

TI_GERICHTE 12.2005.144 vom 24. Februar 2006

TI Tribunale d'appello, 2006-02-24, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2005.144

FR: TI_GERICHTE 12.2005.144 du 24 février 2006

IT: TI_GERICHTE 12.2005.144 del 24 febbraio 2006

Regeste

Garanzia bancaria o fideiussione - blocco cautelare del suo pagamento

Erwägungen

E. 24

febbraio 2006 In nome della Repubblica e Cantone Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cocchi, presidente, Epiney-Colombo e Walser 00. segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa -inc. n. DI.2004.290 della Pretura del distretto di Lugano, Sezione 1- promossa con istanza 5 aprile 2004 da AP 1 rappr. da RA 1 contro AO 1 rappr. da RA 2 con cui l'istante ha chiesto, in via supercautelare e cautelare, che fosse fatto ordine a C _____, _____, di disporre l'immediato blocco del pagamento della garanzia n. _____, di DM 48'800'000.-, emessa il 28 luglio 1997 a favore della convenuta, domanda avversata da quest'ultima, e che il Pretore ha dapprima accolto in via supercautelare il 6 aprile 2004 e poi respinto, l'11 agosto 2005, in via cautelare; appellante l'istante con atto di appello 29 agosto 2005, con cui chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere l'istanza cautelare, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi; mentre la convenuta con osservazioni 10 ottobre 2005 postula la reiezione del gravame pure con protesta di spese e ripetibili; richiamati i decreti 1° settembre e 2 novembre 2005 con cui all'appello è stato concesso l'effetto sospensivo rispettivamente con cui l'istante è stata astretta a fornire, ex art. 380 CPC, una garanzia bancaria di Eur 174'657.30, tempestivamente prestata; letti ed esaminati gli atti ed i documenti prodotti ritenuto in fatto e in diritto: 1. Con contratto 22 luglio 1997 (doc. A) la società tedesca AO 1 ha appaltato alla società svizzera AP 1 la costruzione di un impianto di smaltimento dei rifiuti ad _____ per un prezzo, per quanto riguardava il solo impianto, di DM 126'000'000.- (§ 5 n. 11), poi ridotto, con convenzione aggiuntiva di pari data, a DM 122'000'000.- (doc. B § 1). Gli accordi tra le parti prevedevano tra l'altro che la committente avrebbe versato all'appaltatrice il 40% del prezzo al momento della sottoscrizione del contratto, dietro consegna da parte di quest'ultima di una garanzia di pari importo, definita "Anzahlungsgarantie", emessa da una primaria banca svizzera o tedesca, che sarebbe poi stata restituita alla controparte alla fine della messa in esercizio di prova dell'impianto e sostituita da una fideiussione pari al 10% del prezzo (§ 5 n. 14 cpv. 2 a), poi pure ridotta al 7% (doc. B § 3). 2. In data 28 luglio 1997 la succursale luganese del C _____, _____, così richiesta da AP 1, ha emesso a favore di AO 1 una garanzia (doc. E) del seguente tenore : " Anzahlungsgarantie Nr. _____ Diese Anzahlungsgarantie tritt erst in Kraft nach Erhalt von uns Ihrer Entlastung aus unsere Anzahlungsgarantie Nr. _____, über DM 50'400'000.-, von 18. Juli 1997. Sehr geehrte Herren, Sie haben am 22 Juli 1997 mit der Firma AP 1, _____, _____ (CH), einen Vertrag für die Leistung einer _____ -Anlage

