

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20110419\_i\_ti\_o\_01 vom 19. April 2011**

FINMA Versicherungsrecht, 2011-04-19, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20110419\\_i\\_ti\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20110419_i_ti_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20110419\_i\_ti\_o\_01 du 19 avril 2011

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20110419\_i\_ti\_o\_01 del 19 aprile 2011

## **Erwägungen**

### **E. 19**

aprile 2011

### **E. 20**

della presente legge si ritiene che sia receduto dal contratto e abbia rinunciato al pagamento del premio. (cpv. 1)

Se l'assicuratore ha richiesto il premio o l'ha accettato più tardi, la sua responsabilità rinasce dal momento in cui il premio arretrato venga pagato con interessi e spese. (cpv. 2)".

Qualora gli effetti del contratto siano sospesi (art. 20 cpv. 3 LCA) e l'assicuratore non intenti una procedura esecutiva nei due mesi che fanno seguito alla scadenza del termine di grazia, v'è la presunzione irrefragabile – che esclude l'apporto della prova del contrario (STF in RUA VIII n. 109, in: CARRÉ, op. cit., pag. 218 ad art. 21 LCA) - che egli voglia recedere dal contratto e quindi che rinunci al pagamento del premio arretrato (TComm. ZH in RUA XIV n. 33, in: CARRON, op. cit., n. 194 pag. 67), fatto comunque salvo quanto prescritto al capoverso 2 dell'art. 21 LCA.

Il contratto, ai termini dell'art. 21 cpv. 1 LCA, si estingue dunque ex nunc e non ab initio. Anziché attendere che la presunzione irrefragabile sia effettiva (presunzione di rescissione), l'assicuratore ha la possibilità di dichiarare espressamente che vuole recedere dal contratto. Per far ciò, egli non deve aspettare che sia trascorso il periodo di due mesi, ma può dichiarare la sua volontà immediatamente (KUHN/MONTAVON, op.cit., pag. 199).

Se l'assicuratore recede effettivamente dal contratto, qualunque sia il modo in cui ciò avvenga (per dichiarazione dell'assicuratore o alla scadenza del termine di due mesi), giusta l'art. 21 cpv. 1 LCA egli perde automaticamente ogni diritto a ricevere i premi arretrati ed a rivendicare le prestazioni precedentemente fornite. V'è dunque una finzione della rinuncia da parte dell'assicuratore per il recupero dei premi arretrati (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 198 e seg.; HASENBÖHLER, op. cit., nn. 4-18 ad art. 21 LCA, pag. 330 segg.). Se l'assicuratore non ha intenzione di recedere dal contratto può pretendere dal debitore che quest'ultimo dia seguito ai suoi obblighi. Ciò significa che può esigere dall'assicurato l'esecuzione del contratto e quindi il pagamento del premio ormai scaduto. Onde evitare che si crei una situazione di presunzione di rinuncia all'adempimento contrattuale (art. 21 cpv. 1 LCA), il creditore può introdurre al competente ufficio una procedura esecutiva atta a recuperare il premio arretrato. Il creditore deve

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

### **E. 21**

agire nel periodo di due mesi che ha fatto seguito alla diffida legale di pagamento. Infatti, se in questo lasso di tempo l'assicuratore non si attiva per recuperare il premio, sussiste la presunzione di rinuncia a recuperare il premio arretrato (TC ZG in RUA XIX n. 30, in: CARRON, op. cit., n. 189 pag. 65).

Se l'assicuratore, trascorso il termine legale di grazia di quattordici giorni, sceglie di ottenere il pagamento del premio - e quindi di non rinunciare al contratto - e concede ancora del tempo all'assicurato prima di procedere con il recupero del premio, il contratto rimane ugualmente sospeso conformemente all'art. 20 cpv. 3 LCA (STF in RUA V n. 124, in: CARRÉ, op. cit., pag. 220 ad art. 21 LCA). Nell'eventualità in cui la procedura esecutiva abbia avuto esito favorevole o che il creditore abbia accettato più tardi il pagamento del premio arretrato comprese le spese e gli interessi moratori (art. 21 cpv. 2 LCA) - anche se gli ammontari di questi ultimi dovessero essere esigui (DTF 112 II 463) -, gli obblighi dell'assicuratore rinascono dal momento in cui l'importo del premio arretrato è stato interamente pagato (ex nunc). Il pagamento non esplica effetti retroattivi a partire da quando gli obblighi dell'assicuratore sono stati sospesi (TD BE in RUA XIII n. 91, in: CARRON, op. cit., n. 196 pag. 67).

