

GIORNATE DI STUDIO DEGLI AFFARI GIURIDICI
DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER ENERGIA RETI AMBIENTE

OTTAVA GIORNATA – FORME DI GARANZIA NEL DIRITTO DELL'ENERGIA
MILANO, 14 MAGGIO 2018

Renato Rordorf
GARANZIA E RATING
appunti

SOMMARIO: *Premessa – Diversità delle figure di garanzia – Garanzia in senso stretto – Il rating.*

Premessa

- Garanzia è termine alquanto vago con cui si indicano fattispecie non omogenee: in diritto civile designa molte figure accomunate dallo scopo di assicurare (o almeno rendere più probabile) il soddisfacimento di un'aspettativa giuridicamente rilevante.
- La difficoltà di un inquadramento sistematico dipende anche dal sovrapporsi di istituti storicamente sviluppatisi in epoche diverse ed almeno in parte oggi forse divenuti inattuali, onde si vanno manifestando iniziative di riforma sistematiche quale quella recentemente promossa dall'Associazione dei civilisti italiani, che vi ha destinato un apposito gruppo di lavoro.
- E' significativo che anche in Francia è stato da poco aggiunto un Libro – il quarto, , che parte dall'art. 2284 – al *Code civil*, dedicato appunto all'intera materia e intitolato “*Des sûretès*” (sia pure con innovazioni di non straordinaria portata).
- Nell'area delle garanzie personali è intervenuto anche il “progetto Drobniç” in tema di “*Personal Securities*”, all'interno di una ricerca sui “*Principles of European*

Law”, condotta dallo “*Study Group on a European Civil Code*”, che conferma l’opportunità di un radicale intervento legislativo riformatore volto a coniugare la pluralità delle figure giuridiche comportanti la co-obbligazione di diversi soggetti in veste di garanti e l’unitarietà della funzione di garanzia, nella prospettiva dell’armonizzazione europea.

- Forse, più che un istituto giuridico con caratteristiche proprie ben definite, la garanzia si avvia ad essere una funzione, al servizio della quale possono porsi figure giuridiche anche assai diverse.
- Funzione la cui importanza va crescendo in conseguenza della progressiva erosione del principio di responsabilità illimitata del debitore (art. 2740 c.c.).

Diversità delle figure di garanzia

- La garanzia per vizi o per evizione rafforza la posizione dell’acquirente consentendogli di rivalersi sul venditore quando si verificano eventi che deludono la sua legittima aspettativa di poter godere pienamente dell’utilità attesa dal bene acquistato.
- Analogamente la garanzia del *nomen verum* o del *nomen bonum* del credito ceduto, da parte del cedente, è destinata a soddisfare l’aspettativa del cessionario a conseguire l’utilità derivante dalla pattuita cessione del credito.
- La garanzia assicurativa soddisfa l’interesse dell’assicurato a non subire le conseguenze pregiudizievoli di un eventuale sinistro.
- Nelle obbligazioni, in generale, e specialmente in quelle pecuniarie è il patrimonio del debitore a costituire la garanzia fondamentale (detta generica) del soddisfacimento delle ragioni del creditore (art. 2740 c.c.).

- Ma la garanzia generica può essere rafforzata da speciali vincoli su singoli beni, sempre facenti parte del patrimonio dello stesso debitore, sui quali il creditore acquisisce un diritto di prelazione o di ritenzione (pegno, ipoteca, cauzione).
- Oppure può essere rafforzata da un terzo, che offre in garanzia dell'adempimento del debitore l'intero proprio patrimonio o singoli beni di esso (fideiussore, avallante, datore di pegno o di ipoteca).
- In questi casi – ed in quelli sorti nella pratica come varianti di quei modelli (contratto autonomo di garanzia, *patronage* forte, ecc.) – la costituzione della garanzia dà vita ad un rapporto distinto rispetto al rapporto obbligatorio principale.
- In molte situazioni la garanzia dell'adempimento del debitore opera come finalità pratica sottostante alla stipulazione di contratti aventi una causa tipica diversa (come nel caso della vendita a scopo di garanzia, oggi espressamente consentita dagli artt. 48-bis e 120-quinquiesdecies del tub nella forma del c.d. patto marciano).
- In estrema sintesi, può dirsi che la garanzia sia “*ogni mezzo apprestato dall'ordinamento giuridico per assicurare l'adempimento di un'obbligazione o il godimento di un diritto*” (Fragali, voce *Garanzia (dir. priv)* in *Enc. dir.* XVIII, p. 449).

Garanzia in senso stretto

- Questa è però un'accezione assai ampia del termine, come tale forse poco utile, perché finisce per abbracciare situazioni giuridiche troppo diverse tra loro (per esempio, si è parlato di funzione di garanzia a proposito dell'opera dell'attestatore della fattibilità del piano di concordato, che nulla ha a che fare con la funzione del fideiussore o con altre del genere).