zum Gesamtpreis von DM 122'000'000.- abgeschlossen. Nach diesem Vertrag werden Sie der Firma AP 1, _____, eine Anzahlung in Höhe von DM 48'800'000.- leisten. Der Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung in Falle der Nichtlieferung oder nicht vertragsgemässen Lieferung der Anlage soll durch eine Bankgarantie sichergestellt werden. Im Auftrag der Firma AP 1, _____, wir, C _____, _____, _____, verpflichten wir uns hiermit unwiderruflich im Sinne der Annahme einer Anweisung, Ihnen auf ihr erstes Verlangen und ohne Erhebung einer Einrede oder Einwendung jede Summe bis zu einem Maximalbetrag von DM 48'800'000.- (Deutsche Marks achtundvierzigmillionenachthunderttausend) zu bezahlen, gegen ihre schriftliche Bestätigung, dass der verlangte Betrag fällig ist und die Firma AP 1, _____ (CH), die bestellte Anlage nicht vertragsgemäss geliefert hat. Allfällige Ansprüche aus dieser Zahlungsverpflichtung sind über ihre Hauptbank geltend zu machen, welche uns bestätigen muss, dass die Unterschriften ihrer Gesellschaft rechtgültig sind. Diese schriftliche Bestätigung muss spätestens am 31.12.2005 (zweitausendfünf) bei uns eintreffen, ansonst diese Anzahlungs-garantie automatisch erlischt und ihre Gültigkeit verliert. Diese Garantie tritt erst in kraft nach Erhalt ihres Anzahlungs-betrages über DM 48'800'000.- bei unserer Filiale in Locarno, zugunsten der Firma AP 1, _____, Konto Nr. _____, unter Anzeige an unsere Referenz _____. Für diese Garantie gilt schweizerisches Recht, Gerichtsstand ist Lugano. “ Nei giorni successivi AO 1 ha regolarmente provveduto al versamento, nei termini indicati, del 40% del prezzo. 3. Con l’istanza cautelare in rassegna, avversata da AO 1 , AP 1, informata il 5 aprile 2004 dal C _____ (doc. G) che lo stesso giorno la B _____ per conto della sua cliente tedesca aveva chiesto l’integrale pagamento della garanzia n. _____ (doc. F) , ha chiesto al Pretore del distretto di Lugano, Sezione 1, evocando l’urgenza della sua richiesta ed il pericolo di pregiudizio irreparabile che la mancata adozione del provvedimento avrebbe potuto derivarle, che fosse fatto ordine alla banca emittente di bloccare immediatamente qualsiasi pagamento. Per quanto riguarda il requisito del buon fondamento della sua domanda, essa, dopo aver rammentato che il contratto d’appalto era da lei stato nel frattempo disdetto, prima della fine dei lavori, a causa di violazioni contrattuali commesse dalla controparte, ha in estrema sintesi addotto che la richiesta di escussione della garanzia in questione ad opera di quest’ultima era da una parte infondata, la garanzia avendo in effetti un carattere accessorio, e dall’altra costituiva un manifesto abuso di diritto, visto e considerato che essa aveva per oggetto il “rischio di prima esecuzione”, nel frattempo venuto meno, e che la rescissione del contratto per cause imputabili alla controparte le permetteva in ogni caso di pretendere, oltre alla rifusione di tutta una serie di danni, la liberazione della garanzia. 4. Il Pretore, con il decreto qui impugnato, ha respinto l’istanza, caricando all’istante la tassa di giustizia di fr. 10'000.-, le spese e le ripetibili di fr. 100'000.-. Il giudice di prime cure ha in sostanza ritenuto, senza doversi pronunciare sul requisito dell’urgenza e dell’esistenza di un pregiudizio irreparabile, che la richiesta attorea era in ogni caso già priva della necessaria apparenza di buon fondamento: la garanzia in esame risultava in effetti essere indipendente dal rapporto di base e non era stato reso sufficientemente verosimile che essa coprisse il “rischio di prima esecuzione”. Quanto alle molteplici violazioni contrattuali che l’istante aveva rimproverato alla convenuta, nemmeno le stesse apparivano evidenti, sicché nulla permetteva in definitiva di ritenere che l’escussione della garanzia da parte della convenuta fosse fraudolenta e dunque costitutiva di un abuso di diritto. 5. Con l’appello che qui ci occupa l’istante chiede di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere l’istanza cautelare. Essa ribadisce che la garanzia in parola aveva carattere accessorio e che il suo

