# Banche ed altri intermediari finanziari nella procedura civile – alcuni sviluppi recenti

21 giugno 2013

Avv. Davide Jermini, lic.iur et lic. oec. HSG, notaio

CENTRO
DI STUDI BANCARI
VILLA NEGRONI
ASSOCIAZIONE BANCARIA TICINESE



# Indice

- Introduzione
- La (quasi) morte della garanzia bancaria
- Art. 8 LPD vs art. 400 CO
- Art. 158 CPC – pregi e (nuovi) limiti

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

L‘istituto in due parole

- La prestazione a „prima richiesta“
- Funzione principale: riallocazione del rischio di inadempienza
- Campo di applicazione:  eterogeneo (fornitura, appalto, etc.)
- Natura: indipendente dal contratto base

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

Il blocco (super-)cautelare

- Misura eccezionale e straordinaria

- Condizioni specifiche:
  - *Escussione manifestamente abusiva (fraudolenta)*
  - *Danno difficilmente riparabile*

- Inoltre: minaccia di lesione del diritto dell‘istante / urgenza

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

Esempi di abuso manifesto

- garanzia escussa per coprire una *pretesa estranea al contratto di base* (DTF 122 III 321)

- garanzia escussa per coprire *una pretesa derivante da un contratto di base contrario alle leggi o ai buoni costumi* (DTF 4C.172/2000)

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

Esempi di abuso manifesto

- garanzia escussa presentando alla banca dei *documenti falsificati* (DTF 131 III 222 E. 4.2. S. 225)

- somma escussa è *del tutto sproporzionata* per rispetto alla prestazione dovuta in virtù del contratto di base (DTF 4P.44/2005 E. 4.2.1.; DTF 4A.171/2007 E. 4.3.3)

- motivo dell'escussione è causato (esclusivamente) da chi escute (DTF 4P.90/2006)

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

La cosiddetta *„doppelte Offensichtlichkeit“* del TF

- il beneficiario della garanzia sa o deve sapere che la sua controparte contrattuale *non gli deve nulla che sia coperto dalla garanzia*

- la situazione di abuso deve essere talmente liquida che anche *per la banca è evidente che nulla è dovuto nonostante l'esistenza della garanzia*

- *In dubio: “prima pagare, poi litigare”*

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

Dell‘intensità della prova

- Verosimiglianza vs. prova piena?

- *"Etwas, das offenbar sein soll, kann aber nicht glaubhaft gemacht werden. Glaubhaft und offenbar sind Steigerungen in der Erscheinungsform; sie lassen sich nicht verbinden.“* [Kleiner]

- Verosimiglianza di un manifesto abuso di diritto

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

Del danno difficilmente riparabile (261 cpv. 1 lit. b CPC)

- Situazione economica di *chi subisce* l'escussione
  (rischio di un danno permanente?)

- Situazione economica e geografica di *chi escute*
  (difficoltà di recuperare l'importo escusso?)

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

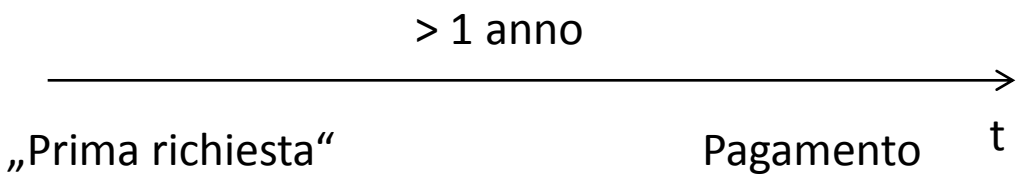
Del danno difficilmente riparabile (261 cpv. 1 lit. b CPC)

- Entità dell'importo escusso quale indizio a sé stante?
- "E' incontestabile che la richiesta delle convenute di escussione della garanzia (…) di fr. 432'500 (…) sarebbe senz'altro tale, già per l'importanza della somma in gioco, da creare un *danno difficilmente riparabile* alle istanti, il cui conto presso la banca verrebbe in tal modo addebitato, *con una perdita temporanea di disposizione sulla somma in questione.*" [Decisione II CCA 18.6.2012 – inc. 12.2012.38]

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

La realtà processuale (ticinese)

- Blocco supercautelare: relativamente facile
- Conferma cautelare: sovente negata, però:
- Appello con concessione dell'effetto sospensivo
- Risultato:



