto di Acquisto*"), _____ richiedeva ad _____ la fornitura di n. 3 treni; ai sensi di tale Contratto di Acquisto, _____ doveva provvedere ad alcuni pagamenti anticipati a determinate scadenze, a condizione che tali pagamenti - (i cd. "*Advanced Payment*") - fossero coperti da apposita garanzia per un'eventuale loro restituzione. In esecuzione di quanto sopra, tra il 2007 ed il 2011 _____ (di seguito "_____"), su incarico di _____ emetteva a favore di _____ n. 12 *Bank Guarantee* per importi di circa 37 milioni di Euro (avv. doc. 9: le "*Garanzie*").

1.4 - Con comunicazione in data 31 maggio 2013 _____ escuteva nei confronti di tutte le suddette Garanzie (avv. doc. 8).

Il procedimento cautelare italiano tra _____ e _____

1.5 – Con ricorso depositato in data 5 giugno 2013, _____ ha chiesto a questo Tribunale di emettere, *inaudita altera parte*, provvedimento ex art. 700 c.p.c al fine di inibire ad _____ il pagamento delle Garanzie, in quanto escusse da _____ fraudolentemente. In data 6 giugno 2013 il Tribunale di Milano ha rigettato la richiesta *inaudita altera parte*, non sussistendone i presupposti, fissando l'udienza di comparizione delle parti in data 4 luglio 2013.

1.6 – In data 12 giugno 2013 _____ ha presentato istanza integrativa a sostegno del proprio ricorso: nella stessa data il Tribunale ha quindi accolto il ricorso di _____ inibendo in via provvisoria ad _____ di procedere al pagamento delle Garanzie, ferma la data dell'udienza, già fissata al 4 luglio 2013, per l'eventuale revoca o conferma del provvedimento (il "*Procedimento Italiano*").

Il procedimento olandese tra _____ e _____

1.7 - Parallelamente, in data 10 giugno 2013, _____ ha depositato in _____ avanti al Tribunale di _____, ricorso cautelare ed urgente contro _____ al fine di ottenere il pagamento immediato delle Garanzie (il "*Procedimento Olandese*"). In estrema sintesi, in quel procedimento, _____ – dopo aver ricordato il contenuto del Contratto d'Acquisto tra _____

– ha svolto una serie di argomenti di natura processuale e di merito a sostegno della propria ingiunzione di pagamento, argomenti che possono essere così riassunti senza pretesa di completezza:

(i) il Giudice italiano non ha giurisdizione, laddove le Garanzie prevedono una clausola di giurisdizione esclusiva a favore del giudice

(ii) ha ritardato ingiustamente il pagamento delle Garanzie, nonostante ha formulato la propria richiesta in conformità alle disposizioni previste nelle Garanzie medesime;

(iii) le Garanzie sono a prima richiesta e secondo la Corte di Cassazione il pagamento può essere bloccato soltanto quando la richiesta è totalmente *arbitraria* e *pretestuosa* ma nessuno di questi elementi è presente nel caso di specie;

(iv) da ultimo ha dato atto che, secondo il Contratto di Acquisto, garantisce che l'utilizzo dei treni sarà autorizzato dalle competenti autorità statali; tuttavia il 18 gennaio 2013 sono stati rinvenuti difetti sui treni già venduti alle (identici a quelli venduti alle) e che l'autorità nazionale per la sicurezza – DVIS – ha proibito l'utilizzo dei treni in ragione dei difetti riscontrati.

1.8 - si è costituita nel Procedimento all'udienza del 17 giugno 2013, dando atto che la richiesta di pagamento era conforme al testo delle Garanzie; inoltre ha dato atto della pendenza del Procedimento Italiano e della relativa inibitoria emessa *inaudita altera parte*, nonché della difficile posizione di in relazione alla pendenza di entrambi i procedimenti d'urgenza.

È opportuno segnalare che non si è costituita nel Procedimento nonostante sia stata invitata a farlo più volte, anche al fine di eventualmente dimostrare che l'escussione delle Garanzie era fraudolenta (doc. 1 – lettera in data 14 giugno 2013). La decisione di è stata sorprendente ed ha messo in evidente difficoltà che, in quanto estranea ai rapporti di fornitura tra e , non è evidentemente in possesso di documentazione di questo genere.

