

Civile Ord. Sez. 6 Num. 8822 Anno 2021
Presidente: CIRILLO FRANCESCO MARIA
Relatore: PELLECCIA ANTONELLA
Data pubblicazione: 31/03/2021

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al nr. 2415-2020 proposto da:

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA BENEDETTO CAIROLI, 6, presso lo studio dell'avvocato LUCA DI DONNA, che la rappresenta e difende;

- *ricorrente* -

contro

MITSUBISHI UFJ INVESTOR SERVICES & BANKING LUXEMBOURG SA, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA VENTI SETTEMBRE, 1, presso lo studio dell'avvocato LUIGI CASCONI, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati GIUSEPPE DE FALCO, CARMELITA RIZZA;

- *resistente* -

contro

h

BRAESH ANTHONY, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA DI SPAGNA, 15, presso lo studio dell'avvocato CARLO SANTORO, che lo rappresenta e difende;

- resistente -

contro

JP MORGAN SECURITIES PLC, JPMORGAN CHASE BANK NA LONDON BRANCH, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA DELLE QUATTRO FONTANE, 20, presso lo studio GIANNI, ORIGONI, GRIPPO, CAPPELLI & PARTNERS, rappresentate e difese dagli avvocati MARCO ZACCAGNINI, PAOLO GNIGNAT;

- resistenti -

nonchè contro

OBBLIGAZIONISTI DETENTORI DEI TITOLI "FLOATING RATE EQUITY-LINKED SUBORDINATED HYBRID - FRESCH, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliati in ROMA, PIAZZA DI SPAGNA 15, presso lo studio dell'avvocato CARLO SANTORO, che li rappresenta e difende;

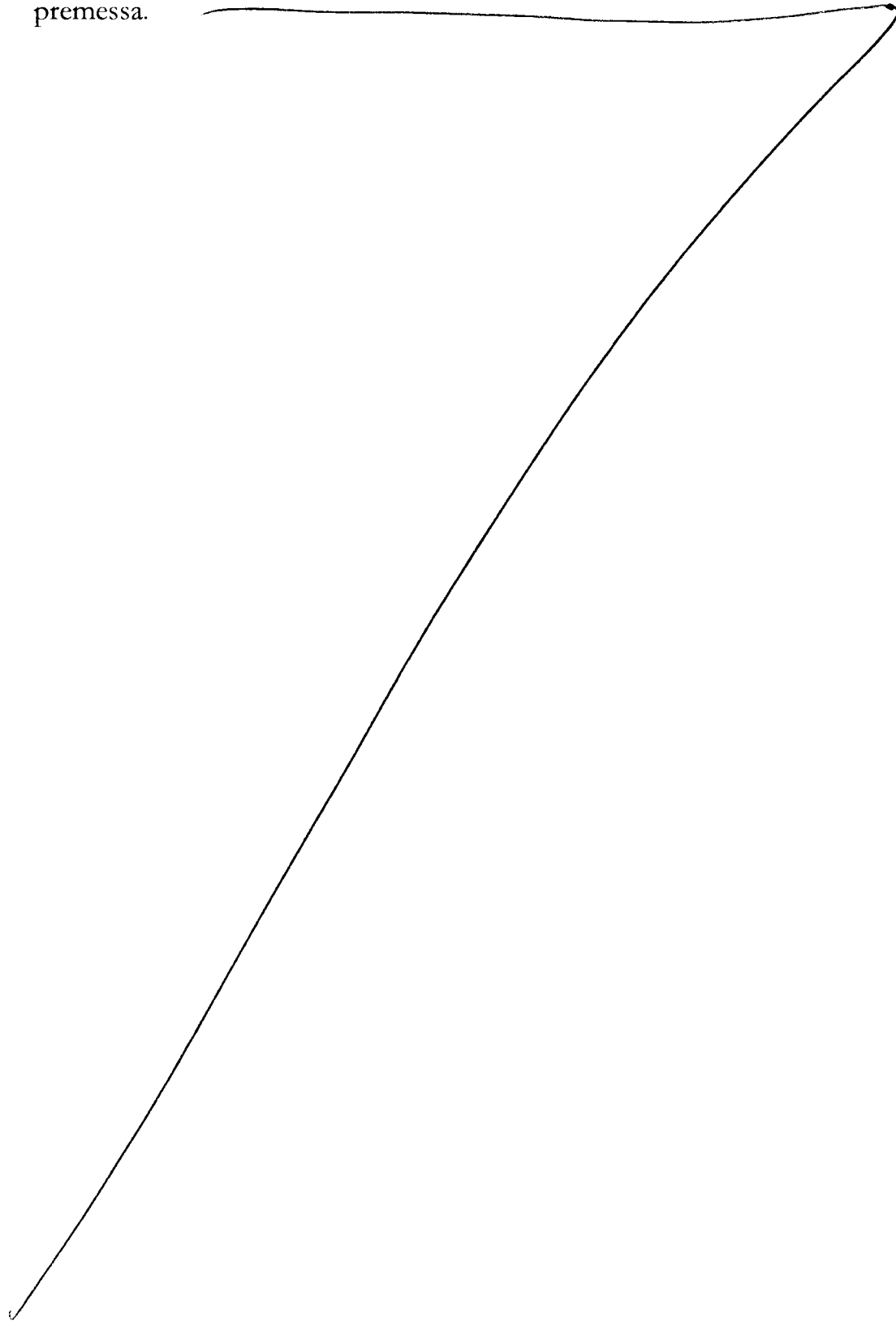
- resistenti

per regolamento di competenza avverso l'ordinanza del TRIBUNALE di MILANO, depositata il 02/12/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 10/12/2020 dal Consigliere Relatore Dott. ANTONELLA PELLECCIA;

lette le conclusioni scritte del PUBBLICO MINISTERO in persona del SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE DOTT.