Gli obblighi dell'assicuratore rinascono dunque soltanto a condizione che egli abbia accettato più tardi il pagamento del premio scaduto (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 202).

Come indicato in precedenza, se l'assicuratore accetta il pagamento del nuovo premio prima che il premio arretrato sia stato soluto, ciò non significa che egli rinunci alla sospensione del contratto. L'assicuratore può prevalersi della sospensione della copertura anche se il precetto esecutivo teso al recupero del premio scaduto è notificato dopo il pagamento del nuovo premio (DTF 103 II 204). La sospensione della copertura assicurativa si ripercuote sugli obblighi dell'assicuratore, e né la scadenza né il pagamento di un premio susseguente hanno per effetto che la garanzia contrattuale fornita dall'assicuratore torni in vigore (DTF 103 II 204, STF in RUA XIV n. 32, in: CARRON, op. cit., n. 188 pag. 65). Il rapporto d'assicurazione fra l'assicuratore e l'assicurato rinasce soltanto per accordo delle parti (STF in RUA VIII n. 25/109, in: CARRÉ, op. cit., pag. 218 ad art. 21 LCA). Grazie al solo pagamento, l'assicurato non può infatti rimettere unilateralmente

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

## **E. 22**

in vigore il contratto: il pagamento va infatti accettato da parte dell'assicuratore (art. 21 cpv. 2 LCA).

Ne segue che, di principio, nel caso di specie il contratto è stato validamente sospeso dal 25 novembre 2008 (cfr. plico doc. 11, data della prima ingiunzione con la comminatoria), fino al 19 febbraio 2009 (pagamento) e dal 14 aprile 2009 (cfr. plico doc. 11) al 14 luglio 2009 (pagamento). Per cui tutte le inabilità lavorative sorte in questi due periodi di sospensione non devono, di massima, essere pagate dall'assicuratore.

Ritenuto inoltre che quest'ultimo ha accettato entrambi i pagamenti dell'attrice, seppure tardivi, la società non ha neppure diritto al rimborso dei premi versati per i periodi di sospensione. Per cui la domanda tendente a condannare l'assicuratore a restituire i premi per il periodo dal 30 novembre 2008 al 14 luglio 2009 va in ogni caso respinta.

2.10. L'attrice accenna alla circostanza che il 29 giugno 2009 l'assicuratore l'ha informata che il contratto presentava un risultato positivo per il periodo dal 1° dicembre 2006 al 31 dicembre 2008 per un importo di fr. 134'493, bonificato senza nessuna deduzione alcuni giorni dopo (doc. M e doc. I pag. 4: "L'importo è integralmente (dunque senza deduzioni di sorta) bonificato in favore della qui attrice", sottolineatura del redattore), mentre la convenuta in sede di risposta evidenzia che il diritto alle eccedenze viene stabilito dall'assicuratore decorso il periodo di osservazione ed è erogato se viene raggiunto un determinato risultato positivo e se i premi sono stati interamente saldati. L'assicuratore sottolinea che nel caso di specie in mancanza di pretese reciproche scadute, visto che il premio è finanziato anche dal lavoratore, non ha potuto dar seguito alla richiesta di compensazione della società (doc. V, pag. 10).

2.11. Per l'art. 120 cpv. 1 CO quando due persone sono debtrici l'una verso l'altra di somme di denaro o di altre prestazioni della stessa specie, ciascuna di esse, purché i due crediti siano scaduti, può compensare il proprio debito col proprio credito. A norma dell'art. 120 cpv. 2 CO il debitore può opporre la compensazione sebbene il suo credito sia contestato.

L'art. 122 CO prevede che chi si è obbligato a vantaggio di un terzo non può compensare questo debito con ciò che gli deve l'altra parte.

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

### **E. 23**

Per l'art. 124 cpv. 2 CO i due crediti si riterranno allora reciprocamente estinti, per le quantità corrispondenti, al momento stesso in cui divennero a vicenda compensabili.

