

TI_GERICHTE 12.2017.205 vom 26. Mai 2017

TI Tribunale d'appello, 2017-05-26, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2017.205

FR: TI_GERICHTE 12.2017.205 du 26 mai 2017

IT: TI_GERICHTE 12.2017.205 del 26 maggio 2017

Regeste

Domanda cautelare - blocco di controgaranzia bancaria a prima richiesta

Erwägungen

E. 1

L'art. 308 cpv. 1 lett. b CPC prevede che sono impugnabili mediante appello le decisioni di prima istanza in materia di provvedimenti cautelari, posto che in caso di controversie patrimoniali il valore litigioso secondo l'ultima conclusione riconosciuta nella decisione sia di almeno fr. 10'000.- (cpv. 2). Nella fattispecie tale valore supera ampiamente la soglia testé menzionata. I termini di impugnazione e risposta sono di 10 giorni, essendo la procedura di adozione di provvedimenti cautelari di natura sommaria (art. 314 cpv. 1 CPC). Nella fattispecie sia l'appello sia la risposta sono tempestivi.

E. 2

L'atto di appello deve contenere i motivi di fatto e di diritto sui quali si fonda ed essere motivato (art. 310 e 311 cpv. 1 CPC). L'appellante deve spiegare non perché le sue argomentazioni siano fondate, ma perché sarebbero erronee o censurabili le motivazioni del Pretore. Egli non può dunque limitarsi a proporre una propria tesi e una propria lettura dei fatti, bensì deve offrire critiche puntuali, esplicite e circostanziate, poiché l'autorità di appello deve essere messa nella misura di comprendere agevolmente le censure ricorsuali, pena l'irricevibilità delle medesime. Gli allegati di appello e di risposta saranno esaminati solo laddove rispettano i principi summenzionati.

E. 3

Con l'appello AP 1 contesta la conclusione sulla quale il Pretore ha fondato la sua decisione di respingere l'istanza, per la quale non è stato allegato e dimostrato l'agire abusivo della banca tunisina garante in primo grado, sostenendo che anche questa, e non solo l'acquirente, hanno escusso in manifesto abuso di diritto la garanzia per i difetti del materiale combustibile venduto. L'istituto di credito in questione era in effetti stato coinvolto nell'operazione di fornitura e acquisto sin dall'inizio, avendo effettuato i pagamenti del prezzo d'acquisto concordato all'appellante secondo gli stretti requisiti previsti dalle lettere di credito documentario (LCD), e aveva potuto e dovuto esaminare i necessari documenti attestanti che le forniture erano in regola e rispettavano i parametri fissati. D'altronde, ha aggiunto, la controparte, nella sua risposta di causa, neppure ha contestato gli argomenti di merito dell'istante, limitandosi a sollevare l'eccezione di incompetenza territoriale, poi respinta.

E. 4

Nella decisione in disamina, il giudice di prime cure ha innanzitutto stabilito che _____ SA non ha emesso una garanzia a prima richiesta ma una contro-garanzia bancaria a prima richiesta: la banca garante ha in effetti incaricato la sua corrispondente nel luogo di domicilio del beneficiario di emettere una garanzia a favore di questi, emettendo a sua volta una contro-garanzia a favore della sua corrispondente. In questo modo, ha spiegato il Pretore, è sorto un rapporto giuridico tra la banca garante di secondo rango (_____ SA) e l'ordinante (AP 1) identificabile come contratto di mandato, mentre tra costui e la banca garante in primo grado (Société _____ SA) non sussiste nessuna relazione contrattuale, così che non è giuridicamente concepibile il divieto cautelare di pagamento della garanzia al beneficiario richiesto dall'ordinante. Il giudice ha poi precisato che il divieto di pagamento della contro-garanzia, indirizzato dall'ordinante a _____ SA, in caso di accoglimento, non sarebbe privo di conseguenze negative per quest'ultima, avendo essa assunto un obbligo di garanzia verso l'istituto di credito tunisino che non potrebbe più onorare. Ciò detto, egli ha esaminato il concetto di abuso di diritto manifesto in relazione alla fattispecie, partendo dal presupposto che si debbano adottare criteri più restrittivi a quelli applicabili in materia di garanzia diretta, poiché ove è appellata la contro-garanzia da parte della banca garante in primo grado, la banca contro-garante può opporsi al pagamento soltanto se l'escussione da parte del beneficiario della garanzia in primo rango era manifestamente abusiva e la banca garante in primo rango ne era a conoscenza e ha agito con dolo, cioè se anch'essa ha commesso un manifesto abuso di diritto. Nel caso concreto, ha accertato il Pretore, l'istante non ha dimostrato e neppure allegato che la banca garante in primo rango, Société _____ SA, sapesse dell'abusività della richiesta di pagamento della garanzia e abbia deciso scientemente di sostenerla. In assenza di questo presupposto materiale, l'istanza è stata dunque respinta senza necessità di valutare se l'agire della società AO 1 sia stato abusivo.

