

# **TI\_GERICHTE 12.2000.154 vom 25. Mai 2001**

TI Tribunale d'appello, 2001-05-25, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2000.154](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2000.154)

FR: TI\_GERICHTE 12.2000.154 du 25 mai 2001

IT: TI\_GERICHTE 12.2000.154 del 25 maggio 2001

## **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A questo stadio della lite è ancora litigiosa la qualifica giuridica da attribuire all'impegno assunto dall'attrice nel doc. 13: mentre quest'ultima ritiene che si tratti di una fideiussione o di una garanzia con la clausola dell'effettività, il convenuto propende per la tesi di una garanzia bancaria indipendente.

#### **E. 1.1**

La dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo riconosciuto la difficoltà nello stabilire se una determinata pattuizione costituisca una fideiussione ex art. 492 CO o una semplice garanzia ai sensi dell'art. 111 CO (IICCA

#### **E. 1.2**

Contrariamente a quanto ritenuto dall'attrice, il testo della garanzia in questione non contiene alcuna clausola di effettività; non è in altre parole previsto che il beneficiario della garanzia, oltre a fornire le dichiarazioni circa l'ossequio da parte sua del contratto di consulenza e circa il mancato pagamento dell'onorario ivi previsto, abbia l'obbligo di provare la veridicità delle sue dichiarazioni. La parte non è stata del resto in grado di provare che una tale pattuizione potesse essere implicita.

#### **E. 1.3**

Parimenti infondata è la tesi del convenuto, secondo cui il pagamento dell'importo di fr. 1'500'000.- sarebbe stato dovuto dall'attrice indipendentemente dalla questione della cifra d'affari raggiunta dalla \_\_\_\_\_ con riferimento al software \_\_\_\_\_. A parte il fatto che se l'intenzione delle parti fosse effettivamente stata questa non sarebbe certo stato necessario far capo ad una costruzione giuridica così complicata, va osservato che tutti i testimoni sentiti (teste \_\_\_\_\_ p. 2 e seg.; teste \_\_\_\_\_ p. 3, che in seguito, verbale 6.10.1999, ha parzialmente attenuato tale assunto; rogatoria \_\_\_\_\_ ad 7, 8 e 12; rogatoria \_\_\_\_\_ ad 7 e 12; rogatoria \_\_\_\_\_ ad 7 e 12), compreso il consulente legale del convenuto al momento dei fatti (teste \_\_\_\_\_ p. 2), hanno confermato come il pagamento da parte della banca dipendeva effettivamente dalla cifra d'affari conseguita. Non si spiegherebbe altrimenti il chiaro riferimento nella garanzia al rapporto di base e soprattutto il fatto che nella stessa sia stato previsto il pagamento di un importo massimo di fr. 1'500'000.- e non invece un importo fisso in tale misura. 2. Chiarita la natura giuridica dell'accordo tra le parti, si tratta ora di esaminare se il convenuto abbia effettivamente adempiuto le condizioni formali per ottenere il pagamento della garanzia,

circostanza questa contestata dall'attrice. Come detto, per poter ottenere il pagamento della garanzia, il convenuto doveva unicamente rilasciare alla controparte una dichiarazione, conforme al vero, attestante di aver agito conformemente al contratto di consulenza e di non aver ricevuto alla scadenza alcun pagamento per l'importo richiesto in virtù della garanzia. Ora, non vi è dubbio che allestendo il doc. 17 egli ha senz'altro adempiuto a tale obbligo formale. Contrariamente a quanto ritenuto dall'attrice sulla base della testimonianza \_\_\_\_\_ (p. 4), la circostanza che \_\_\_\_\_ abbia o meno raggiunto gli obiettivi di cifra d'affari previsti non ha per contro nulla a che vedere col fatto che egli abbia "agito conformemente al contratto". Se ne deve pertanto concludere che la richiesta di pagamento formulata dal convenuto era formalmente corretta e la banca attrice era di principio tenuta a darle seguito.