Va ancora evidenziato che l'art. 17 cpv. 3 LCA prevede che l'assicuratore non ha diritto di compensare i crediti che gli spettano verso lo stipulante coll'indennità dovuta all'assicurato. Rimane ferma la disposizione dell'articolo 18 capoverso 2 della legge per il quale nell'assicurazione per conto altrui l'assicuratore ha diritto di esigere il pagamento del premio anche dall'assicurato, se lo stipulante è divenuto insolubile e non ha peranco ricevuto il premio dall'assicurato.

Infine, la polizza assicurativa, a proposito delle eccedenze, prevede quanto segue:

"(...) In caso di andamento positivo dell'assicurazione durante un periodo di osservazione di almeno tre anni assicurativi, che devono corrispondere a tre anni civili pieni, la CSS rimborsa al contraente una partecipazione alle eccedenze.

L'eccedenza di un periodo di osservazione è la somma che si ricava dal 70% dei premi, ridotta dei pagamenti per le prestazioni, nonché degli oneri per riserve e accantonamenti. La CSS rimborsa al contraente 60% di questa eccedenza. I premi del periodo di osservazione devono ammontare almeno a CHF 9'000 e devono essere stati pagati. Un'eventuale perdita non viene riportata nel nuovo periodo di osservazione." (sottolineature del redattore)

2.12. In concreto dagli atti emerge che con e-mail del 10 marzo 2009 \_\_\_\_\_, segretario e direttore con firma individuale dell'attrice, ha scritto a \_\_\_\_\_ della \_\_\_\_\_, broker assicurativo della società, chiedendogli di attivarsi presso l'assicuratore per disporre il riversamento delle eccedenze per il periodo 2006- 2008 e meglio per compensare lo scoperto dell'ultimo trimestre 2008 con quanto dovuto da CSS (cfr. doc. O).

L'11 marzo 2009 \_\_\_\_\_, dipendente della convenuta, ha scritto un e-mail a \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, affermando che "il cliente non può beneficiare delle partecipazioni alle eccedenze per compensare i premi. Inoltre non possiamo nemmeno anticipare per un singolo cliente il versamento delle partecipazioni" (doc. P).

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

#### **E. 24**

Il 29 ottobre 2009 la società ha affermato:

"(...) 3. L'interruzione dei pagamenti come da voi segnalata, si basava sul fatto che a partire dal 1.01.09 la nostra impresa aveva accumulato eccedenze per (a quel momento) ca. fr. 100'000.-- Importo che dopo i conteggi finali è aumentato fino a fr. 136'000.--. E non trovavamo comprensibile dover anticipare dei premi.

Attraverso il nostro broker (\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_) abbiamo cercato di trovare una soluzione affinché si potesse compensare almeno una parte dei premi 2009 con queste eccedenze. Questo in quanto eravamo impegnati con il caso \_\_\_\_\_, i premi in sospeso e l'attesa di un riversamento delle eccedenze che si è prolungato fino al mese di luglio invece della fine di aprile per problemi informatici e amministrativi segnalatici dal vostro personale.

I mesi sono trascorsi velocemente. Quando ci è stato comunicato dalla CSS (10 giugno) che in ogni caso andavano riversati i premi in sospeso per l'ottenimento dei rimborsi e l'incasso delle eccedenze abbiamo proceduto subito al versamento di quanto richiesto.

Ora noi vogliamo regolare quanto prima tutti i premi ancora in sospeso fino al 31.12.09. Se possibile attraverso una compensazione con i casi \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e Iovic. (...)" (doc. 20)

In sede di udienza \_\_\_\_\_ ha affermato che "come datore di lavoro in virtù del contratto collettivo riconosco le eccedenze almeno parzialmente ai collaboratori e le porto in deduzione della quota a loro carico del premio IPG" (doc. XXVIII, pag. 5), mentre \_\_\_\_\_ ha rilevato che:

"(...) Per venire all'eccedenza di fr. 132'000.-- circa questo importo è stato riconosciuto. Non è però stato possibile immediatamente versarlo perché era condizionato al pagamento integrale dei premi per i periodi di interesse e rimanevano ancora scoperti i premi dell'ultimo trimestre e del conteggio definitivo a conguaglio.

Ad un altro cliente invece nonostante situazione analoga il pagamento delle eccedenze è avvenuto, il fatto è noto a \_\_\_\_\_.

La motivazione che mi era nota per il ritardo nel pagamento delle eccedenze era il cambiamento del sistema informatico.