# La (quasi) morte della garanzia bancaria

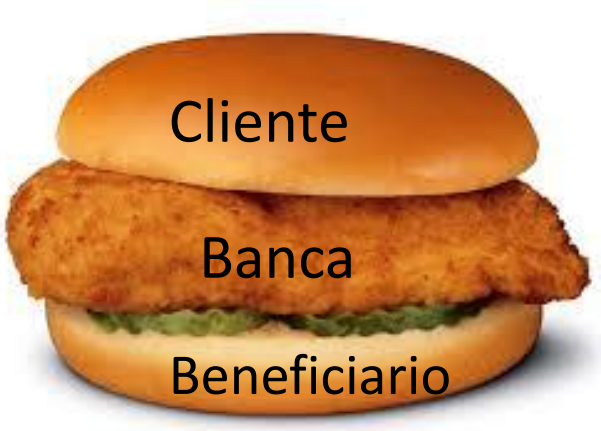
La realtà processuale (ticinese)

- Effetto sospensivo ex art. 315 cpv. 5 CPC

  DTF 138 III 378: “Se la decisione in materia di provvedimenti cautelari, della quale è richiesta la sospensione dell'esecuzione per la durata della procedura d'appello, costituisce una misura provvisoria di esecuzione anticipata suscettibile di avere un effetto definitivo, la sospensione deve *essere negata soltanto se l'appello appare di primo acchito manifestamente infondato o inammissibile .”*

# La (quasi) morte della garanzia bancaria

La posizione della banca



# La (quasi) morte della garanzia bancaria

La posizione della banca

- Rapporto triangolare con il cliente (contratto di mandato) e con il beneficiario della garanzia (contratto di garanzia)

- Rischio di responsabilità sia se paga che se non paga

- Via d'uscita: *"Garantiestrenge"* – verifica limitata all'adempimento delle condizioni formali per l'escussione e rispetto della tempistica

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

**Art. 8 LPD – Diritto d'accesso**

1 Ogni persona può domandare al detentore di una collezione di dati se dati che la concernono sono trattati.

2 Il detentore della collezione di dati le deve comunicare:

a. **tutti i dati che la concernono contenuti nella collezione, comprese le informazioni disponibili sull'origine dei dati**;

(…)

5 L'informazione è di regola gratuita e scritta, sotto forma di stampato o di fotocopia. (…)

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

Diritto d‘accesso ex art. 8 LPD

- Funzione preventiva e di controllo
- Protezione della personalità
- Diritto strettamente personale (irrinunciabile, imprescrivibile)
- Può essere fatto valere senza pre-condizioni (eccez. identità)
- Contenuto del diritto: se / quali dati vengono trattati
- Informazione è di regola gratuita e scritta

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

DTF 138 III 425 del 17.4.2012 - Fattispecie

- Cliente: banca ha compravenduto opzioni senza istruzioni, causando un danno; minaccia azioni legali
- Banca: afferma di aver seguito le istruzioni, come risulta da „note interne“; rifiuta la consegna dei dati
- Cliente: chiede l‘accesso ai documenti interni alla banca invocando l‘art. 8 LPD
- Banca: rifiuta l‘accesso invocando i suoi interessi preponderanti alla difesa di pretese civili ex art. 9 cpv. 4 LPD

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

DTF 138 III 425 del 17.4.2012 – Applicabilità LPD

Argomenti della banca

- Utilizzo LPD escluso perché è pendente un procedimento civile ai sensi dell‘art. 2 cpv. 2 lit. c LPD
- La richiesta del cliente mira ad ottenere documenti per intentare una causa di risarcimento danno
- CPC regola in maniera esaustiva se/a quali condizioni è possibile assumere delle prove prima dell‘avvio di un procedimento civile

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

DTF 138 III 425 del 17.4.2012 – Applicabilità LPD

Considerazioni del TF

- Un procedimento civile è *pendente* ex LPD solo quando è portato davanti ad un‘istanza giudiziaria, al più tardi ex 62 CPC
- Un‘estensione del concetto „pendente“ non è auspicata
- L‘applicabilità della LPD non viene inibita dalla possibilità di procedere all‘assunzione anticipata di prove ex 158 CPC
- Ma: la richiesta di assunzione anticipata di prove comporta l‘inapplicabilità della LPD (per „causa pendente“)

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

DTF 138 III 425 del 17.4.2012 – Abuso di diritto

Argomenti della banca

- Utilizzo LPD a scopo esplorativo finalizzato ad una pretesa risarcitoria è incompatibile con gli scopi LPD (abuso dell'istituto)