CARMELO SGROI che visto l'art. 42 segg. cpc chiede che la Corte di Cassazione in camera di consiglio, rigetti il ricorso indicato in premessa.



u
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

FATTI DI CAUSA

1. Il presente regolamento di competenza trae origine da una complessa operazione finanziaria di aumento di capitale effettuata, nel 2008, da BMPS e finalizzata all'acquisizione di Banca Antonveneta. Tale operazione è stata denominata "Operazione Fresh 2008".

Le parti delle complesse operazioni negoziali sono state: la Banca Monte dei Paschi ("BMPS" o la "Banca"), J.P. Morgan Securities PLC ("JPM"), anche in qualità di agente di J.P. Morgan Chase Bank N.A. London Branch ("JPM Chase"), Mitsubishi UFJ Investor Service & Banking ("MUFJ") e gli obbligazionisti detentori delle c.d. Note Fresh, rappresentati da Antony Braesh (gli "Obbligazionisti Fresh").

1.1. Operazione Fresh 2008.

Nell'aprile 2008, BMPS ha disposto un aumento di capitale per circa 950 milioni, riservato a JPM.

JPM ha sottoscritto le azioni di nuova emissione (le "Azioni Fresh") e, a fronte di un canone periodico, le ha concesse in usufrutto a BMPS, in forza di un contratto concluso con quest'ultima (di seguito, "Contratto di usufrutto").

BMPS e JPM (in qualità di agente di JPM Chase) hanno poi sottoscritto un contratto di *swap* (il "*Company Swap Agreement*"), che prevedeva, a carico di BMPS, obblighi di pagamento nei confronti di JPM Chase equivalenti a quelli dovuti ai sensi del Contratto di usufrutto anche nel caso di cessazione anticipata o scadenza naturale del medesimo Contratto.

Per consentire a JPM di finanziare la sottoscrizione delle Azioni Fresh, la BANK of NEW YORK (Luxemburg) S.A. ("BoNY"), cui sarebbe poi subentrata MUFJ, ha emesso, su base fiduciaria, ai sensi della legge lussemburghese, strumenti finanziari per il complessivo importo di un

miliardo di euro, denominati *Floating Rate Equity-linked Subordinated Hybrid* (“Note Fresh”).

Il ricavato del collocamento delle Note Fresh è stato trasferito a JPM. a fronte dell’impegno di quest’ultima a corrispondere a BoNY ogni importo che le fosse stato pagato da BMPS. Con tale ricavato, JPM ha finanziato la sottoscrizione dell’aumento di capitale di BMPS.

L’“Operazione Fresh 2008” è, quindi, composta da una pluralità di atti negoziali:

a) Contratto di usufrutto (16 aprile 2008) tra JPM e BMPS, ai sensi del quale JPM ha concesso a BMPS un diritto di usufrutto sulle azioni emesse dalla stessa BMPS nell’ambito dell’aumento di capitale (l’art. 10 di tale contratto devolve le relative controversie al Tribunale Milano).

b) Swap Agreement (16 aprile 2008), concluso tra JPM e l’emittente fiduciario (originariamente BoNY, oggi MUFJ) per trasferire il ricavato del collocamento delle Note Fresh a JPM.

c) Company Swap Agreement (16 agosto 2008) tra JPM, quale agente di JPM Chase, e BMPS, che prevede, a carico della Banca, obblighi di pagamento nei confronti di JPM Chase di importi equivalenti a quelli stabiliti dal Contratto di usufrutto anche nel caso di cessazione anticipata o scadenza naturale del medesimo Contratto.

c) Negoziario Fiduciario tra MUFJ (emittente) e gli Obbligazionisti detentori delle Note Fresh, disciplinato dalla legge lussemburghese sul Trust e dal regolamento di emissione delle stesse Note Fresh (“*Terms and Conditions*”).

Le Note Fresh sono titoli convertibili – al ricorrere di determinate circostanze – in azioni di BMPS, il cui rendimento è condizionato e corrispondente agli importi che la stessa BMPS dovrà corrispondere a JPM o JPM Chase in base al Contratto di usufrutto (o al *Company Swap Agreement*) con la conseguenza che, in mancanza di pagamenti di BMPS in

favore di JPM o JPM Chase, nessun importo sarà dovuto ai detentori delle Note Fresh.

L'art. 20 del regolamento di emissione devolve le controversie nei confronti dell'emittente alla giurisdizione esclusiva del giudice del Lussemburgo.

L'Operazione Fresh 2008, negli anni successivi, è stata più volte parzialmente ristrutturata, da ultimo nel 2012.

1.2. La crisi di MPS.

Nel 2016 la Banca Centrale Europea ha effettuato uno *stress test* su MPS con risultato negativo, in quanto è stata accertata una carenza di capitale di circa 8,8 miliardi.

A seguito del verificarsi di tale situazione, è stato emanato il D.L. 23 dicembre 2016, n. 237, convertito con modifiche nella legge 17 febbraio 2017, n. 15, che ha regolato, fra l'altro, la disciplina in materia di ricapitalizzazione precauzionale degli istituti di credito (art. 18 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180).

Lo strumento della ricapitalizzazione precauzionale è, in sostanza, un sostegno finanziario pubblico straordinario, subordinato all'esigenza di un rafforzamento patrimoniale di una banca, per far fronte a carenze di capitale evidenziate nell'ambito di prove di c.d. *stress test*.

Trattandosi di contributi versati dallo Stato, tale strumento è sottoposto, tra l'altro, alla normativa europea in materia di aiuti di Stato e, in particolare, al principio del c.d. *burden sharing*.