1.9 - ha quindi chiesto al Tribunale di

(i) di sospendere il Giudizio ai sensi dell'art. 28, co.1 Reg. CE 44/2001 in quanto connesso con il Giudizio Italiano, in attesa che codesto Ill.mo Tribunale emetta la propria decisione definitiva all'esito dell'udienza di comparizione delle parti; ovvero, in via subordinata,

(ii) di emettere una decisione favorevole alla ricorrente a condizione che il Tribunale di Milano, all'esito dell'udienza di comparizione delle parti, dichiari il proprio difetto di giurisdizione, ovvero la carenza di interesse di ovvero, in ogni caso, rigetti integralmente la richiesta di quest'ultima, con conseguente revoca dell'inibitoria.

1.10 – All'esito di tale udienza il Tribunale di [redacted] si riservava sulle richieste di [redacted] ed [redacted] e indicava quale data per lo scioglimento della riserva il 3 luglio 2013. In data **3 luglio 2013** il Tribunale di [redacted] in accoglimento della domanda di [redacted], **ha ordinato a [redacted] di pagare le Garanzie**, entro due giorni lavorativi dalla notifica del provvedimento, dichiarando il provvedimento immediatamente eseguibile. [redacted] ha anche appreso che [redacted] sta notificando il provvedimento sicché il termine per il pagamento potrebbe essere venerdì 5 luglio. Se [redacted] non paga, certamente subirà un'esecuzione sulle proprie attività.

In estrema sintesi, il provvedimento (doc. 2):

- ha dato atto che le *“garanzie bancarie sono garanzie bancarie astratte. Questo significa che devono prescindere dal rapporto giuridico sottostante tra [redacted] e [redacted] ...”* (cfr. sentenza, par. 4.3);

- ha dato atto che se la richiesta di [redacted] è corretta, la banca che ha rilasciato la Garanzia autonoma deve pagare, con la sola eccezione *“in cui [redacted] presenti una richiesta di pagamento che sia chiaramente ingannevole o apparentemente arbitraria”* (cfr. sentenza, par. 4.4);

- ha dato atto che [redacted] ha assunto una posizione neutrale rispetto alle domande di pagamento di [redacted] il Tribunale ha quindi considerato che non vi siano dei fatti provati per poter ritenere che l'escussione della Garanzia sia ingannevole e arbitraria (cfr. sentenza, par. 4.4 e 4.5).

L'ulteriore procedimento olandese tra

1.11 – E' opportuno dare anche atto che tra [redacted] (nonché [redacted]) si è già svolto in [redacted] anche un procedimento, seppur preliminare, relativo al **merito della controversia** che verte sui difetti e gli inadempimenti del Contratto d'Acquisto. Nell'ambito di tale procedimento, [redacted] ha chiesto alla Corte, tra l'altro: - di nominare tre esperti tecnici per accertare i difetti e di invitare [redacted] dopo il deposito della relazione degli esperti, a negoziare con la stessa [redacted] le modalità tecniche per dare esecuzione agli accordi; - che a [redacted] sia impedito di proseguire nella sua volontà di risoluzione del contratto.

Con provvedimento parimenti in data 3 luglio 2013, il Tribunale di [redacted] ha rigettato le domande di [redacted] (doc. 3).

* * *

In tale situazione, dunque, allo stato vi sono due provvedimenti di due giudici diversi in evidente **contrasto**: questo Tribunale, come detto in premessa, ha inibito seppur provvisoriamente a [redacted] di pagare le Garanzie; il Giudice [redacted] invece ha ordinato ad [redacted] di pagare le Garanzie.

* * *

II – L'AVVERSARIA INIZIATIVA

2.1 - Come accennato, in data 5 giugno 2013 ha chiesto a questo Illustre Tribunale, ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., di inibire ad il pagamento delle Garanzie dalla stessa rilasciate in relazione al Contratto di Acquisto a favore di in quanto l'escussione sarebbe "*manifestamente fraudolenta*". A fondamento del ricorso, ha in sintesi osservato quanto segue.

2.2 - Come pure rilevato in premessa, la Ferrovia ha acquistato da 16 treni ad alta velocità, di cui 9 treni sono già stati consegnati ed entrati in esercizio commerciale nel settembre 2012. ha invece acquistato 3 treni, peraltro identici a quelli non ancora consegnati alla stessa.