scopo era incontestabilmente quello di garantire il “rischio di prima esecuzione”. Rileva inoltre che dagli atti di causa non risultava che la garanzia fosse stata escussa correttamente, in particolare che alla stessa fossero allegati tutti i documenti comprovanti le sue presunte inadempienze contrattuali rispettivamente che la convenuta ne avesse a suo tempo chiesto il pagamento al C_____ . Ritenuto inoltre che le violazioni contrattuali rimproverate alla controparte erano in realtà state rese sufficientemente verosimili, ne ha concluso per l’abusività dell’agire della convenuta. Pure contestate, infine, in quanto eccessive sono le ripetibili a favore della controparte. 6. Delle osservazioni con cui la convenuta postula la reiezione del gravame si dirà, se necessario, nei prossimi considerandi. 7. Le censure d’appello sollevate dall’istante possono essere suddivise sostanzialmente in due categorie: quelle con cui si contesta che la “Anzahlungsgarantie”, oltre a costituire una garanzia bancaria indipendente (consid. 8), non sia nel frattempo venuta meno (consid. 9) rispettivamente sia stata escussa secondo le modalità contrattualmente previste, in particolare dietro presentazione della documentazione necessaria (consid. 10) ed a seguito di una formale richiesta di pagamento della convenuta (consid. 11); e quelle con cui si ritiene che la sua escussione costituisca un abuso di diritto (consid. 12). A ciò si aggiunge infine quella relativa all’ammontare delle ripetibili assegnate in prima sede alla controparte (consid. 14). 8. 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 (II CCA 3 dicembre 1996 inc. n. 12.96.110, 25 agosto 2005 inc. n. 12.2004.200), 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). 8.1 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; ICCTF 7 giugno 1999 4C.25/1999). 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; ICCTF 7 giugno 1999 4C.25/1999; RtiD I-2004 N. 33c). 8.2 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. A o del doc. E. L’interpretazione in base al principio dell’affidamento, che così s’impone, fa invece propendere decisamente per l’esistenza di una garanzia indipendente: indizi in tal senso sono innanzitutto il fatto che la stessa sia stata emessa, oltretutto irrevocabilmente, da una banca (DTF 113 II 434 consid. 2c, 117 III 76 consid. 6b; II CCA 30 maggio 1997 inc. n. 12.97.24; NRCP 2004 p. 252; RtiD I-2004 N. 33c; Pestalozzi , Basler Kommentar, 2. ed., N.

E. 26

ottobre 1998 (doc. C), esse nulla avevano mutato all'assetto originario della garanzia, pur essendo a quel momento evidente che l'impianto di K_____ sarebbe verosimilmente stato messo in funzione prima di quello di A_____. 10. Contrariamente a quanto preteso nel gravame, il testo della garanzia in questione non contiene alcuna clausola di effettività, che neppure può essere ritenuta implicita. Non è in altre parole previsto che il beneficiario della garanzia, oltre a fornire la dichiarazione circa la mancata consegna dell'impianto o una sua consegna non conforme al contratto, abbia l'obbligo di provare la veridicità di quella dichiarazione (Rep . citato; II CCA 25 maggio 2001 inc. n. 12.2000.154). La censura, sollevata per la prima volta solo in questa sede, era in ogni caso irricevibile (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC). 11. Pure infondata è la censura con cui l'istante lamenta il fatto che la richiesta al C_____ di escussione della garanzia sia stata formulata dalla B_____ (doc. F), mentre -a suo dire- il contratto di garanzia prevedeva che quest'ultima avrebbe dovuto limitarsi a confermare che le firme apposte dalla convenuta sulla domanda di escussione della garanzia all'indirizzo del garante erano autentiche. La censura è in effetti irricevibile (art. 321 cpv. 1 lett. b CPC), essendo stata addotta per la prima volta solo in questa sede, mentre negli allegati preliminari e in sede conclusionale l'istante nulla aveva eccepito in proposito a quei fatti. 12. Giunti a questo punto si tratta di esaminare se l'escussione della garanzia a prima richiesta ad opera della convenuta, che come abbiamo accertato nei considerandi precedenti è formalmente ineccepibile, non sia eccezionalmente impedita da altre ragioni. 12.1 Secondo la giurisprudenza di questa Camera (Rep. 1990 p. 224; II CCA 25 agosto 1992 inc. n. 96/92, 7 ottobre 1993 inc. n. 153/93, 9 novembre 1994 inc. n. 131/94, 16 giugno 2005 inc. n. 12.2004.174; NRCP 2004 p. 544), affinché si possa ottenere una misura cautelare volta a far divieto alla banca garante di onorare una garanzia a prima richiesta, bisogna che l'istante dimostri sia l'esistenza di fatti che costituiscono un agire fraudolento del beneficiario della garanzia, sia che da ciò ne derivi un danno difficilmente riparabile (DTF 100 II 145 consid. 4b; Dohm , Mesures conservatoires pour empêcher l'appel abusif à une garantie bancaire "à première demande", in SJ 1985 p. 417 segg.; Dohm , Mesures conservatoires dans le cadre des garanties bancaires "à première demande", in SAS 1982 p. 54 segg.; Kleiner , op. cit., n. 21.51, 22.04, in particolare 22.12 e segg.; Kleiner , Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderruflichen Akkreditiven, in SJZ 1976 p. 353 segg., in particolare punto 3 in fine a p. 356; SJ 1991 p. 681; Egger , Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, in SZW 1/90 p. 14 segg.; ZR 1998 n. 92; Cocchi , Provvedimenti cautelari per impedire il pagamento di (contro)garanzie bancarie "a prima richiesta", in NRCP 2004 p. 13 segg.). L'esistenza di un abuso manifesto da parte del beneficiario della garanzia, ossia l'esigenza che quest'ultimo abbia commesso azioni fraudolente, permette di attenuare il principio dell'autonomia della garanzia rispetto al contratto di base, poiché nessuno può sottrarsi al divieto dell'abuso di diritto. Nell'ambito delle misure cautelari è sufficiente la verosimiglianza, e non la prova stretta, del fatto che ne permette l'adozione. Occorre perciò rendere verosimili fatti che, se accertati in modo lampante, proverebbero che l'abuso di diritto é manifesto (nello stesso senso: SJ 1985 p. 614), ma nell'apprezzamento della verosimiglianza bisognerà essere rigorosi (DTF 108 II 228; Cocchi , op. cit., p. 18). 12.2 L'istante ribadisce l'esistenza di tutta una serie di inadempienze contrattuali da parte della convenuta (in particolare mora nel pagamento della seconda, terza e quarta rata del prezzo, ritardi nella richiesta delle necessarie autorizzazioni, mancanza di collaborazione nel risolvere nuove problematiche, rottura del rapporto di