Detto principio prevede, nel caso di aiuti erogati a favore di enti creditizi, che la banca e i detentori di strumenti finanziari computabili nel c.d. patrimonio di vigilanza della banca stessa (*in primis*, gli azionisti) contribuiscano nella misura maggiore possibile alla ristrutturazione

mediante le proprie risorse, in modo tale che gli aiuti di Stato, a carico della fiscalità collettiva, siano limitati al minimo necessario.

1.3. La Posizione di BMPS nell'ambito della ricapitalizzazione precauzionale.

Il MEF, in attuazione degli artt. 18 e 22 del d.l. n. 237 del 2016, e previa approvazione da parte della Commissione Europea del piano di risanamento presentato dalla Banca, ha emanato due decreti (27 luglio 2017): il primo, avente ad oggetto la disciplina della condivisione degli oneri tra azionisti e creditori di BMPS nell'ambito della ricapitalizzazione precauzionale, in applicazione del principio del *burden sharing*; il secondo, che ha disposto l'intervento dello Stato nella ricapitalizzazione precauzionale, ossia l'aumento di capitale di BMPS a servizio della sottoscrizione da parte del MEF.

Nell'ordinanza oggetto del presente regolamento di competenza, il Tribunale di Milano rileva, in premessa, che, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 237 cit. e dei due decreti del MEF, la Banca ha sostenuto che tali modifiche normative avrebbero comportato *«l'inefficacia delle clausole del contratto di usufrutto e del Company swap agreement che prevedono obblighi di pagamento da parte di BMPS in favore di JPM e JPM Chase, con ricadute sull'intera fattispecie contrattuale»*.

Inoltre, sempre secondo la tesi della Banca, in conseguenza di talune azioni previste nel piano di risanamento presentato alla Commissione, si sarebbe verificata la riduzione dei coefficienti di capitale di BMPS al di sotto di quelli minimi previsti dal Regolamento (UE) n. 575/2013 (c.d. Regolamento CRR). Tale circostanza costituirebbe un *Capital Deficiency Event* che, a norma del Contratto di usufrutto (art. 5.2, par. 3) e del *Company Swap Agreement* (art. 4.1), comporterebbe l'automatica conversione delle Note Fresh in azioni - e quindi, a carico di JPM Chase, l'obbligo di corrispondere a BMPS il premio di conversione, pari ad euro

49.930.326,76 (ovvero la differenza tra l'importo risultante dal collocamento delle Note Fresh, pari ad 1 miliardo di euro, e l'ammontare versato da JPM a BMPS per la sottoscrizione delle Azioni Fresh, dell'importo di 950 milioni circa).

In forza di tali premesse, BMPS, con lettera del 20 ottobre 2017, aveva comunicato a JPM e JPM Chase la sopravvenuta inefficacia delle clausole del Contratto di usufrutto e del *Company Swap Agreement* contenenti obbligazioni di pagamento per BMPS. La Banca predispose, inoltre, un prospetto informativo per l'ammissione alla quotazione delle sue nuove azioni, derivanti dalla conversione delle Note Fresh e dall'aumento di capitale riservato al MEF, dichiarando di poter invocare la caducazione dei contratti relativi alle Note Fresh.

1.4. Il giudizio introdotto dagli Obbligazionisti Fresh in Lussemburgo

A fronte di ciò, gli Obbligazionisti Fresh, con atto notificato il 15 novembre 2017, hanno convenuto in giudizio BMPS, JPM, JPM Chase e MUFJ davanti al Tribunale distrettuale del Lussemburgo perché fosse accertata la perdurante validità ed efficacia di tutti i contratti sottoscritti in relazione all'Operazione Fresh 2008, sul rilievo che ad essi non si applicherebbe l'art. 22, comma 4, del citato d.l. n. 237 del 2016.

Sulla base di tale premessa, gli attori hanno chiesto al giudice lussemburghese di dichiarare che i contratti relativi all'Operazione Fresh 2008 non sono inefficaci, che le Note Fresh non si sono convertite e che nessun *Capital Deficiency Event* era stato validamente comunicato da BMPS, con conseguente accertamento che BMPS non avrebbe diritto di ottenere il pagamento della somma di euro 49.930.326,76 da parte di JPM in danno degli Obbligazionisti.

Nel giudizio così introdotto si è costituita la Banca eccependo, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del giudice lussemburghese e chiedendo, nel merito, il rigetto della domanda.

1.5. Il giudizio introdotto da BMPS in Italia (Milano).

Successivamente, con atto notificato in data 19 aprile 2018, BMPS ha convenuto in giudizio, davanti al Tribunale di Milano, JPM, JPM Chase, MUFJ e gli Obbligazionisti Fresh, chiedendo:

1) di accertare e dichiarare, in via pregiudiziale, la giurisdizione italiana e la competenza esclusiva del Tribunale di Milano a giudicare della controversia, in forza della clausola di proroga della giurisdizione di cui all'art. 10.2 del contratto di usufrutto, nonché degli artt. 25 e 31, par. 2, del Regolamento UE n. 1215/2012;

2) di accertare e dichiarare l'intervenuta inefficacia, ai sensi dell'art. 22, comma 4, del d.l. n. 237 del 2016, delle clausole del Contratto di usufrutto e del *Company Swap Agreement*, che prevedevano obblighi di pagamento in capo a BMPS;

3) di dichiarare l'intervenuta inefficacia, ovvero la risoluzione, ovvero l'estinzione del suindicato Contratto di usufrutto; ovvero, in ulteriore subordine, che il Contratto di usufrutto si era risolto in ragione del *Capital Deficiency Event* verificatosi il 30 giugno 2017.