In data 18 gennaio 2013 si è verificato un sinistro sui treni la stessa dà atto che l'operatore HISPEED ha sospeso "*temporaneamente il servizio commerciale dei treni W250 al fine di evitare ulteriori danni ad altri rotabili*". Allo stesso modo, l'Agenzia Nazionale per la Sicurezza SSICF/DVIS si determinava, a sua volta, a prendere posizione nei confronti dell'operatore, interdicendo in via prudenziale l'esercizio commerciale dei treni "belgi", in attesa degli interventi atti a scongiurare il ripetersi del Sinistro" (avv. ricorso pag. 5).

2.3 - Successivamente la Ferrovia ha chiesto ad di entrare a fare parte di un *team* di lavoro anche con i tecnici della Ferrovia e con la partecipazione di una autorità indipendente, Awarding Authority; tali *team* come riconosce "*sono ancora attivi... e lavorano continuativamente in modo da garantire la ripresa del servizio commerciale nel più breve tempo possibile*" (avv. ricorso pag. 6). Dopo aver dato atto di ciò ritiene che le cause del sinistro non siano ancora state individuate pur adombrando una possibile cattiva manutenzione da parte della Ferrovia

2.4 - In tale situazione, richiama la lettera 31 maggio 2013 con cui ha chiesto l'escussione delle Garanzie. Ad avviso di questa escussione è fraudolenta sostanzialmente per tre motivi e ciò a sostegno del *fumus boni iuris*:

(i) la restituzione del prezzo contrattuale, garantito dalle Garanzie, può avvenire solo in caso di risoluzione del Contratto di Acquisto; ha inviato una lettera di cancellazione del Contratto solo in data successiva all'escussione e cioè il 3 giugno 2013 (avv. doc. 12); in ogni caso la lettera fa riferimento all'espressione "*cancellation*" laddove invece la restituzione del prezzo potrebbe avvenire soltanto in caso di "*termination*". produce anche un'*opinion* di un avvocato olandese sul punto. Inoltre il Contratto di Acquisto prevede un'*opinion* di grazia di 30 giorni per permettere ad di restituire gli anticipi ricevuti; considerando che la lettera di escussione è del 31 maggio 2013, il termine non sarebbe ancora scaduto (avv. ricorso pag. 11 e seguenti);

(ii) le motivazioni presenti nella lettera di escussione del 31 maggio 2013 "*non sono idonee a dare conto di alcun inadempimento e/o violazione contrattuale di*" (avv. ricorso pag. 12); in particolare indica alcuni articoli di contratto del fornitore che tuttavia non sarebbero rilevanti al fine di un inadempimento;

(iii) in aggiunta i 3 treni non sono ancora stati consegnati a ... e in ogni caso "gli eventuali interventi correttivi da farsi sui treni già consegnati in ... fanno parte di obbligazioni di Garanzia assunti da ...".¹

In relazione al periculum in mora, cita una sentenza in forza della quale tale periculum consiste nel fatto che "il beneficiario della Garanzia risiede all'estero con conseguente difficoltà di recupero delle somme da parte del Garante"; aggiunge ancora che l'escussione impedirebbe ad ... di partecipare a successive gare con grave danno (avv. ricorso pag. 26). Da qui la richiesta di inibitoria.

* * *

III - LA POSIZIONE DI ...

3.1 - Ritiene ... per le considerazioni di seguito descritte, che il comportamento della banca nel caso di specie sia quello di pagare senz'altro le Garanzie e ciò per diversi motivi: in primo luogo perché vi è già un provvedimento del giudice olandese che ha ordinato il pagamento; in secondo luogo perché, come pure vedremo, sono totalmente inesistenti i due requisiti richiesti dalla legge per l'emissione di un provvedimento di blocco delle garanzie e cioè il *fumus bonis iuris* ed il *periculum in mora*. Da ultimo, perché, per evidenti ragioni di opportunità, sarebbe davvero assurda una situazione in cui vi siano due provvedimenti opposti.