Io posso confermare che ci sono stati casi, pochi, dove in via d'eccezione si è ammessa la compensazione tra premi ed eccedenze.

Da parte mia se ricordo bene ho chiesto ai miei superiori di compensare i premi con le eccedenze. La proposta è stata rifiutata." (doc. XXVIII)

2.13. In concreto la compensazione tra l'eccedenza e i premi non ancora soluti va esclusa per quanto concerne il debito

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

#### **E. 25**

contributivo dell'anno 2008 già per il motivo che la polizza prevede espressamente che il diritto all'eccedenza sorge solo se tutti i premi del corrispondente periodo (in concreto 2006-2008) sono stati pagati. Poiché il debito della Cassa al momento della domanda di compensazione non era ancora scaduto, non avendo la società pagato tutti i premi (in concreto ultimo trimestre 2008 e conguaglio 2008), a giusta ragione l'assicuratore, in applicazione dell'art. 124 cpv. 1 CO, ha rifiutato la compensazione (cfr. e-mail dell'11 marzo 2009, doc. P).

Circa il debito contributivo del primo trimestre 2009, l'assicuratore afferma che il medesimo è stato saldato il 14 luglio 2009 (doc. V, pag. 4) e che dal giorno successivo la sospensione dal pagamento delle prestazioni è stata revocata.

Dagli atti emerge che l'attrice ha soluto l'intero debito contributivo del 2008 (conguaglio) al più tardi in data 17 giugno 2009 (cfr. plico doc. 12 e doc. 26/3), ossia il giorno in cui è iniziata l'inabilità lavorativa di \_\_\_\_\_ (cfr. doc. 19). Infatti lo stesso giorno l'assicuratore ha scritto alla società affermando:

" con la presente dichiariamo che la vostra rispettabile ditta ha pagato i premi relativi al contratto collettivo per la perdita di salario stipulato con la nostra Assicurazione fino al 31 dicembre 2008 (compreso)" (plico doc. 12)

Ci si potrebbe pertanto chiedere se la sospensione iniziata il 14 aprile 2009 a causa del mancato versamento del premio del primo trimestre 2009 non potrebbe essere terminata al più tardi il 17 giugno 2009 con la possibile compensazione tra l'eccedenza di fr. 134'493 riconosciuta dalla convenuta (ma solo il 29 giugno 2009) e il premio in arretrato di fr. 20'317.55 (poi pagato il 14 luglio 2009, cfr. doc. 26/3).

In concreto dallo scambio di e-mail prodotto dall'attrice si evince infatti che la società aveva chiesto telefonicamente la compensazione tra le eccedenze e i premi e che la convenuta, non essendo dati i presupposti, non l'ha accettata (cfr. doc. P: "come detto telefonicamente, il cliente non può beneficiare delle partecipazioni alle eccedenze per compensare").

Va qui evidenziato che Wolfgang Peter, in Basler Kommentar, OR I, 4a edizione, 2007, n. 2 ad art. 124, pag. 723, sostiene che la possibilità di dichiarare la compensazione prima che sorga il diritto è controversa in dottrina ("Streitig ist, ob die Verrechnungserklärung bereits vor Entstehen der

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

## **E. 26**

Verrechnungsmöglichkeit abgegeben werden kann") ed evidenzia che mentre Von Tuhr/Escher sono contrari, Eugen Bucher lo ritiene possibile. Quest'ultimo autore, in Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2a edizione, a pag. 432 afferma infatti che "es scheint nichts entgegenzustehen, eine im voraus (d. h. vor Entstehung der beiden zur Verrechnung stehenden Forderungen) abgegebene Verrechnungserklärung als wirksam zu betrachten, wobei die Wirksamkeit mit dem Gegenübertreten der beiden verrechenbaren Forderung eintritt."