Nel giudizio si sono costituiti tutti i convenuti, chiedendo in via pregiudiziale la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice italiano, nonché il riconoscimento dell'esistenza di una situazione di litispendenza o di connessione ai sensi degli artt. 29 e 30 del Regolamento UE n. 1215/2012, con conseguente obbligo, o facoltà, di sospendere il giudizio in attesa della definizione della causa promossa in precedenza davanti al Tribunale del Lussemburgo.

2. L'ordinanza di sospensione emessa dal Tribunale di Milano.

Con ordinanza n. 2598 del 2 dicembre 2019, il Tribunale di Milano ha sospeso il processo introdotto da BMPS il 19 aprile 2018 sino alla definitiva decisione che il Tribunale distrettuale del Lussemburgo adotterà in materia di competenza giurisdizionale nella causa pendente avanti a sé.

A tale conclusione il Tribunale è pervenuto sulla base delle seguenti considerazioni.

Ha rilevato quel Giudice, innanzitutto, che, poiché nessuno dei convenuti ha sede in Italia né ha accettato la giurisdizione italiana, occorreva far riferimento alle norme del citato Regolamento europeo n. 1215/2012, fra le quali, in particolare, gli artt. 25, 29, 30 e 31.

Richiamati il contenuto di queste ultime disposizioni e i principi indicati dall'ordinanza 13 maggio 2019, n. 12638, delle Sezioni Unite di questa Corte, il Tribunale ha evidenziato l'inestricabile connessione, soggettiva ed oggettiva, di tutte le diverse articolazioni negoziali della complessa operazione economico-finanziaria.

Ad avviso del Tribunale, ciascuno degli atti negoziali dell'operazione ne presuppone il precedente e costituisce a sua volta il necessario antecedente di quello successivo.

Di conseguenza, la cognizione della vicenda non potrebbe che essere unitaria, come confermato dal fatto che sia gli Obbligazionisti Fresh sia BMPS hanno avvertito la necessità di evocare in giudizio tutte le parti di tutti i contratti in questione, e che le domande sono tra loro *“uguali e contrarie”*, in quanto basate su interpretazioni radicalmente opposte degli effetti, sulla complessiva Operazione Fresh 2008, delle disposizioni adottate con il d.l. n. 237 del 2016.

In mancanza di una trattazione unitaria, secondo il Tribunale, si correrebbe un inammissibile rischio di giudicati contrastanti.

Quanto al rispettivo richiamo alla clausola di proroga della giurisdizione (da parte degli Obbligazionisti Fresh a quella in favore del giudice lussemburghese, contenuta nell'art. 20 dei *Terms and Conditions* delle Note Fresh; da parte di BMPS a quella in favore del Tribunale di Milano, contenuta nell'art. 10 del Contratto di usufrutto), il Tribunale ha rilevato che esso costituisce logica conseguenza dei testi contrattuali posti dalle parti a fondamento delle rispettive domande giudiziali e non consente di scindere artificiosamente gli effetti dei due contratti.

Sulla base di tali argomentazioni, il Tribunale ha affermato che il carattere unitario dell'operazione finanziaria Fresh 2008 «*conduce a ritenere esistente una situazione, se non di litispendenza nell'accezione fatta propria dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, quantomeno di inscindibile connessione soggettiva ed oggettiva*» fra i due giudizi pendenti.

A fronte del contrasto tra le clausole di proroga della giurisdizione invocate, in mancanza di un giudice europeo sovranazionale abilitato a selezionare quale delle clausole di proroga debba prevalere, secondo il Tribunale l'unica risposta possibile al fine di assicurare effettività al principio del *ne bis in idem* europeo sarebbe quella della loro reciproca neutralizzazione, con conseguente riespansione del criterio originario della prevenzione, e con conseguente attribuzione al giudice preventivamente adito della decisione sulla competenza giurisdizionale.

In conclusione, il Tribunale di Milano ha disposto la sospensione del giudizio pendente dinanzi a sé, sull'assorbente rilievo della sua posteriorità cronologica rispetto al giudizio «*uguale e contrario*» introdotto in Lussemburgo dagli Obbligazionisti Fresh, precisando che tale decisione neppure postula una definitiva scelta fra la litispendenza o la connessione gradatamente eccepita dei convenuti, posto che, anche a voler ritenere soltanto connesse le cause simultaneamente pendenti avanti al Tribunale distrettuale del Lussemburgo e avanti al Tribunale italiano, si tratta

comunque «di una connessione così stretta da risultare sostanzialmente inscindibile e tale da imporre comunque l'esercizio del potere discrezionale di sospensione attribuito al giudice posteriormente adito dall'art. 30.1 del Regolamento n. 1215/2012».

3. Avverso tale pronuncia la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. propone regolamento di competenza sulla base di tre motivi.

Resistono con separate memorie difensive J.P. Morgan Securities PLC, JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch, Mitsubishi UFJ Investor Services & Banking S.A. e Anthony Braesh, nella sua qualità di rappresentante degli Obbligazionisti detentori dei titoli *Floating Rate Equity-linked Subordinated Hybrid- F.R.E.S.H.*

Tutte le parti hanno depositato memoria.

4. Il Procuratore Generale ha presentato conclusioni per iscritto, chiedendo che il ricorso sia rigettato, con conferma del provvedimento di sospensione.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. **Con il primo motivo**, la società ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art 360, co.1, n. 3, c.p.c., dell'art 295 c.p.c. per aver il Tribunale di Milano disposto la sospensione del processo in mancanza del rapporto di pregiudizialità del giudizio lussemburghese rispetto a quello italiano.

Avrebbe errato il Tribunale di Milano nel disporre la sospensione del processo perché il rapporto giuridico sotteso alle due controversie sarebbe distinto: nel caso del giudizio italiano, quello derivante dal contratto di usufrutto; nel caso del giudizio lussemburghese quello scaturente da titoli diversi da quest'ultimo.