3. La dottrina e la giurisprudenza sono tuttavia concordi nel ritenere che la banca è eccezionalmente obbligata a rifiutare il pagamento di una garanzia, le cui condizioni formali d'escussione sono adempiute, qualora nel comportamento del beneficiario possa essere ravvisato un manifesto abuso di diritto ( Büsser , *Einreden und Einwendungen der Bank als Garant gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten*, Friburgo 1997, N. 1207 e nota 1518 con numerosi rif.; Rossi , *La garantie bancaire à première demande*, Losanna 1990, p. 148 e segg.; Kleiner , op. cit., n. 21.41 e segg.; Rapp , op. cit., p. 285; Guggenheim , op. cit., p. 358 e seg.; Thévenoz , *Les garanties indépendantes devant les tribunaux suisses*, in *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, p. 175 e seg.; DTF 122 III 321 consid. 4a). Ciò sarà in particolare il caso quando il beneficiario procede all'escussione della garanzia pur essendo consapevole - o comunque dovendolo essere - di non essere in alcun modo creditore dell'importo nel rapporto di base, sempre che tale circostanza sia a conoscenza della banca ( Büsser , op. cit., N. 1216 e segg.). Nel caso di specie è pacifico che l'importo fatturato dalla \_\_\_\_\_ tra il 1° novembre 1994 ed il 31 dicembre 1995 con riferimento al software \_\_\_\_\_ ammontava a fr. 5'849'510.- (doc. 2/RO), somma ampiamente inferiore al minimo di fr. 16'000'000.- previsto per l'ottenimento di un eventuale onorario supplementare in base al contratto di consulenza. Pure pacifico è il fatto che il convenuto - e con lui la banca attrice, in quanto azionista unica di \_\_\_\_\_ (cfr. pure la facoltà di verifica dei conti concessa al punto 3 del doc. B1) - fosse informato rispettivamente dovesse essere a conoscenza di tali dati, il contratto (doc. M1) avendogli conferito la facoltà di assumere tutte le informazioni necessarie per stabilire la cifra d'affari determinante. Il convenuto ritiene tuttavia che il mancato raggiungimento degli obiettivi di cifra d'affari sarebbe stato imputabile alla \_\_\_\_\_ e più in particolare all'attrice, azionista unica, che avrebbe modificato la strategia della ditta, orientandola maggiormente verso l'interno del gruppo a scapito dell'attività esterna, cosicché in applicazione dell'art. 156 CO si dovrebbe concludere che gli obiettivi stessi erano comunque stati raggiunti, ciò che giustificava di riconoscergli l'importo di fr. 1'500'000.-. Ora, la parte convenuta è in realtà assai malvenuta a contestare in questa sede, pur confortata dalla testimonianza \_\_\_\_\_ (p. 2, che nell'occasione esprime comunque solo un'opinione personale, ciò che la rende priva di rilevanza probatoria: cfr. Cocchi/Trezzini , CPC-TI, Lugano 2000, m. 2 ad art. 237), un eventuale mutamento di strategia da parte dell'azionista unico quando nel preambolo del contratto di acquisizione del pacchetto azionario del 30% (doc. L1) le parti si erano date espressamente atto che l'operazione era proprio finalizzata ad una tale modifica di strategia: significativo in proposito è l'annullamento, nel medesimo contratto, della clausola 4.1.5 del doc. B1. Ad ogni buon conto, non risulta assolutamente che la riduzione dell'attività esterna della ditta da parte dell'azionista unica sia avvenuta contrariamente al principio della buona fede, al solo fine di rendere vana la pretesa creditoria del convenuto:

ciò si è invece imposto per motivi oggettivi, a seguito di difficoltà nello sviluppo e nella vendita del prodotto (teste \_\_\_\_\_ p. 2 e 3) rispettivamente nel fondere la risorse umane di sviluppo \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ (teste \_\_\_\_\_ p. 8 e 9) o ancora in conseguenza di carenze strutturali riscontrate nella ditta acquisita (teste \_\_\_\_\_ p. 5), carenze che hanno comportato un'importante e radicale ristrutturazione della stessa (testi \_\_\_\_\_ p. 5, \_\_\_\_\_ p. 9) e dato luogo a perdite ingentissime (teste \_\_\_\_\_ p. 5) dell'ordine di fr. 40'000'000.- (teste \_\_\_\_\_ p. 3) tra il 1995 ed il 1997. È dunque senz'altro a ragione che il Pretore ha ritenuto che il comportamento del convenuto fosse in concreto costitutivo dell'abuso diritto. 4. Ne discende la reiezione del gravame. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili di questa sede seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 18 settembre 2000 di \_\_\_\_\_ è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia \_\_\_\_\_ fr. 8'950.- b) spese \_\_\_\_\_ fr. 50.- Totale fr. 9'000.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico con l'obbligo di rifondere alla parte appellata fr. 15'000.- per ripetibili. III. Intimazione a: - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del distretto di Lugano, Sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