Viktor Aepli in: Zürcher Kommentar, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, art. 114-126 OR, 1991, n. 21 ad art. 124, pag. 284 rileva che la maggior parte della dottrina, di principio, non ritiene possibile una dichiarazione di compensazione anticipata, affermando

che:

"Grundsätzlich ausgeschlossen ist eine Verrechnungserklärung zum voraus (so auch Von Tuhr/Escher 205; Rebmann/Säcker N 12 zu § 387; Esser/Schmidt 269; Staudinger/Kaduk N 6 zu § 387, N 5 zu § 388; a. A. Bucher 431). Im Hinblick auf eine erst in Zukunft entstehende Verrechnungsbefugnis kann nicht eine wirksame Verrechnungserklärung abgegeben werden. Sie würde eine Unsicherheit schaffen, die dem Kompensaten schon mit Rücksicht auf die Einseitigkeit der Verrechnung nicht zumutbar ist (ohne weiteres möglich ist aber ein entsprechender Verrechnungsvertrag, vgl. BGE 48 II 254 Nr. 38; zum Verrechnungsvertrag im allgemeinen: Vorb. Zu Art. 120 – 126 N 199 ff.). Eine Ausnahme wäre denkbar, wenn der Zeitpunkt, in dem die Verrechnungsbefugnis der Erklärenden entstehen wird, bereits konkret feststeht oder vom Kompensaten abhängt. Zu dieser Ausnahme wäre aber ein Dreifaches zu bemerken. a. Voraussetzung müsste sein, dass die Verrechnungserklärung unmissverständlich als vorzeitige erkennbar ist. Andernfalls kann der Kompensat davon ausgehen, der Kompensant halte sich für den Zeitpunkt des Eintreffens der Erklärung zur Verrechnung befugt. Alsdann ist seine Verrechnungsbefugnis auf Zeitpunkt bezogen zu prüfen (fehlt sie, so ist die Verrechnungserklärung unwirksam). b. Der Kompensant wäre an seine vorzeitige Verrechnungserklärung gebunden. Die ihr zugrunde liegenden Obligationen könnten von ihm weder für eine andere Verrechnung verwendet werden noch könnte er seine Schuld durch effektive Erfüllung tilgen, ausser der Kompensat gäbe sein Einverständnis. c. Die vorzeitige Verrechnungserklärung könnte die allfällig bereits bestehende oder doch vor dem massgebenden Zeitpunkt entstehende Verrechnungsbefugnis würde sich unabhängig von der vorzeitigen Verrechnungserklärung des Kompensanten beurteilen. Der Kompensat könnte daher (falls die Voraussetzungen vorliegen) eine der vorzeitigen Verrechnungserklärung zugrunde liegende Obligation vor dem massgebenden Zeitpunkt für eine andere Verrechnung verwenden oder seine Schuld durch effektive Erfüllung tilge. In beiden Fällen werde die vorzeitige Verrechnungserklärung des Kompensanten gegenstandslos."

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

## **E. 27**

Va ancora evidenziato che con sentenza 4C.212/2006 del 28 settembre 2006 il TF ha rammentato che il debitore deve esprimere chiaramente la sua intenzione di compensare e la dichiarazione di volontà deve permettere al destinatario di comprendere, in funzione delle circostanze, qual è il credito compensato e qual è il credito compensante (sentenza citata, consid. 3.1.1). Se il debitore non precisa quale credito intende compensare la sua dichiarazione è incompleta e, di conseguenza, sprovvista di effetto giuridico (sentenza 4C.174/1999 del 14 luglio 1999 consid. 2b, in Semaine Judiciaire 2000 I pag. 78). Quando una parte invoca la compensazione le incombe di presentare i fatti che permettono di constatare che le condizioni della compensazione sono riunite (sentenza 4C.212/2006 del 28 settembre 2006 consid. 3.1.3).

In concreto questo TCA ritiene che le condizioni della compensazione non siano adempiute.

Innanzitutto in sede di petizione l'attrice ha solo accennato al fatto che il 29 giugno 2009 l'assicuratore l'ha informata che il contratto presentava un risultato positivo per il periodo dal 1° dicembre 2006 al 31 dicembre 2008 per un importo di fr. 134'493, bonificato senza nessuna deduzione alcuni giorni dopo (doc. M e doc. I pag. 4), senza tuttavia sollevare espressamente l'eccezione di compensazione.

In secondo luogo da un e-mail del 10 marzo 2009 di \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, emerge che la volontà della società era comunque di compensare i premi dell'ultimo trimestre 2008 (ed eventualmente il conguaglio) con le eccedenze, ciò che come visto in precedenza non era comunque possibile (doc. O: "Volevo inoltre chiederti di attivarti per disporre con la CSS il riversamento delle eccedenze scaturite dal contratto di perdita di salario in caso di malattia periodo 2006-2007-2008. Resta scoperto l'ultimo trimestre del 2008 che potrebbe venir compensato con una semplice operazione contabile").