Secondo la Banca ricorrente, l'azione introdotta dinanzi al Tribunale lussemburghese differisce nettamente da quella che radica la competenza dei giudici italiani, essendo fondata su titoli nettamente diversi: gli accordi

The Bonds, The Swap Agreement, The Company Swap Agreement and the Fiduciary Contract, nel caso lussemburghese, il Contratto di Usufrutto, nel giudizio italiano.

Tale tesi sarebbe confermata dal fatto che i *Terms and Conditions of the Bonds* riportano in calce due clausole diverse di giurisdizione, con le quali la decisione relativa al Contratto di Usufrutto viene rimessa al Tribunale di Milano, mentre la decisione sugli altri accordi («*The Bonds, The Swap Agreement, The Company Swap Agreement and the Fiduciary Contract*») viene rimessa al giudice lussemburghese.

Ed invero, sempre secondo la tesi di BMPS, se si dovesse individuare un giudizio pregiudicante rispetto all'altro, sarebbe quello italiano a rivestire tale carattere, con la conseguenza che dovrebbe essere sospeso il giudizio lussemburghese.

Pertanto, considerato che le domande proposte dalla ricorrente hanno ad oggetto esclusivamente il Contratto di usufrutto, in forza della clausola di proroga della giurisdizione contenuta nel predetto contratto, l'unico giudice competente sarebbe il Tribunale di Milano.

Tale tesi troverebbe conferma anche interpretando letteralmente la clausola di proroga della giurisdizione contenuta dal Contratto di usufrutto, la quale evidenzerebbe la scelta delle parti di optare per la giurisdizione italiana in relazione ad ogni controversia non solo 'derivante' dal Contratto di usufrutto, ma anche 'relativa' ad esso. Anche alla luce della giurisprudenza delle Sezione Unite di questa Corte, l'utilizzo di tale formula equivale ad assumere come oggetto di regolamentazione tutte le controversie che in qualsiasi modo abbiano a che fare con il contratto inteso tanto come fatto storico (in senso statico) quanto come fattispecie programmatica, quanto ancora come rapporto dinamico (destinato, cioè, a produrre, oltre all'effetto negoziale, gli effetti "finali" suoi propri), questo essendo il senso dell'inerenza (Cass. S.U. n. 24906 del 25 novembre 2011).

g

Nel caso di specie, il Contratto di usufrutto stipulato tra BMPS e JPM ha per oggetto azioni emesse da BMPS, le quali in seguito hanno formato oggetto di un contratto di *swap* stipulato tra BMPS e JPM Chase, in cui è riportato il rinvio al contratto di Usufrutto per la determinazione e la fissazione delle modalità di esecuzione delle prestazioni *inter partes*. Pertanto, la clausola con la quale le parti hanno demandato al foro italiano, individuato come foro esclusivo, tutte le controversie ‘relative’ al contratto di usufrutto e non solo ‘derivanti’ dal predetto contratto, dovrebbe essere interpretata nel senso che, attraverso essa, le parti hanno attribuito la competenza giurisdizionale al giudice italiano anche per le controversie per le quali il contratto sia solo un fatto costitutivo della pretesa, sia pur collegato ad altri.

Del resto, nella stessa ordinanza impugnata il giudice di prime cure darebbe atto che non sussiste alcuna norma o disposizione di legge che preveda espressamente la sospensione per il caso in oggetto.

Pertanto, avrebbe errato il giudice del merito che, in assenza di una norma esplicita che preveda la sospensione di un rapporto certo ed ineludibile di pregiudizialità necessaria, ha sospeso il giudizio italiano solamente per la sua posteriorità cronologica rispetto a quello lussemburghese, e non in forza di una evidente pregiudizialità logico giuridica di quest’ultimo rispetto al primo.

2. Con il secondo motivo, la ricorrente denuncia la ‘carezza di motivazione in punto dei necessari presupposti per l’applicabilità dell’art. 295 c.p.c. in relazione dell’art 360 co. 1 n. 4 c.p.c..

Si duole del fatto che il Tribunale non avrebbe esplicitato in modo adeguato le ragioni della sospensione, ed in particolare perché la decisione del giudice lussemburghese fosse pregiudicante rispetto a quella italiana.

3. Con il terzo motivo, infine, parte ricorrente lamenta “l’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti *ex art 360, co. 1, n. 5 c.p.c.*”.

La decisione del Tribunale di Milano sarebbe viziata in quanto non ha svolto alcuna argomentazione in merito al collegamento negoziale unilaterale sussistente tra il Contratto di usufrutto, quale contratto principale a cui eventualmente sono subordinati tutti gli altri, e gli ulteriori contratti inerenti all’Operazione Fresh.

4. In limine litis, si osserva come il ricorso debba ritenersi ammissibile.

È ormai consolidato in giurisprudenza il principio di diritto secondo il quale, nelle ipotesi di litispendenza sia internazionale che comunitaria, in assenza di un giudice sovranazionale in grado di stabilire quale sia il giudice competente a conoscere della controversia, spetterà al giudice preventivamente adito il compito di decidere sulla giurisdizione, mentre a quello adito successivamente spetterà di verificare la sussistenza dei requisiti di identità soggettiva ed oggettiva integranti la litispendenza e, conseguentemente, sospendere il processo in attesa della pronuncia del giudice preventivamente adito (Cass. n. 12638 del 13 maggio 2019; Cass. n. 30877 del 22 dicembre 2017).