fiducia, strategia di “strangolamento finanziario”), contestate da quest’ultima e negate dal Pretore, evidenziando che le stesse l’avrebbero in seguito indotta a rescindere il contratto, per motivi gravi, prima della conclusione dei lavori. Nel caso di specie non occorre tuttavia pronunciarsi sull’esistenza o meno di quelle violazioni contrattuali, che di per sé, nella misura in cui non erano all’origine della successiva disdetta del contratto, erano del tutto irrilevanti per l’esito della presente lite, non avendo in ogni caso impedito l’adempimento della prestazione oggetto della garanzia (Kleiner , op. cit., n. 21.49 seg.), cioè la costruzione conforme al contratto dell’impianto di smaltimento dei rifiuti. In effetti, ritenuto che la garanzia in esame ha -come detto- carattere indipendente e non accessorio (consid. 8), il fatto che il contratto di base possa essere stato rescisso dall’istante, a ragione o a torto, non comporta la decadenza della garanzia o l’obbligo per la convenuta di liberarla (NRCP 2004 p. 254; DTF 113 II 434 consid. 2a). Ci si potrebbe invero chiedere se l’escussione della garanzia non possa in ogni caso essere considerata abusiva siccome l’istante, a seguito della disdetta, potrebbe eventualmente vantare un non meglio precisato credito nei confronti della controparte. Non è così. Come già accennato, il blocco in via cautelare di una garanzia come quella in esame è in effetti possibile solo se vi è la prova che la prestazione garantita era già stata adempiuta o se il beneficiario l’aveva ammesso oppure ancora se quest’ultimo, con il suo comportamento, l’aveva comprovatamente impedita, ritenuto che nelle altre ipotesi non si può ravvisare alcun abuso di diritto (Kleiner , op. cit., n. 21.48 segg.).