### **E. 3**

dicembre 1996 in re R./I. Inc.), ritenuto che il criterio di distinzione essenziale risiede nel carattere accessorio della prima, ma non invece della seconda, per raffronto all'obbligazione del debitore principale: in sostanza, mentre il fideiussore assicura al creditore la solvenza del debitore principale o l'adempimento del contratto da parte di questi, il garante assicura una prestazione come tale, un risultato, indipendente dall'obbligo del terzo ( DTF 125 III 305 consid. 2b, 113 II 434 consid. 2b; Kleiner , Bankgarantie, 4. ed., Zurigo 1990, n. 5.01 e 5.06-5.012). In base ai criteri abituali d'interpretazione, il contenuto di un determinato accordo viene stabilito in primo luogo mediante l'interpretazione soggettiva, ovvero sulla base della vera e concorde volontà dei contraenti (art. 18 cpv. 1 CO; DTF 123 III 35 consid. 3b); solamente quando non esistono accertamenti di fatto sulla reale concordanza della loro volontà rispettivamente se il giudice constata che una parte non ha compreso la volontà dell'altra, la loro presunta volontà viene accertata con un'interpretazione oggettiva/normativa, interpretando le dichiarazioni secondo il principio dell'affidamento, ovvero secondo il senso che ogni contraente poteva e doveva ragionevolmente attribuire alle dichiarazioni di volontà dell'altro nella situazione concreta ( DTF 123 III 165 consid. 3a, 121 III consid. 4b/aa). Nel caso di specie, l'esame delle circostanze consente tutto sommato di confermare il giudizio pretorile che ha concluso per l'assenza di una fideiussione, a favore di una garanzia bancaria. L'istruttoria di causa non ha innanzitutto permesso di stabilire quale fosse la reale e concorde volontà delle parti al momento della sottoscrizione dell'accordo di cui al doc. 13: la parte convenuta in particolare ha dato atto come la sua qualifica giuridica, diversamente dalle questioni formali d'escussione, non fosse stata a suo tempo oggetto di particolari discussioni (testi \_\_\_\_\_ p. 3 e \_\_\_\_\_ p. 3). L'interpretazione in base al principio dell'affidamento, che così s'impone, fa invece propendere decisamente per l'esistenza di una garanzia: indizi in tal senso, anche se in gran parte non decisivi, sono innanzitutto il fatto che la stessa sia stata emessa da una banca ( DTF 113 II 434 consid. 2c, 117 III 76 consid. 6b; IICCA 26 novembre 1998 in re B. SA/B.; Pestalozzi , Basler Kommentar, 2. ed., N. 26 ad art. 111 CO; Rapp , Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in Iynedjian , Sûretés et garanties bancaires, Losanna

1997, p. 267), l'indicazione della rinuncia ad esaminare la validità e gli effetti del contratto di consulenza nonché a tutte le eccezioni o obiezioni derivanti dal rapporto di base ( DTF 113 III 434 consid. d ed e, 117 III 76 consid. 6b; Rep . 1992 p. 260; ICCA 30 maggio 1997 in re S./B.; Kleiner , op. cit., n. 5.35-5-37; Pestalozzi , op. cit., N. 30 ad art. 111 CO; Rapp , op. cit., p. 271; Guggenheim , Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4. ed., Ginevra 2000, p. 352), la menzione del fatto che il pagamento sarebbe avvenuto a prima richiesta ( DTF 117 III 76 consid. 6b; Rep . citato; Kleiner , op. cit., n. 5.32; Rapp , op. cit., ibidem; Guggenheim , op. cit., p. 354) e l'indiscusso interesse personale dell'attrice nell'intera operazione ( DTF 111 II 276 consid. 2b e c, 125 III 305 consid. 2b; Pestalozzi , op. cit., N. 31 ad art. 111 CO; Guggenheim , op. cit., p. 353); non va d'altro canto dimenticato che il teste \_\_\_\_\_ (rogatoria ad 10), consulente legale dell'attrice, intervenuto per l'appunto per definire gli aspetti giuridici dell'accordo, ha espressamente dichiarato che la banca dapprima aveva provato ad allestire una fideiussione, ma che alla fine si decise per una garanzia bancaria astratta. Nemmeno il fatto che nell'accordo si facesse riferimento al contratto di consulenza \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ (doc. M1), specificandone le condizioni essenziali, esclude l'esistenza di una garanzia ex art. 111 CO: anche qui un riferimento al rapporto di base è in effetti tutt'altro che inusuale (cfr. Guggenheim , op. cit., p. 348; Rapp , op. cit., p. 266; DTF 117 III 76 consid. 6b, 122 III 321 consid. 4a; Rep . citato), specialmente nel caso in cui le parti abbiano fatto capo alla forma della "bürgschaftsähnliche Garantie", ove il garante promette la sua prestazione al beneficiario per il caso che il terzo si rivelasse inadempiente ( ICCTF

#### **E. 7**

giugno 1999 in re B./B. SA; ICCA 21 dicembre 1993 in re I./B.).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.