L’ordinanza che dispone la sospensione del secondo processo, dunque, si risolve nella verifica dei presupposti di natura processuale inerenti all’identità delle cause e alla pendenza del giudizio instaurato preventivamente, e non involge alcuna questione di giurisdizione, essendo quest’ultima riservata esclusivamente al giudice anteriormente adito. Ne consegue che avverso detto provvedimento potrà esperirsi non già il regolamento preventivo di giurisdizione, bensì il regolamento necessario di competenza *ex art 42 c.p.c.*

La riconducibilità dell’impugnabilità della sospensione per litispendenza internazionale o comunitaria nel paradigma dell’art. 42 c.p.c. è pienamente

in linea con quel filone interpretativo inteso ad ammettere il regolamento di competenza anche in ordine ad ipotesi di sospensione diverse da quelle disciplinate dall'art 295 c.p.c. (Cass. 11010 del 25 maggio 2005, in tema di sospensione del processo a seguito di ricusazione; Cass. 24103 del 10 novembre 2006, in tema di sospensione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo; Cass. n. 18090 del 4 agosto 2010 in ordine all'art. 313 c.p.c.).

Fuc

Deve quindi affermarsi, in ipotesi di litispendenza e/o di connessione, sia nella dimensione comunitaria (in origine *ex* Convenzione di Bruxelles del 1968, poi *ex* art. 27 del Reg. n. 44/2010, e -da ultimo- *ex* artt. 25 e 29 del Reg. (UE) 1215/2012), sia in quella internazionale (*ex* art. 7 L. 218/1995), l'ammissibilità del ricorso per regolamento necessario di competenza *ex* art. 42 c.p.c. avverso l'ordinanza di sospensione del processo.

5. Benché ammissibile, il ricorso è infondato in ciascuno dei tre profili di censura sollevati.

5.1. Il primo motivo di ricorso è infondato laddove si lamenta la violazione dell'art. 295 c.p.c., in quanto tale norma non è applicabile al caso concreto. Il Tribunale di Milano, infatti, ha disposto la sospensione del processo non già in forza della normativa interna in materia di sospensione, bensì in applicazione di quella comunitaria, ed in particolare degli artt. 29 e 30 del Regolamento UE n. 1215/2012, applicabili al caso di specie sia materialmente che temporalmente.

L'art. 29 regola le ipotesi di litispendenza, prescrivendo che qualora davanti alle autorità giurisdizionali di Stati Membri differenti e tra le medesime parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita ha l'obbligo di sospendere d'ufficio il procedimento fino a quando non venga accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

L'art. 30 disciplina le ipotesi di connessione ed attribuisce all'autorità giurisdizionale successivamente adita la facoltà di sospendere il processo.

Si tratta di una disciplina che, seppur condivide con quella interna *ex art* 295 c.p.c. l'obiettivo di evitare conflitti tra giudicati sul medesimo oggetto, è autonoma quanto a criteri logici e presupposti giuridici. Ed infatti, mentre la sospensione *ex art*. 295 c.p.c. si basa *sulla relazione di pregiudizialità*, senza richiedere l'identità delle cause, l'art 29 Reg. 1215/12 applica il criterio *della prevenzione temporale* ed assume, quale unico presupposto, una condizione di "identità delle cause".

La stessa nozione di litispendenza internazionale e comunitaria presenta connotati suoi propri e va quindi considerata secondo criteri autonomi, propri del giudice europeo.

In particolare, ai sensi della Convenzione di Bruxelles e dei successivi Regolamenti Europei del 2001 e del 2012, si ha *identità* quando due controversie pendenti tra le stesse parti "coincidano per titolo od oggetto", con ciò intendendosi non una mera sovrapposizione formale delle domande, ma un concreto contenuto coincidente quanto alla materia del contendere (CGUE 27.6.91 c-351/89).

La disciplina comunitaria ha l'obiettivo di realizzare il principio dell'uniformità degli effetti della decisione nazionale nello spazio giuridico europeo. Tale obiettivo risulterebbe vulnerato dall'esistenza di giudicati contrastanti, atteso che il riconoscimento di una decisione emessa da un altro Stato membro trova un limite nella circostanza che la decisione stessa sia incompatibile con una decisione emessa, tra le medesime parti, nello Stato membro ove il riconoscimento è richiesto (*cf.* art. 45 par. 1 lett. c) del Regolamento 1215/12).

In assenza di un giudice sovranazionale che regoli i possibili conflitti di giurisdizione, il rischio di formazione di giudicati tra loro incompatibili

viene evitato attraverso un'interpretazione del concetto di litispendenza più ampia rispetto alla normativa interna.

Ciò comporta che la disciplina della litispendenza si applica ogniqualvolta sussista un rischio di contrasti ostativi al riconoscimento, e quindi anche in fattispecie che nel diritto processuale italiano sarebbero governate dalle norme sulla continenza, anziché da quelle sulla litispendenza in senso stretto (cfr., tra le altre, CGUE 8.12.1987, C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik AG c. Giulio Palumbo; CGUE., 6.12.1994, C-406/92, The Owners of the Cargo Lately Laden on Board the Ship "Tatry" c. The Owners of the Ship "Maciej Ratraj"; CGUE, 27.2.2014, C1/13, Cartier).

Alla luce delle superiori considerazioni, non appare rilevante la circostanza, dedotta da BMPS, che i giudizi introdotti dinanzi ai due diversi giudici (quello italiano e quello lussemburghese) scaturissero da diversi segmenti contrattuali della complessa vicenda negoziale (nel primo caso, dal Contratto di usufrutto, nel secondo caso, dagli accordi *The Bonds, The Swap Agreement, The Company Swap Agreement and the Fiduciary Contract*).