- E' preferibile perciò riferirsi ad una definizione di garanzia in senso stretto (o di obbligazione di garanzia) connotata dall'assunzione da parte del garante di un vero e proprio obbligo giuridico (accessorio all'obbligazione principale o da questa autonomo) di assicurare la prestazione attesa dal creditore.
- La distinzione emerge chiara nelle lettere di *patronage*, che hanno funzione di vera garanzia solo quando contengono l'assunzione di un obbligo di adempimento a carico del *patronnant* (*patronage forte*), e sono inquadrare dalla giurisprudenza nell'ambito dei contratti con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.), ma viceversa implicano tutt'al più una responsabilità aquiliana per eventuale mendacio quando si limitano ad informare il creditore dell'esistenza di un rapporto di controllo col patrocinato e della situazione economico-finanziaria di quest'ultimo (*patronage debole*).

Il rating

- Il *rating* è definito dal regolamento europeo 1060/2009 (art. 3. c. 1, lett. a) come “*un parere*” relativo al merito creditizio di un debitore o di uno specifico strumento finanziario.
- Solo in senso lato assolve ad una funzione di garanzia, nella misura in cui la valutazione preventiva della solvibilità del debitore può dare una (relativa) sicurezza al creditore in ordine al corretto adempimento dell'obbligazione.
- Più che uno strumento di garanzia, è uno strumento di informazione a disposizione del creditore, o del potenziale creditore, al quale indica quanto sia affidabile la c.d. garanzia generica costituita dal patrimonio del debitore (o quale sia il grado di liquidabilità dello strumento finanziario).

- Non si genera un rapporto diretto tra l'agenzia di *rating* ed il creditore, il quale quindi potrà solo eventualmente esperire un'azione aquiliana di risarcimento del danno qualora un *rating* scorretto lo abbia indotto in errore e lo abbia pregiudicato.
- Appunto in quanto funzionale ad una corretta informazione sull'affidabilità del debitore o di un prodotto finanziario, il *rating* può essere richiesto da una qualche disposizione normativa come condizione per accedere ad un determinato mercato o ad una specifica forma di contrattazione.
- Per lo più ciò accade quando si voglia in tal modo proteggere la posizione di soggetti meno attrezzati (consumatori, risparmiatori *retail*, utenti di servizi pubblici, ecc.).
- Un simile meccanismo può essere però previsto anche per rafforzare la sicurezza dei servizi pubblici, e quindi a favore del prestatore del servizio, come nel caso dei Codici di rete che prevedono il *rating* come alternativa alla prestazione di garanzie fideiussorie o cauzionali da parte dell'utente del servizio di trasporto dell'energia elettrica.
- Sotto questo profilo si può parlare solo in senso lato di funzione di garanzia del *rating*, ma è ovvio che tale funzione presuppone specifici requisiti di professionalità ed indipendenza in capo a chi opera il *rating*, con l'inevitabile corredo di controlli ed eventuali sanzioni.
- In realtà più che una garanzia, il *rating* è un mezzo per cercare di dimostrare che l'utente è un debitore affidabile e quindi per esonerarlo dal prestare garanzie vere e proprie.

- Ovviamente il *rating* può avvantaggiare anche l'utente debitore, in quanto costituisce un mezzo più semplice ed economico rispetto alla prestazione di cauzioni o delle usuali garanzie bancarie o assicurative.
- Ma, come evidenziato anche nella deliberazione emessa nel 2015 dall'Autorità dell'Energia, protegge meno efficacemente l'interesse del creditore.
- Le vicende della recente crisi finanziaria hanno infatti dimostrato come non sempre il *rating* dia risultati sufficientemente affidabili.
- La minore efficacia del rating rispetto a forme di garanzia personale tradizionali si manifesta soprattutto in caso di eventuale sottoposizione del debitore a procedure concorsuali.
- Tali procedure di regola non pregiudicano la possibilità per il creditore di agire nei confronti del terzo garante, mentre nessun reale beneficio il creditore avrebbe in tal caso dal *rating* (salvo l'eventuale, ma ben più problematica, azione aquiliana per danni).
- In base a tali considerazioni, non sembra irragionevole la previsione secondo cui il ricorso al *rating* in luogo di altre più stringenti forme di garanzia si giustifica solo se il *rating* provenga da soggetti particolarmente qualificati e vigilati (come da regolamento europeo cit.).
- Né sembra irragionevole l'ulteriore previsione che, in determinate situazioni, eventualmente integri il ricorso al *rating* con altre forme di garanzia più efficaci di natura mutualistica.

R.R