3.2 - Posta questa premessa e più in dettaglio, questi sono gli argomenti che ... tratterà nei successivi paragrafi:

- il difetto di giurisdizione del giudice italiano favore del giudice

- esame dei principi dettati da giurisprudenza e dottrina in merito ai provvedimenti di blocco delle garanzie autonome: - se la richiesta di pagamento è conforme al testo della garanzia autonoma, la banca deve pagare ed anticipiamo subito che nel caso di specie la richiesta è conforme; - il pagamento potrà essere bloccato soltanto quando l'ordinante della garanzia, nella specie ... sia in grado di offrire prove liquide e sicure del fatto che la richiesta di pagamento è fraudolenta ed anticipiamo subito che ... non ha prodotto alcuna prova di questo tipo;

- inesistenza del *periculum in mora*;

- in ogni caso le evidenti ragioni di opportunità che impongono a questo Tribunale la revoca del provvedimento ed il rigetto definitivo del ricorso².

* * *

IV - DIFETTO DI GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ITALIANO

4.1 - In via del tutto preliminare è opportuno subito segnalare che ad avviso di _____ il Tribunale di Milano non ha giurisdizione in merito al presente procedimento. Le Garanzie prevedono, all'art. 8, la seguente clausola:

"This guarantee shall be governed exclusively by _____ law. Disputes arising in connection with this guarantee, including disputes concerning the existence and validity thereof, shall be resolved exclusively by the competent courts in _____"
(avv. doc. 9).

Ciò nonostante, il Tribunale ha ritenuto la propria giurisdizione in quanto "*il provvedimento cautelare deve trovare esecuzione sul suolo italiano*", sicchè sussisterebbe la giurisdizione italiana anche ai sensi dell'art. 10 Legge 218/1995. Si tratta, tuttavia, di una non corretta interpretazione delle norme che regolamentano la giurisdizione e ciò per i seguenti motivi.

4.2 - La giurisdizione in ambito cautelare è regolata dall'art. 10 Legge 218/1995, secondo cui la giurisdizione italiana in materia cautelare sussiste "*quando il giudice italiano ha giurisdizione sul merito*" oppure quando "*il provvedimento deve essere eseguito in Italia*". Peraltro, quando le parti di un giudizio civile o commerciale sono soggette avente sede legale in uno stato dell'Unione Europea, come pacificamente è nella specie, trova applicazione il Regolamento del Consiglio n. 44/2001 (il "*Regolamento 44/01*").

In tema di provvedimenti cautelari, l'art. 31 del Regolamento 44/01, prevede che "*... i provvedimenti cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di detto Stato anche se, in forza del presente regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato membro*".

Tale disposizione deve però essere letta in stretta correlazione con l'art. 23 del Regolamento 44/01 il quale prevede che "*qualora le parti [...] abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro*". La lettera a) di tale articolo precisa poi che "*...la clausola attributiva di competenza deve essere conclusa: a) per iscritto o oralmente con conferma scritta*".

4.3 - _____ poco sopra ha riportato il testo integrale della clausola delle Garanzie con cui _____ e _____ hanno espressamente previsto la giurisdizione esclusiva del giudice _____ è evidente che con una clausola di giurisdizione così ampia, le parti abbiano voluto includere non solo i contenziosi nel merito, ma anche quelli a carattere urgente e sommario. Ne consegue che l'unico giudice competente ad adottare i relativi provvedimenti dovrà essere il giudice _____

4.4 - Ciò risulta confermato da dottrina e giurisprudenza. Ed infatti è stato affermato che "qualora le parti, ai sensi dell'art. 23 [Regolamento 44/01], abbiano concluso un accordo di proroga che [...] fonda una competenza esclusiva, il giudice del merito è altresì competente ad adottare provvedimenti provvisori e cautelari" (QUEIROLO, Diritto del processo civile internazionale – Regolamento Bruxelles I, pag. 681).

La giurisprudenza a sua volta ha chiarito che in ipotesi come quella di specie, in cui vi sia un "foro convenzionale prescelto (riferito non solo alle controversie scaturenti dal contratto ma a tutte le controversie inerenti il contratto), le contestazioni della ricorrente [...] non possano che ritenersi rimesse all'organo di giurisdizione convenuto tra le parti"³. Si è aggiunto che "la clausola con la quale le parti di un contratto demandino ad un foro convenzionale "tutte le controversie inerenti il contratto" [...], deve essere interpretata nel senso che attraverso la stessa le parti abbiano inteso derogare la competenza ordinaria, sia per le controversie in cui il contratto sia fonte della pretesa, sia per quelle in cui il contratto sia solo un fatto costitutivo della pretesa, congiunto ad altri."⁴.