Peraltro, la stessa ricorrente, nell'atto introduttivo del giudizio dinanzi al Tribunale di Milano, affermando che l'azione promossa è parzialmente coincidente con quella di accertamento negativo proposta dagli Obbligazionisti Fresh in Lussemburgo, sembra riconoscere che tra i due giudizi possa configurarsi quantomeno un rapporto di continenza.

Tale rapporto, si ricorda, sussiste non solo quando due cause, pendenti contemporaneamente davanti a giudici diversi, abbiano identità di soggetti e di *causae petendi* e differenza quantitativa di *petitum* (c.d. continenza in senso stretto), ma anche quando vi sia una coincidenza parziale di *causae petendi* (come appunto afferma BMPS), o quando le questioni dedotte siano in tutto o in parte comuni alla decisione di entrambe le cause, avendo le rispettive domande origine nel medesimo rapporto negoziale, risultando tra loro interdipendenti o contrapposte, cosicché la soluzione dell'una

interferisce su quella dell'altra (c.d. continenza per specularità, cfr. , Cass. 30 novembre 2005, n. 26076; Cass. 3 settembre 2005, n. 17737; Cass. 1° luglio 2005, n. 14078; Cass. 22 marzo 2005, n. 6159)

Nei due giudizi, come rileva correttamente il Tribunale, le domande appaiono “*uguali e contrarie*”, e quindi in rapporto di specularità tra loro: da un lato, la domanda proposta dinanzi al giudice lussemburghese dagli Obbligazionisti è rivolta a negare l'applicabilità dell'art. 22 d.l. 237/2016 (che prevede il c.d. *burden sharing*) all'intera Operazione Fresh 2008 e per tale via a contestare che il Contratto di usufrutto e il *Company Swap Agreement* siano divenuti inefficaci e che si siano verificati i presupposti per la conversione delle Note Fresh in Azioni Fresh; dall'altro lato, la domanda proposta successivamente da BMPS è rivolta a sentir dichiarare, sul presupposto dell'applicazione dell'art. 22 del d.l. 237/2016, l'inefficacia degli obblighi di pagamento a carico di BMPS in base al Contratto di usufrutto e al *Company Swap Agreement*.

È pertanto evidente che la soluzione di una delle due controversie interferisce sull'altra e viceversa. Di conseguenza, la trattazione separata dei vari segmenti contrattuali dell'operazione comporterebbe il rischio di giudizi contrastanti, che si potrebbe realizzare, per esempio, nel caso in cui:

- il giudice del Lussemburgo, da un lato, dichiarasse la perdurante efficacia nei termini originari delle obbligazioni derivanti dall'emissione delle Note Fresh, non ritenendo applicabile ai detentori delle stesse il d.l. 237/2016 e negando pertanto la conversione automatica delle Note Fresh in azioni BMPS e il correlativo pagamento alla Banca del premio di conversione da parte di JPM;

- specularmente, il giudice italiano, in accoglimento della domanda di BMPS, dichiarasse inefficaci ai sensi dell'art. 22 d.l. 237/2016 le clausole del Contratto di usufrutto e del *Company Swap Agreement*, che prevedono

obblighi di pagamento in capo a BMPS e i cui flussi finanziari costituiscono il presupposto e il parametro del rendimento dovuto dall'emittente ai detentori.

Il Tribunale di Milano, dunque, ha fatto corretta applicazione dei principi suindicati laddove, a seguito di un attento esame della fattispecie ha ritenuto che, stante il carattere unitario dell'operazione finanziaria “*che, pur articolandosi in diversi segmenti contrattuali era stata ideata in modo tale che ciascuno dei suoi momenti negoziali presupponesse il precedente e costituisse a sua volta il necessario antecedente di un altro passaggio*”, potesse ritenersi sussistente un'ipotesi di litispendenza o quantomeno di inscindibile connessione oggettiva e soggettiva, tale da imporre comunque l'esercizio del potere discrezionale di sospensione attribuito al giudice posteriormente adito ai sensi dell'art. 30 del Regolamento n. 1215/2012.

Ai fini della legittimità della sospensione, una volta stabilita la sussistenza di un'ipotesi di litispendenza o connessione, a nulla rileva la circostanza che la clausola di proroga della giurisdizione contenuta nel Contratto di usufrutto abbia una portata ampia, includendo anche le controversie relative al medesimo contratto, e non solo quelle da esso derivanti (e quindi, nella tesi della Banca, quelle inerenti agli altri accordi relativi all'Operazione Fresh).

Tale circostanza, difatti, potrà eventualmente rilevare in sede di decisione sulla giurisdizione dinanzi al giudice lussemburghese previamente adito.

Risulta infine inammissibile, in quanto priva di autosufficienza, l'argomentazione della ricorrente basata sulla circostanza che i *Term and Conditions* delle Note Fresh riportassero, per il Contratto di usufrutto e per gli altri accordi, due diverse clausole di proroga della giurisdizione.

Tale circostanza non risulta dalla sentenza del Tribunale, né BMPS riporta integralmente il testo della clausola contrattuale rilevante *in parte qua*, in violazione del principio di autosufficienza della censura.

5.2. In base alle argomentazioni sopra riportate, deve ritenersi infondato anche il secondo motivo di ricorso nella parte in cui BMPS lamenta che il Tribunale di Milano non abbia sufficientemente motivato in ordine al requisito della pregiudizialità ex 295 c.p.c., dato che, come appena esposto, l'intera fattispecie si inserisce all'interno di un diverso quadro normativo, sicché nessuna argomentazione doveva essere svolta nei sensi prospettati.

In ogni caso si tratta di una censura imperniata esclusivamente sull'aspetto motivazionale che, per orientamento consolidato di questa Corte, non è ammessa in sede di regolamento di competenza (Cass. n. 6174 del 14 marzo 2018; Cass. n. 17084 del 10 luglio 2013; Cass. n. 14166 del 27 giugno 2011).