E. 5

Nella fattispecie ci troviamo di fronte a un caso in cui all'emissione di un credito documentario è stata abbinata quella di una garanzia bancaria: l'acquirente si è impegnato con il contratto del 13 marzo 2017 (doc. C, art. 6) a emettere un credito documentario per il pagamento della merce, qui coke petrolifero, mentre dal canto suo il venditore ha fatto rilasciare una garanzia bancaria per tutelare la controparte dalle conseguenze di una mancata esecuzione da parte sua (doc. C, art. 7). Per la garanzia bancaria in questione (performance bond, Erfüllungsgarantie) è stato concordato l'intervento di una seconda banca, quella tunisina (doc. C, art. 7), attiva nella giurisdizione del domicilio dell'acquirente, che da sola ha assicurato l'impegno a pagare quest'ultimo a fronte della garanzia (meglio detto: della contro-garanzia) nei suoi confronti da parte della banca svizzera, _____ SA, di coprire le conseguenze finanziarie dell'impegno al pagamento assunto nei confronti del beneficiario (doc. G; cfr. anche Carlo Lombardini, *Droit bancaire suisse*, 2a ed., 2008, pag. 580 seg. e pag. 596 segg.). Le parti hanno pure concordato che la garanzia bancaria avrebbe dovuto essere pagata a prima richiesta dell'acquirente accompagnata da una sua semplice conferma scritta del mancato adempimento da parte di AP 1 dei suoi doveri contrattuali (doc. C art. 7, doc. G e lettera 28 marzo 2017 della Société _____ SA prodotta dalla convenuta). In questo modo, evidentemente, il beneficiario è stato messo in una posizione estremamente forte, non essendogli necessario provare il buon fondamento della sua posizione. E' indiscutibile che la banca garante in primo grado si è impegnata a fronte della certezza di essere a sua volta risarcita dalla banca contro-garante _____ SA a prima richiesta scritta attestante il possesso della domanda di pagamento

da parte del beneficiario (doc. G, pag. 2). Di conseguenza, nemmeno la Società _____ SA, per ottenere il rimborso, era tenuta a giustificare d'aver pagato la garanzia o a provare d'aver verificato l'esistenza di un inadempimento contrattuale da parte del venditore. Questo perché, come avviene di regola nel settore, con la contro-garanzia sono stati ridotti al minimo i requisiti che la banca garante deve soddisfare per ottenere la rifusione di quanto dovuto: in effetti – come accade sovente e come nella fattispecie – solo consentendole di poter essere indennizzata senza nemmeno dover dimostrare d'aver rettamete eseguito il proprio mandato essa può essere assicurata di venire coperta contro tutte le conseguenze finanziarie derivanti dall'emissione della garanzia diretta, che altrimenti difficilmente accetterebbe di concedere (Lombardini , op. cit., pag. 597). La banca contro-garante può tuttavia declinare di risarcire la banca garante in primo grado se questa poteva legittimamente rifiutare di pagare la garanzia, ad esempio perché fatta valere tardivamente o perché la richiesta non è stata formulata correttamente.

E. 6

Il rapporto tra il venditore e la banca garante di secondo rango è giuridicamente connotabile come mandato: il primo incarica la seconda di emettere una garanzia a favore del beneficiario. Se vi sono, come qui, due banche implicate, il contratto è concluso tra il venditore/ordinante e la banca contro-garante. La banca garante in primo grado non è l'ausiliario della banca contro-garante, né la sua submandataria: essa non esegue alcun impegno assunto dalla contro-garante nei confronti del beneficiario ma agisce su richiesta di questa assumendosi un obbligo di pagamento indipendente rispetto al beneficiario. Il beneficiario non ha alcun rapporto contrattuale con la banca contro-garante. Questa è responsabile verso l'ordinante solo per la scelta della banca garante e per le modalità di esecuzione delle istruzioni ricevute (Lombardini , op. cit., pag. 598).