Alla luce di quanto sopra, è evidente come questo Tribunale non abbia giurisdizione in relazione al presente procedimento.

4.5 – Fermo quanto sopra, si osserva come tale giurisdizione **non** sussiste nemmeno volendo ritenere che il provvedimento cautelare richiesto trovi esecuzione in Italia né, tantomeno, volendo applicare al caso di specie il criterio di collegamento previsto dall'art. 20 c.p.c.. Questa norma, come noto, individua, quale giudice competente a conoscere della controversia, il giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio deve eseguirsi.

Le Garanzie, all'art. 5, prevedono espressamente che "all payments under this guarantee shall be made by way of transfer to such bank account in . . ." (avv. doc. 9).

Dunque, secondo quanto convenuto dalle stesse parti, l'obbligazione di pagamento oggetto delle Garanzie dedotte nel presente procedimento debba essere eseguita da . . . a favore di . . . in . . . ove quest'ultima ha il proprio apposito conto bancario, e non in Italia. Specularmente, peraltro, la relativa misura cautelare non troverebbe neppure esecuzione in Italia. E tale circostanza è **confermata dalla stessa** . . . che, nelle proprie lettere di escussione delle Garanzie inviate ad . . . , ha espressamente richiesto a quest'ultima di effettuare il pagamento ai sensi delle Garanzie presso il proprio conto bancario (avv. doc. 8)⁵.

4.6 - Ferme le eccezioni di cui sopra, . . . ritiene in ogni caso che sia più opportuno che questa vicenda venga decisa nell'ambito del Procedimento . . . Occorre infatti ricordare quanto segue: - le Garanzie sono regolamentate dalla legge sostanziale . . . ; - il Contratto di Acquisto è parimenti regolamentato dalla legge sostanziale . . . ; - si è

già svolto, come sopra segnalato, un procedimento di merito tra . . . e . . . avanti ad una Corte . . . (cfr. doc. 3).

* * *

V - ALCUNI PRINCIPI SULLE GARANZIE AUTONOME

5.1 - Come detto, le Garanzie emesse da . . . appartengono al *genus* dei contratti autonomi di garanzia e sono del tutto **indipendenti** dalle sorti del contratto principale, nella specie il Contratto di Acquisto. Per procedere al pagamento richiesto dal beneficiario, la banca garante è pertanto tenuta esclusivamente a verificare la conformità della richiesta del beneficiario con quanto previsto nella stessa garanzia⁶: è invece **preclusa** ogni indagine relativa al rapporto sottostante. E' bene peraltro anche segnalare che le Garanzie sono regolate dalla legge sostanziale . . . ; tuttavia anche in . . . i principi che regolano l'escussione e così l'eventuale frode sono omogenei a quelli italiani.

5.2 - Sono dunque estremamente circoscritti i casi in cui la banca garante può opporsi all'escussione richiesta dal beneficiario. Ciò può avvenire, in particolare, nelle **sole** due ipotesi:

- che non sussistano i requisiti di pagamento in base al solo rapporto di garanzia (e, pacificamente, non è questo il caso né è stata sollevata alcuna contestazione in tal senso);

- che l'escussione della garanzia da parte del beneficiario risulti *prima facie* manifestamente fraudolenta. In quest'ultimo caso, si ritiene che la banca garante o l'ordinante la garanzia a prima domanda siano legittimati ad opporre l'*exceptio doli generalis* al beneficiario, così bloccando l'escussione della garanzia.

5.3 - Altrettanto noti sono i principi e le regole dettate per identificare un'escussione fraudolenta, che riassumiamo di seguito:

- "il garante ha l'obbligo di proporre l'*exceptio doli* ... solo in quanto sussistano prove sicure della malafede del beneficiario" (Tribunale di Udine, 5 febbraio 2002, in BBTC, 2003, II, p. 265);

- soltanto laddove risulti "evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa" (Cass. Sez. Unite 18 febbraio 2010 n. 3947, in Foro It. 2010, I, p. 2800; conforme, *ex multis*, Cass. 19 marzo 1993, n. 3291 in Corriere Giuridico 1993, p. 694⁷);