Certo, in un successivo e-mail dell'11 marzo 2009 di \_\_\_\_\_ ad \_\_\_\_\_ emerge che le parti hanno discusso anche del debito contributivo del primo trimestre 2009 (doc. P) e nello scritto del

## **E. 29**

A proposito della buona fede derivante dall'art. 2 CC, in DTF 130 III 345, al consid. 2, il TF ha rammentato:

"(...) 2.2 Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt voraus, dass die Beteiligten in eine so genannte "rechtliche Sonderverbindung" zueinander getreten sind, welche erst rechtfertigt, die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen (BGE 120 II 331 E. 5a S. 336). Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Ein zufälliges und ungewolltes Zusammenprallen, wie es im Regelfall einer auf Fahrlässigkeit gründenden Deliktshaftung eigen ist (BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327; Urteil des Bundesgerichts 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3a, publ. in: SJ 2000 I S. 554 f.; KRAMER, a.a.O., N. 141; HANS PETER WALTER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 120/2001 I S. 97), schafft dagegen keine derartige Sonderverbindung. Die Eigenhaftung eines Erfüllungsgehilfen kommt damit nur in Betracht, wenn er selbst in engen persönlichen Beziehungen zum Kunden seines Auftraggebers stand oder wenn er diesem aufgrund seines gesamten Verhaltens gleichsam persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts bot (Urteil des Bundesgerichts 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3a, mit Hinweis auf WIEGAND/BERGER, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, in: ZBJV 135/1999 S. 713 f. und 743)."

Con sentenza 4C.421/1999 del 17 febbraio 2000 (cfr. anche Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3a edizione, 2006, n. 43 ad art. 2, pag. 45) il TF ha rammentato:

"4.- Die Beklagte wirft der Klägerin Rechtsmissbrauch vor, weil diese die Ausgestaltung des Vertrages als Auftrag gewünscht und sich darin ausdrücklich verpflichtet habe, sämtliche Sozialabgaben selbst zu übernehmen. Nun verlange sie - über das vereinbarte Entgelt hinaus - von der Beklagten die hälftigen Sozialbeiträge. Ein derartiges widersprüchliches Verhalten halte vor Art. 2 ZGB nicht stand.

Als Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs erfasst Art. 2 Abs. 2 ZGB auch das widersprüchliche Verhalten (*venire contra factum proprium*). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt es allerdings keinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln. Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde. (BGE 125 III 257 E. 2; 121 III 350 E. 5b; 115 II 331 E. 5a; 106 II 320 E. 3; Merz, Berner Kommentar, N. 401 f. zu Art. 2 ZGB). Der Vertrauende muss aufgrund des geschaffenen Vertrauens

Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen (BGE 121 III 350 E. 5b). Er lässt etwa rechtserhaltende Fristen verstreichen, unterlässt die Regressnahme auf Dritte weil er mit der eigenen Inanspruchnahme nicht gerechnet hat oder nimmt andere prozessrelevante oder tatsächliche Handlungen vor, die er ohne den vom Partner geschaffenen Vertrauenstatbestand so nicht vorgenommen hätte

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

### **E. 30**

(Merz, a.a.O., N. 407 f. zu Art. 2 ZGB; Soergel/Teichmann, N. 317 f., 321 zu § 242 BGB). Derartiges Vertrauen schafft indes derjenige nicht, der sich auf die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen Verstosses gegen zwingendes Recht beruft. Dagegen spricht bereits, dass die widerrechtliche Klausel nicht rechtsbeständig ist, vielmehr ex tunc unheilbar unwirksam ist und die Nichtigkeitsfolge - ungeachtet allfälliger Parteianträge - amtswegige Beachtung erheischt (vgl. Kramer, Berner Kommentar, N. 308 f., 316 zu Art. 19-20 OR). Wie das Obergericht zutreffend erkannt hat, kann deshalb nichts darauf ankommen, wer die betreffende Ausgestaltung des Vertrages gewollt hat und von wem die konkrete Formulierung ausgegangen ist. Die Missbrauchseinrede ist damit unbegründet.” (sottolineature del redattore)

Va ancora evidenziato che, nell’ambito delle assicurazioni sociali, con sentenza 9C\_918/2007 del 14 gennaio 2009, il TF ha affermato:

" 3.3 Secondo giurisprudenza, una cassa malati che si assume - per sbaglio (come lo pretende nel caso di specie Y) e per un certo periodo (tre mesi essendo già stati ritenuti sufficienti [RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5c]) - delle prestazioni (ad es. un medicinale o un trattamento medico) senza esservi tenuta, fa nascere nell'assicurato l'aspettativa che queste continueranno ad essergli assegnate anche in futuro. In questo caso, la cassa non può interrompere l'assunzione delle prestazioni accordate a torto se l'assicurato, che non era a conoscenza dell'errore e nemmeno doveva esserlo, fondandosi sul comportamento della cassa ha preso delle disposizioni non reversibili senza pregiudizio (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni K 25/02 del 23 settembre 2002, in RAMI 2002 no. KV 230 pag. 473 consid. 5.2.1 e 5.2.2; 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti; cfr. pure sentenza K 44/03 del 19 novembre 2004, in SVR 2006 no. KV 6 pag. 13, consid. 5.2). In siffatta evenienza, la buona fede dell'assicurato deve essere tutelata e allo stesso deve essere assegnato il tempo necessario per adattare e modificare le proprie disposizioni. Il che significa che una modifica della prassi della cassa malati può avvenire solo pro futuro (ex nunc), ma non con effetto retroattivo (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni K 19/79 del 22 gennaio 1980, in RJAM 1980 no. 414 pag. 150; cfr. pure sentenze del Tribunale federale delle assicurazioni K 107/05 del 25 ottobre 2005, consid. 3.4.1, e K 141/01 del 18 giugno 2003, in SVR 2003 KV n. 27 pag. 103, consid. 6.2).

Per contro, la presente Corte ha rilevato che nel caso in cui una cassa malati ha assunto per inavvertenza un trattamento medico, il diritto ad ottenere il rimborso di un trattamento identico resosi necessario circa un anno dopo in seguito a una ricaduta della malattia dev'essere negato, l'assunzione del primo trattamento essendo da considerare isolato e non costituendo una prassi costante della cassa di natura tale da giustificare il diritto alla tutela della buona fede (RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti).”

2.15. Nel caso di specie il teste \_\_\_\_\_, collaboratore di CSS e da inizio 2011 attivo presso un altro gruppo assicurativo, ha affermato che “da parte mia vengo solo marginalmente

informato

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

### **E. 31**

della evoluzione dei pagamenti ma poi sono stati soprattutto i rappresentanti della XXX che si sono avvicinati a me per segnalarmi queste difficoltà, come appare dai e-mail e successivamente c'è stato un "buco" nell'interessamento perché sia io sia XXX che i suoi rappr. eravamo convinti che tutto si sarebbe risolto. Ricordo che ciò è avvenuto verso la fine del 2008 e salvo errore i premi erano quelli dell'ultimo trimestre 2008". Da parte sua \_\_\_\_\_, direttore con firma individuale della ditta XXX, sentito come parte, ha tra l'altro affermato che "quando il premio in precedenza era il 2% veniva pagato senza difficoltà, quando invece è notevolmente aumentato abbiamo avuto ritardi perché abbiamo raggiunto importi fino a fr. 140'000.- di premi annui. In quel periodo sono giunti richiami, ingiunzioni, diffide e nonostante questo le prestazioni venivano comunque pagate, quindi le indennità versate. Quando giungevano queste ingiunzioni o diffide avveniva un contatto, partivo io a verificare la situazione con la mia collaboratrice d'ufficio e poi mi appoggiavo su \_\_\_\_\_ e sistematicamente le prestazioni venivano riconosciute e veniva concordato un piano di rientro. Non so quantificarle in quanto a numero queste situazioni ma dal 30 al 50% delle volte in quel periodo storico avevamo questi ritardi e intervenivano questi richiami solleciti ingiunzioni. Capitava versassimo degli acconti sui premi e saldavamo poi il tutto in epoca successiva. Per il tramite di \_\_\_\_\_ veniva quindi concordato sostanzialmente un versamento rateale del premio ciò che noi facevamo in ditta, dandone poi comunicazione sia ad \_\_\_\_\_ che a CSS."