E. 7

Il beneficiario non è legittimato ad ottenere il pagamento della garanzia qualora la sua domanda costituisca un abuso di diritto o una frode. L'esistenza degli estremi per rifiutare il pagamento deve essere esaminata con rigore e può essere ammessa nei casi più lampanti (Lombardini , op. cit., pag. 605). È comunque sia, raro che la banca disponga degli elementi per prendere la decisione di non onorare la garanzia. Di conseguenza, chi chiede al proprio istituto di credito di emettere una garanzia a favore di un terzo deve valutare preliminarmente e approfonditamente i rischi che questo comporta e deve essere cosciente del fatto che il beneficiario possa sfruttare la situazione indebitamente. In effetti in queste situazioni, di norma, il pagamento non può essere a priori evitato e, quindi, in base al vigente principio “*Erst zahlen, dann prozessieren*” (pay first, argue later; applicato ad es. in DTF 138 III 241; cfr. anche Andres Büsser , *Einreden und Einwendungen der Bank als Garant gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten – Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie*, Diss. Freiburg 1997, n. 512 segg.) , si rende necessario tentare il recupero in un secondo tempo del denaro ingiustamente elargito tramite cause giudiziarie. Difficoltà e pericoli connessi con queste procedure, in particolare per il luogo di domicilio del beneficiario o la sua solvibilità, non possono essere addotti come valido motivo per ostacolare il pagamento della garanzia (Lombardini , op. cit., pag. 607). In caso di contro-garanzia, la banca tenuta a prestarla deve limitarsi a verificare che l'istituto finanziario garante in primo grado abbia formulato in maniera corretta la richiesta di rimborso. Essa non può rifiutarsi di dar seguito ai suoi impegni che a fronte di un abuso di diritto da parte del beneficiario al quale la banca

garante ha coscientemente e volontariamente collaborato (STF 4A_164/2007 del 9 agosto 2007 consid. 3.3.2), laddove non è sufficiente che quest'ultima possa aver avuto dei dubbi sulla legittimità delle pretese del beneficiario. Di conseguenza l'ordinante non può bloccare una contro-garanzia anche se, nelle stesse circostanze, avrebbe potuto impedire una garanzia diretta (Lombardini , op. cit., pag. 607 seg.).

E. 8

Questa Camera (II CCA 11 settembre 2006 inc. n. 12.2005.210 e cit.), ha già avuto modo di chiarire che per ottenere in via cautelare il divieto alla banca garante di onorare una garanzia a prima richiesta, è necessario 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 , *Mésures 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 pag. 54 segg.; Kleiner , *Bankgarantie*, 4. ed., Zurigo 1990, n. 21.43 segg., 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 pag. 356; Egger , *Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien*, in SZW 1/90 pag. 14 segg.; Löw , *Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz*, Basilea-Ginevra-Monaco 2002, pag. 69 segg.; Cocchi , *Provvedimenti cautelari per impedire il pagamento di (contro) garanzie bancarie "a prima richiesta"*, in NRCP 2004 pag. 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 (da apprezzare in maniera rigorosa DTF 108 II 228), 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 è manifesto, ma nell'apprezzamento della verosimiglianza bisognerà essere rigorosi. L'applicazione alla fattispecie in disamina di questi principi comporta che, per accogliere l'istanza, era necessario rendere verosimile che la banca garante in primo grado, quindi quella tunisina, avesse partecipato scientemente e volontariamente ad un abuso di diritto da parte del beneficiario, anch'esso da rendere verosimile.

E. 9

Per l'appellante - con argomento già succintamente allegato nella replica spontanea del 9 agosto 2017 (pag. 3) - la connivenza della Società _____ SA è attestata dal fatto che, essendo stata coinvolta sin dall'inizio nell'operazione di acquisto e fornitura del coke petrolifero, avendo essa effettuato il pagamento del prezzo in base alla lettera di credito documentario dopo aver ricevuto ed esaminato i documenti e i certificati di analisi attestanti la consegna e la qualità del prodotto venduto e aver accertato l'adempimento da parte di AP 1 dei suoi doveri, non poteva poi dare seguito all'escussione della garanzia per la mancata corretta esecuzione del contratto. Questa tesi non può essere seguita. Il fatto che la banca tunisina abbia potuto verificare la correttezza della documentazione prodotta dalla venditrice in base alla lettera di credito documentario, non significa ancora che fosse cosciente dell'infondatezza della richiesta di escussione della garanzia per mancata esecuzione di tutti gli obblighi contrattuali fatta valere da AO 1 e abbia così avuto intenzione di partecipare a un abuso di diritto da parte di quest'ultima. In ogni modo i