- l'esistenza di una genuina controversia tra venditore e compratore esclude a sua volta l'esistenza di un dolo: "*la prova della frode deve risultare prima facie, secondo i principi sopra enunciati di sommarietà ed eccezionalità, quando vi è la prova evidente che il beneficiario non ha nessun diritto di escutere la garanzia in base al rapporto principale, non bastando a tale riguardo la mera esistenza (o il profilarsi) di una genuina controversia*" (Tribunale di Genova 12 novembre 2001, in *Giur. It.* 2002, p. 745 e ss.; cfr. anche Tribunale di Torino 16 marzo 2009, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2009, p. 462 e ss.; Trib. Udine 22 giugno 1995 in *Giust. Civ.* 1996, I, p. 531⁸);

5.4 - Ed infatti, "sebbene i giudici siano chiamati a pronunciarsi sull'escussione della garanzia spesso con provvedimenti di urgenza, e quindi con cognizione sommaria, la delibazione del *fumus boni iuris* dell'istante (garante o debitore-ordinante) non può prescindere da prove liquide prima facie sicure [che sono da identificare in] prove precostituite, cioè – in definitiva – documentali, di sicura e immediata interpretazione" (MASTROPAOLO-CALDERALE, *I contratti di garanzia*, Tomo I, Torino, 2006, pagg. 620-621). Tali prove liquide sono in particolare da identificare in documenti pubblici, di natura giudiziaria, ovvero provenienti dallo stesso beneficiario.⁹

* * *

5.5 – Sulla base di questi principi, la giurisprudenza ha quasi sempre rigettato i ricorsi di inibitoria. Ad esempio, in un caso di compravendita internazionale di merce, esisteva una contestazione dell'acquirente il quale sosteneva che vi era "*un inadempimento contrattuale relativo alla fornitura di tondini di ferro presentanti caratteristiche tecniche diverse rispetto a quelle specificamente pattuite*" (Pretura Milano, 17 novembre 1980, *Banca borsa titoli di credito*, 1982, parte II, pag. 179): il giudice ha rigettato il ricorso per bloccare il

pagamento di un *performance bond*, posto che la semplice esistenza di una contestazione fra le parti circa il corretto adempimento del rapporto principale garantito, esclude che l'escussione della garanzia possa qualificarsi dolosa o fraudolenta¹⁰.

* * *

VI - INESISTENZA, NEL CASO DI SPECIE, DEL FUMUS BONI IURIS

6.1 - E' sufficiente ora confrontare i principi sopra esaminati con il caso concreto per concludere, senza alcun dubbio, che, nel caso di specie, non esiste alcuna escussione fraudolenta:

(i) il testo delle Garanzie prevede molto semplicemente che paghi sulla base di una richiesta scritta di che contenga: - la dichiarazione di che "ha violato una delle obbligazioni" (con il riferimento dell'obbligazione ritenuta violata) sulla base del Contratto, ovvero che "i pagamenti anticipati divengano restituibili sulla base del Contratto"; con la indicazione precisa dell'ammontare del pagamento anticipato. La lettera di escussione in data 31 maggio 2013 di è conforme alle condizioni della Garanzia. Infatti:

- la lettera richiama l'art. 14.1 ("*Messa in circolazione*"), l'art. 3.1 ("*Messa in funzione delle Unità*") e l'art. 6 ("*Termini di consegna*") e cioè alcune violazioni delle obbligazioni di cui al Contratto di Acquisto;

- la lettera richiama altresì l'art. 13.1 (f) che riguarda in modo specifico un'ipotesi di risoluzione del Contratto di Acquisto a seguito del mancato adempimento degli obblighi da parte di nel periodo di tre mesi eventualmente concesso, che parimenti rende restituibili i pagamenti anticipati (cfr. lettera 24 gennaio 2013 e lettera 3 giugno 2013, avv. docc. 13 e 12);

(ii) non ha prodotto prove sicure della malafede di nell'escussione; al contrario è la stessa che nel proprio ricorso ha dato atto dell'esistenza di difetti

sui treni e che addirittura l'operatore ha sospeso "temporaneamente il servizio commerciale dei treni W250 al fine di evitare ulteriori danni ad altri rotabili"....e allo stesso modo "l'Agenzia Nazionale per la Sicurezza SSICF/DVIS si determinava, a sua volta, a prendere posizione nei confronti dell'operatore, interdicendo in via prudenziale l'esercizio commerciale dei treni in attesa degli interventi atti a scongiurare il ripetersi del Sinistro" (avv. ricorso pag. 5); allo stato, dunque, per ammissione della stessa, i treni non sono utilizzabili;