Abbondanzialmente si osserva che nemmeno risulta che l’istante, che pure aveva accennato a tale questione nell’ambito della motivazione per l’ottenimento di una misura provvisoria in appello o in subordine per la concessione dell’effetto sospensivo al gravame (adducendo, ad pt. 9, che essa “può inoltre validamente pretendere il pagamento della pretesa di rimborso contrattualmente stabilita ...” ovvero un adeguato rimborso delle prestazioni eseguite, il risarcimento della perdita di guadagno subita, delle spese supplementari causate dal blocco dei lavori e di altri danni), abbia riproposto tale argomento anche con riferimento al merito della domanda cautelare (pt. 15). E in ogni caso, nemmeno in quell’occasione, essa aveva indicato l’ammontare del suo presunto credito o comunque aveva preteso che lo stesso potesse essere superiore all’importo oggetto della garanzia. Il fatto che ciò fosse stato indicato in precedenti allegati non può ovviamente giovare all’istante, la giurisprudenza avendo già avuto modo di stabilire che il richiamo alle motivazioni ed alle circostanze di fatto contenute in precedenti allegati non vale a supplire una motivazione o un’allegazione mancante nell’appello (Cocchi/Trezzini , op. cit., m. 20 seg. ad art. 309); tale soluzione si impone a maggior ragione nel caso concreto, visto e considerato che nel gravame nemmeno si faceva riferimento, sulla particolare questione, ad altri allegati. 13. Ma oltre che per la carenza di apparenza del necessario buon fondamento della richiesta (prima condizione per l’adozione di una misura cautelare ex art. 376 CPC), l’istanza, a ben vedere, avrebbe già dovuto essere respinta per il fatto che l’istante non ha preteso in appello, nel merito, che il provvedimento richiesto era urgente e la sua mancata adozione le avrebbe causato un pregiudizio difficilmente riparabile (seconda e terza condizione per una misura cautelare ex art. 376 CPC). È vero che questi due argomenti erano stati sollevati a sostegno dell’ottenimento di una misura provvisoria in appello o in subordine per la concessione dell’effetto sospensivo al gravame (pt. 10 e 11). È però altrettanto vero che le ragioni a favore di uno di quei provvedimenti e quelle per l’accoglimento del merito della domanda cautelare non sono necessariamente le stesse, rispettivamente, se nel caso concreto lo fossero anche state, la parte istante avrebbe dovuto specificarlo chiaramente, riproducendo nella parte dedicata al merito quegli stessi

argomenti o quanto meno facendovi un chiaro rinvio, ciò che non è stato assolutamente il caso. Se anche si volesse eccezionalmente concedere all'istante, visto che il Pretore non si era in definitiva pronunciato su quegli aspetti, la facoltà di rinviare a quanto sul tema essa aveva addotto nei suoi precedenti allegati, la sua posizione non sarebbe in ogni caso migliore: sulla questione, essa non ha in effetti fatto riferimento o rinvio a quanto argomentato negli allegati di prima istanza, per cui si ha che le questioni riguardanti l'urgenza ed il pregiudizio non sono più state sottoposte al giudizio d'appello e l'adozione della chiesta misura cautelare, quand'anche fosse stato accertato un comportamento abusivo della controparte, andava ugualmente respinta. 14. Anche l'ultima censura d'appello, quella con cui si chiede di ridurre l'indennità ripetibile a favore della controparte, ritenuta manifestamente eccessiva, deve infine essere disattesa, siccome irricevibile, l'istante non avendo assolutamente indicato qual'era la nuova somma di cui essa postulava l'attribuzione alla controparte (Cocchi/Trezzini , op. cit., m. 10 ad art. 309). A prescindere da quanto precede, si osserva che l'importo assegnato risulta in ogni caso del tutto congruo. 15. Ne discende la reiezione del gravame. La tassa di giustizia, le spese e le ripetibili seguono la soccombenza (art. 148 CPC). Per i quali motivi, richiamati gli art. 148 CPC e la TG dichiara e pronuncia I. L'appello 29 agosto 2005 di AP 1 è respinto. II. Le spese della procedura d'appello consistenti in: a) tassa di giustizia fr. 5'000.- b) spese fr. 100.- Totale fr. 5'100.- da anticiparsi dall'appellante, restano a suo carico con l'obbligo di rifondere alla parte appellata fr. 30'000.- per ripetibili. III. Intimazione: - - -. Comunicazione alla Pretura del distretto di Lugano, Sezione 1 terzi implicati Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario

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