\_\_\_\_\_, partner di \_\_\_\_\_, citato seduta stante nonostante le obiezioni della rappresentante dell'assicuratore che ha ritenuto non doveroso procedere alla sua audizione siccome ha sentito quanto discusso ed è stato influenzato dalla discussione di causa, ha affermato che "ci sono stati questi ritardi nei pagamenti e ciò è capitato anche in concomitanza con casi aperti di inabilità lavorativa. Sono stati casi comunque dove l'assicuratore non ha mai rifiutato il pagamento anche se vi era una sospensione della copertura ma comunque onorato le sue prestazioni dicendo "non avremmo dovuto ma". Devo dire che in generale nell'ambito della mia attività ho riscontrato questo modo di agire frequentemente ossia con i clienti comunque pagatori, ancorché in ritardo, le Compagnie si dimostravano tolleranti ed onoravano i casi aperti. Ribadisco che anche se la XXX era fuori copertura i sinistri venivano onorati lo stesso perché comunque XXX pagava."

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

### **E. 32**

Chiamato dal Giudice a produrre tutte le situazioni in cui è intervenuto a pagare le indennità per perdita di guadagno in caso di sospensione e ciò possibilmente dal 2003, l'assicuratore ha evidenziato, in sede di udienza, che con il nuovo sistema informatico è verosimilmente difficile verificare la circostanza della sospensione.

Il 7 febbraio 2011 la convenuta ha informato il TCA che "purtroppo siamo in grado di fornirvi solo informazioni parziali" e che per "il periodo precedente al 2008 non possiamo darvi informazioni precise. Ciò è da ricondurre al fatto che dal maggio 2008 disponiamo di un nuovo sistema informatico, che non riprende nella totalità la documentazione trasmessa alla ditta e fornisce solo informazioni parziali in merito a tale periodo" (doc. XXXII).

L'assicuratore, dopo aver descritto il contenuto delle stampe delle "schermate" del computer ha aggiunto che "i periodi di sospensione delle prestazioni prima del maggio 2008 non possono venir dimostrati, ma solo ipotizzati, partendo dal presupposto che la lettera di diffida viene di regola inviata immediatamente decorso il termine di richiamo e che la sospensione viene di regola introdotta ca. 15 giorni decorso il termine di diffida. Non è di conseguenza possibile stabilire con precisione quali casi sono stati assunti durante la sospensione per mora, precedentemente al periodo indicato."

2.16. In concreto, a prescindere dalla circostanza che in passato la convenuta abbia o meno tollerato alcuni ritardi nel pagamento dei premi concedendo dilazioni ed abbia o meno versato prestazioni in costanza di sospensione delle medesime, le condizioni per riconoscere la buona fede dell'attrice non sono comunque adempiute.

La società, tenuta contrattualmente a versare puntualmente i premi assicurativi, non è infatti stata indotta, dall'attitudine dell'assicuratore, ad adottare un comportamento (od un'omissione) a lei pregiudizievole.

In particolare l'attrice non comprova di aver preso disposizioni irreversibili fondandosi sull'atteggiamento della convenuta e nemmeno può sostenere di non essere stata cosciente che il tardivo pagamento dei premi avrebbe prima o poi comportato spiacevoli conseguenze (cfr. DTF 121 III 350 consid. 5b e sentenza 9C\_918/2007 del 14 gennaio 2009).

Ne segue che già solo per questo motivo il principio della buona fede non può trovare applicazione.

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

### **E. 33**

2.17. Abbondanzialmente va pure evidenziato che l'attrice non ha prodotto certificati medici che comprovano i relativi periodi d'incapacità lavorativa e l'assicuratore, in sede di risposta, li contesta (cfr. doc. V pag. 9 punto 3.5: "Non è quindi necessario esaminare ulteriormente se l'inabilità sia stata dettata da malattia nella misura annunciata per il periodo indicato dall'attrice").

2.18. Questo Tribunale rinuncia infine all'assunzione di ulteriori prove ed in particolare all'audizione di \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, entrambi dipendenti della \_\_\_\_\_, ritenuto che gli accertamenti effettuati sono sufficienti per decidere nel merito della petizione.

Conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base ad un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti).

2.19. Il valore di causa è rappresentato dalla pretesa di versamento di indennità giornaliera per complessivi fr. 53'889.10. L'importo di fr. 30'000 per poter inoltrare un ricorso in materia civile al Tribunale federale in funzione del valore litigioso è raggiunto (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF).

Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri trasmettono gratuitamente alla FINMA una copia di tutte le sentenze concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare alla FINMA anche la presente sentenza.

Incarto n. 36.2010.92 Lugano 19 aprile 2011

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