(iii) - che come già sopra detto (cfr. retro pgf. 1.8) non si costituita nel Procedimento - in questa sede si è limitata a produrre, oltre ai contratti, delle semplici lettere che contrariamente a quanto ritiene la ricorrente, sono invece la prova evidente che tra e vi siano da tempo contestazioni sul Contratto di Acquisto, tali da legittimare pienamente l'escussione delle Garanzie; è sufficiente vedere di nuovo in particolare la lettera 24 gennaio 2013 inviata da ad (avv. doc. 13), la risposta di con lettera in data 30 gennaio 2013 (avv. doc. 6), e la successiva lettera del 3 giugno 2013 da ad (avv. doc. 12) ¹¹;

(iv) la stessa nel suo ricorso ha dato atto quindi dell'esistenza di una genuina lite tra acquirente e compratore che coinvolge il merito della controversia e cioè se effettivamente i treni presentano dei difetti, se responsabile di tali difetti debba essere ; tanto che già un procedimento preliminare sul merito è stato oggetto di un primo provvedimento del giudice olandese (cfr. retro pgf. 1.11);

(v) infine come già segnalato, il giudice olandese ha, in primo luogo dato atto di essere il giudice competente e, in secondo luogo, ha ordinato a di pagare le Garanzie, riconoscendo quindi che l'escussione non è fraudolenta.

* * *

VII - INESISTENZA DEL PERICULUM IN MORA

7.1 - Per completezza, segnala anche a questo Tribunale l'inesistenza anche del requisito del *periculum in mora*. Come detto, cita una sentenza in forza della quale il *periculum* consisterebbe nel fatto che il beneficiario delle Garanzie risiede all'estero: sicché, di fatto, troverebbe difficoltà a recuperare l'importo delle Garanzie medesime nei confronti della società. Aggiunge ancora che l'escussione impedirebbe ad di partecipare a successive gare con grave danno.

In realtà, e con tutto rispetto, il requisito del *periculum in mora* è totalmente inesistente.

7.2 - Anzitutto, e come considerazione di carattere generale, è bene ricordare che è stata la stessa a scegliere, quale sua controparte contrattuale, una società estera; è stata inoltre la stessa a scegliere la legge sostanziale e la giurisdizione del giudice

Ebbene, quale paese scelto dalle parti per la giurisdizione e la legge applicabile alle Garanzie ed al Contratto di Acquisto, è - diciamo delle cose scontate - un paese dell'Unione Europea. Un documento della IFC - *International Finance Corporation*, agenzia della *The World Bank*, ha elaborato una tabella con le classifiche relative a tutti i paesi del mondo sui tempi delle procedure giudiziarie e di recupero del credito. Come potrà rilevare questo Tribunale alla voce "*enforcing contracts*", questi sono i dati relativi all' e all'Italia:

- l' è al **32° posto nel mondo**, con un periodo medio per un procedimento giudiziario di 514 giorni;

- l'Italia si colloca invece al **160° posto...** con un periodo medio del recupero del credito di 1210 giorni (doc. n. 4 - IFC, *The World Bank - Doing Business Report 2013*)¹².

Dunque è chiaro che può tranquillamente fare affidamento su un paese in cui la giustizia è amministrata molto velocemente e, d'altra parte, è una società pubblica con un'importante patrimonializzazione (circa Euro 3,4 miliardi).

7.3 - Sotto altro profilo, è vero che la giurisprudenza talvolta ha identificato il *periculum* nelle notevoli difficoltà a cui si andrebbe incontro per recuperare la somma escussa qualora "*eventuali procedure esecutive siano da condursi in un paese afflitto da gravi problemi di sicurezza interna e ordine pubblico*" (Trib. Modena, 24 marzo 1998, *Giur. It.* 1999, pag. 50); ma tali paesi sono stati identificati nell'Algeria ... piuttosto che in Iraq, dove addirittura era in corso la guerra (Pret. Massa 4 aprile 1991, *Foro It.* 1991, pag. 2922), in Iran dove di nuovo era in corso un grave conflitto e addirittura il macchinario oggetto di fornitura era stato distrutto dalle bombe (Trib. Milano, 3 maggio 1984 e 20 ottobre 1983, *Banca Borsa* 1985, pag. 93).

Un paragone con e è francamente irriverente.