D'altra parte, anche a voler prescindere da tali aspetti, la decisione del Tribunale di Milano risulta esaustivamente argomentata.

Il giudice, infatti, rilevato che le domande proposte nei due giudizi sono tra loro uguali e contrarie e che entrambe attengono ad un'unica complessa operazione finanziaria, in cui ogni segmento negoziale è allo stesso tempo presupposto e conseguenza dell'altro, ha evidenziato che le due clausole di proroga invocate, rispettivamente, nel giudizio lussemburghese e in quello italiano, affidando a giudici diversi la giurisdizione esclusiva, sono tra loro confliggenti e non possono trovare autonoma applicazione senza il rischio di incorrere in un contrasto tra giudicati.

Di conseguenza, il Tribunale ha ritenuto che trovi applicazione il principio, già affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte, per cui ogni qual volta vi sia un contrasto tra clausole di proroga della giurisdizione devolventi cause identiche o strettamente connesse a giudici nazionali diversi, mancando un giudice europeo sovranazionale in grado di decidere quale clausola debba prevalere nella definizione della controversia, l'unica risposta possibile ed in grado di evitare la formazione di giudicati contrastanti è quella di far prevalere il principio del *ne bis in idem* e quindi

di attribuire priorità al giudice preventivamente adito (Cass. S.U. n. 12638/2019).

La decisione del Tribunale di Milano di considerare “neutralizzate” le clausole di proroga della giurisdizione contenute nei due contratti e di sospendere il giudizio dinanzi a lui instaurato “*sul mero rilievo della sua posteriorità cronologica rispetto a quello uguale e contrario*” avviato a Lussemburgo”, appare pertanto, esaustivamente motivato e conforme ai principi elaborati in materia.

5.3. Inammissibile (e comunque infondato), infine, è il terzo motivo di ricorso ex art. 360 n. 5 c.p.c., con cui il ricorrente si duole della mancata considerazione, da parte del Tribunale meneghino, del “collegamento unilaterale” fra il contratto di usufrutto, principale, azionato dinanzi al Giudice Italiano, e gli altri, definiti “dipendenti”, azionati dinanzi al Giudice Lussemburghese.

Non è, infatti, ammissibile la censura di vizio di motivazione in sede di regolamento di competenza, in quanto, attenendo il regolamento alla violazione dei criteri determinativi della competenza, non rileva il riferimento a carenze motivazionali che, nel quadro dell’art 360 n.5 c.p.c., sono correlati ad accertamenti e a valutazioni di fatto e non all’affermazione di principi giuridici (Cass. n. 17084 del 2013 (*cit.*); Cass. n. 6480 del 10 maggio 2001; Cass. n. 347 del 14 gennaio 2000). Quanto poi al “collegamento unilaterale”, la cui mancata considerazione è posta a fondamento della doglianza di BMPS, non si tratta di un fatto ma di una valutazione giuridica.

Il motivo è altresì infondato nel merito.

Il Tribunale, infatti, non ha accolto le argomentazioni della ricorrente evidenziando di dover sospendere il giudizio “*sulla base del mero rilievo della sua posteriorità cronologica rispetto a quello “uguale e contrario” avviato in Lussemburgo dagli Obbligazionisti?*” e che si tratta di una decisione solo

“*interinale*”, in attesa della definitività della decisione del Tribunale lussemburghese in materia di competenza giurisdizionale.

Come si è detto, la normativa comunitaria di riferimento impone, una volta che venga individuata un’ipotesi di litispendenza dinanzi ai giudici di più Stati membri, che l’autorità giurisdizionale adita successivamente sospenda d’ufficio il giudizio.

Tale principio processuale conosce una deroga laddove esista un accordo che attribuisca la competenza esclusiva a conoscere eventuali ^{controversie} originate da un rapporto giuridico all’autorità giurisdizionale di uno Stato membro.

In base alla giurisprudenza di questa Corte, richiamata dal Tribunale di Milano, la deroga viene meno quando, come nel caso di specie, le parti del rapporto negoziale non abbiano stabilito in modo univoco la determinazione del giudice abilitato a conoscere delle controversie originate dal rapporto.

Pertanto, le argomentazioni della ricorrente relative alla natura “subordinata” degli altri contratti rispetto a quello dichiarato “principale” di usufrutto potranno trovare eventualmente spazio nell’ambito della decisione sulla giurisdizione spettante al giudice lussemburghese in quanto adito per primo, ma non possono invece portare a ritenere, con interpretazione della normativa del tutto antiletterale, che sia il giudice preventivamente adito a dover sospendere il procedimento in attesa della decisione sulla giurisdizione da parte di quello italiano adito per secondo.

Difetta quindi il requisito della decisività per il giudizio delle allegazioni della ricorrente.

Senza contare che la tesi della Banca non sembra tener conto del fatto che i contratti trovavano giustificazione l’uno negli altri e che solo attraverso la costituzione della provvista messa a disposizione dagli Obbligazionisti con la sottoscrizione delle Note Fresh, era stata possibile la complessiva

ITUC
Corte di Cassazione - copia non ufficiale

operazione di aumento di capitale in vista dell'acquisizione di Antonveneta, cui anche il Contratto di usufrutto era finalizzato.

Sicché l'affermazione della prevalenza di tale ultimo negozio rispetto agli altri accordi non è fondata.

8. Pertanto la Corte rigetta il ricorso. In considerazione della complessità delle questioni trattate è opportuno disporre la compensazione delle spese tra tutte le parti.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso. Spese compensate tra tutte le parti.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis* del citato art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte suprema di Cassazione in data 10 dicembre 2020.