certificati d'analisi di I _____ B.V. (doc. D ed E) nulla dicono sulle modalità di scelta e prelevamento dei campioni di coke petrolifero consegnati per l'esame chimico, che potrebbero quindi anche non essere stati valida espressione della qualità di tutto il carico. Le variabili che possono aver portato a scoprire un difetto (contestato dall'appellante e in questo stadio della vertenza non dimostrato) della merce in un secondo tempo, ossia solo al momento del suo utilizzo, sono comunque numerose, per cui non è irrealistico ipotizzare che la documentazione prodotta per il pagamento delle lettere di credito documentario non rispecchiasse la realtà e che dopo il saldo del prezzo possano essere emerse delle carenze qualitative del coke petrolifero già esistenti al momento dell'imbarco ma non riscontrate nelle analisi dei campioni oppure causate da un evento verificatosi a posteriori. Questo contesto non permette di dare spazio all'assioma secondo il quale l'aver pagato le lettere di credito dimostra, o almeno rende verosimile, che i responsabili del pagamento per la banca tunisina fossero a conoscenza dell'abusività - per altro non dimostrata alla luce di quanto precede - della richiesta di pagamento della somma in garanzia e abbiano deciso consciamente di partecipare all'abuso. Non essendo stata provata la verosimiglianza della complicità della Société _____ SA ad un agire asseritamente abusivo della società AO 1, la sentenza pretorile risulta corretta e deve essere tutelata.

E. 10

Per quanto precede, l'appello di AP 1 deve essere respinto, con conseguente conferma del giudizio pretorile. Di riflesso, il decreto presidenziale supercautelare di questa Camera del 10 gennaio 2018 deve essere revocato. Le spese processuali d'appello seguono la soccombenza (art. 106 cpv. 1 CPC) e sono determinate in base al valore di causa di USD 91'575.-, della natura e della complessità della presente procedura. Non si riconoscono ripetibili, non essendo stata la convenuta rappresentata in giudizio da un legale autorizzato ai sensi dell'art. 68 cpv. 2 lett. a CPC e della Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati. Per questi motivi, richiamati l'art. 106 CPC, la LTG e il RTar decide: 1. L'appello 22 dicembre 2017 di AP 1, Lugano, è respinto. 2. Il decreto superprovvisorio del Presidente di questa Camera del 10 gennaio 2018 con cui, inaudita parte, ha fatto divieto a _____ AG, _____, _____, di dare seguito a qualsiasi richiesta di pagamento facente riferimento alla performance guarantee n. _____ del 24 marzo 2017, è revocato. 3. Le spese processuali di fr. 4'000.- sono poste a carico dell'appellante. Non si assegnano ripetibili. 4. Notificazione: - - - , per conoscenza - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente _____ Il vicecancelliere Rimedi giuridici

Contro la presente sentenza è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Nelle cause a carattere pecuniario il ricorso è ammissibile se il valore litigioso ammonta a fr. 15'000.- nelle vertenze in materia di diritto del lavoro e di locazione e a fr. 30'000.- negli altri casi. Per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF). Il ricorso è ammissibile contro le decisioni che pongono fine al procedimento (art. 90 LTF). Esso è pure ammissibile contro una decisione che concerne soltanto talune conclusioni, se queste possono essere giudicate indipendentemente dalle altre, o che pone fine al procedimento soltanto per una parte dei litisconsorti (art. 91 LTF), oppure ancora contro decisioni pregiudiziali e incidentali notificate separatamente e concernenti la competenza o domande di ricusazione (art. 92 cpv. 1 LTF). In presenza di altre decisioni pregiudiziali o incidentali,

il ricorso è ammissibile solo se le stesse possono causare un pregiudizio irreparabile o se l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defaticante o dispendiosa (art. 93 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in materia civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113, 117 LTF). La parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (art. 119 LTF). Contro le decisioni in materia di misure cautelari il ricorrente può far valere soltanto la violazione di diritti costituzionali (art. 98 LTF).

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