* * *

VIII - OPPORTUNITÀ DELLA REVOCA DEL PROVVEDIMENTO DI INIBITORIA

8.1 - Ferma tutto quanto sopra, rileva anche che un provvedimento di questo Tribunale che confermi l'inibitoria al pagamento delle Garanzie, sarebbe in palese ed evidente contrasto con il provvedimento del giudice che ha, come già detto, concesso invece l'ingiunzione di pagamento a . Questa situazione - come può agevolmente rilevare questo Illustre Tribunale - porrebbe in un'assurda ed inaccettabile posizione di conflitto, con un danno per la stessa banca. Infatti, qualsiasi strada dovesse scegliere - e cioè eseguire il provvedimento del giudice olandese o, al contrario, eseguire il provvedimento del giudice italiano - violerebbe pur sempre un provvedimento di un giudice.

8.2 - Sotto altro profilo, in tale situazione potrebbe essere comunque esposta ad una azione di danni dall'una o dall'altra parte (anche se ritiene comunque una tale eventuale azione di danni non fondata):

(i) se esegue il provvedimento del giudice olandese, potrebbe ritenere che non ha diritto alla rivalsa nei suoi confronti, laddove ha violato il provvedimento di un giudice italiano. In aggiunta, potrebbe trovarsi in difficoltà nel recuperare parte della somma, di cui alle Garanzie, nei confronti delle altre banche che hanno costituito un consorzio con la stessa per l'emissione delle Garanzie a favore di

(ii) se invece esegue il provvedimento del giudice italiano, e quindi non paga le Garanzie, certamente darebbe esecuzione al provvedimento già emesso dal giudice, aggredendo gli stessi beni di con un enorme e irreparabile danno non solo di immagine per la stessa, soprattutto in dove ha la sede principale dei suoi affari.

8.3 - In ragione di queste osservazioni confida che questo Tribunale voglia dunque revocare il precedente provvedimento e rigettare comunque la richiesta di

* * *

Una finale osservazione. Come detto, il provvedimento del giudice olandese ordina ad di pagare le Garanzie entro due giorni dalla notifica del provvedimento medesimo; ha anche appreso che sta notificando il provvedimento sicché il termine per il pagamento potrebbe essere venerdì 5 luglio. Se non paga, certamente subirà un'esecuzione sulle proprie attività.

In ragione di questa tempistica estremamente ristretta, chiede rispettosamente a questo Tribunale di pronunciarsi nel più breve tempo possibile sicché - in caso di revoca del provvedimento di inibitoria - eviterà di trovarsi di fronte a due provvedimenti contrastanti.

Tutto ciò premesso, rappresentata e difesa, formula le seguenti

come in epigrafe

CONCLUSIONI

voglia l'Illustre Tribunale, respinta ogni contraria istanza e richiesta:

- **revocare in via immediata** il decreto emesso in data 12 giugno 2013 con cui si è ordinato a _____ di non pagare le garanzie prestate a favore della società descritte nel ricorso della ricorrente _____ a pagina 27 del ricorso;

- **rigettare** in via definitiva il ricorso di _____ per difetto di giurisdizione del Giudice Italiano e perché, infondato nel merito, con condanna di _____ alla integrale rifusione delle spese di giudizio

Con vittoria di spese ed onorari.

* * *

Con ogni più ampia riserva di argomentare, eccepire, precisare, articolare istanze istruttorie, anche con capitoli di prova per interpello e per testi, si producono i seguenti

DOCUMENTI:

A. Ricorso originale notificato _____ e provvedimenti;

1. Lettera da _____ ad _____ in data 14 giugno 2013;
2. Decisione Tribunale di _____ in data 3 luglio 2013 tra _____
3. Decisione Tribunale di _____ in data 3 luglio 2013 tra _____
4. IFC, The World Bank - Doing Business Report 2013.

* * *

CONTRIBUTO UNIFICATO: ai sensi e per gli effetti di cui al D.P.R. 115/2002 si dichiara che le domande formulate da ING non modificano lo scaglione di riferimento.

COMUNICAZIONI NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO: si dichiara di voler ricevere le comunicazioni di cui all'art. 136 cod. proc. civ. all'indirizzo PEC: _____ ed al numero di telefax _____

Milano, 4 luglio 2013

Avv. Massimo Graco



Avv. Chiara Familiari