Considerazioni del TF

- Diritto di accesso ex 8 LPD può essere fatto valere senza dover dimostrare un interesse, nei limiti del divieto d'abuso

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

DTF 138 III 425 del 17.4.2012 – Abuso di diritto

Considerazioni del TF (esempi di abuso)

- Accesso finalizzato a risparmiare i costi per procurarsi i dati
- Accesso finalizzato unicamente a danneggiare il detentore
- Accesso finalizzato unicamente alla „perquisizione“ della (futura) controparte e a procurarsi prove, altrimenti non accessibili
- NON abusivo è l‘accesso finalizzato alla verifica dei dati (anche) in vista di un eventuale procedimento civile

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

**Art. 400 CO – Obbligo di rendiconto**

1 Il mandatario, ad ogni richiesta del mandante, è **obbligato a render conto del suo operato** ed a restituire tutto ciò che per qualsiasi titolo ha ricevuto in forza del mandato.

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

DTF 4A_13/2012 del 19.11.2012 – Obbligo di rendiconto

Considerazioni del TF

- Obbligo di rendiconto > obbligo di restituzione

- Obbligo di rendiconto: comprende tutte le informazioni e tutti i documenti (quindi anche le note interne!) necessari a permettere al mandante la verifica del corretto adempimento del mandato

# Art. 8 LPD vs art. 400 CO

| | Art. 8 LPD | Art. 400 CO |
|---|---|---|
| 1 | Oggetto: informazione su dati personali | Oggetto: rendiconto sull'attività; informazioni/documenti relativi al rapporto di mandato |
| 2 | Condizioni per l'esercizio: nessuna (in particolare: nessun rapporto contrattuale necessario) | Condizioni per l'esercizio: vanno dimostrate le condizioni per l'obbligo di rendiconto (in sostanza: rapporto di mandato) |
| 3 | „Dati interni": dati personali elaborati da una persona fisica ad esclusivo uso personale e che non vengono comunicati a estranei , sono esclusi (art. 2 cpv. 2 lit. a LPD) | „Dati interni": nella misura in cui rilevanti per la verifica del corretto adempimento del mandato, sono coperti dall'obbligo di rendiconto (ma non di restituzione). Cfr. DTF 4A_13/2012 del 19.11.2012 |
| 4 | Motivi di rifiuto: art. 9 LDP (ponderazione degli interessi) | Motivi di rifiuto: interesse al mantenimento del segreto da parte del mandatario (ponderazione degli interessi) |

# Art. 158 CPC – pregi e (nuovi) limiti

**Art. 158 Assunzione di prove a titolo cautelare**

1 Il giudice procede all'assunzione di prove a titolo cautelare qualora:

a. la legge autorizzi una parte a richiederla; oppure

b. la parte instante renda verosimile che i mezzi di prova siano esposti a pericolo o **che sussista un interesse degno di protezione.**

2 Si applicano le disposizioni in materia di provvedimenti cautelari.

# Art. 158 CPC – pregi e (nuovi) limiti

Pregi

- Valutazione anticipata delle chances processuali
- Economia processuale *latu sensu*
- Interesse degno di protezione: verosimiglianza è sufficiente
- Prove assumibili: testimonianza, documenti (edizione), ispezione, perizia, informazioni scritte, interr./deposizione

# Art. 158 CPC – pregi e (nuovi) limiti

(Nuovi) limiti

- DTF 138 III 76:
  - *Non* basta affermare la necessità di valutare le chances processuali
  - L‘assunzione anticipata di prove può avvenire *solo* a fronte di un *diritto materiale concreto*, ritenuto come l‘interesse all‘assunzione della prova è funzionale all‘attuazione del diritto che con essa si vuole dimostrare

# Art. 158 CPC – pregi e (nuovi) limiti

(Nuovi) limiti

- DTF 138 III 76:
  - Ergo: l‘istante deve rendere verosimile l‘esistenza di una fattispecie sulla base della quale si fonda un diritto materiale nei confronti del convenuto e alla cui dimostrazione può servire la prova di cui si chiede l‘assunzione
  - Solo per i fatti che devono essere dimostrati con la prova di cui si chiede l‘assunzione non può essere richiesto che se ne renda verosimile l‘esistenza („cortocircuito“)

# Art. 158 CPC – pregi e (nuovi) limiti

(Nuovi) limiti

- Non utilizzabile per raggiungere il *„rischio zero“* [decisione OGer ZH del 20.12.2011]
- Non utilizzabile dopo l‘avvio del processo (vs. art. 160 CPC)
- Non utilizzabile a scopo di „fishing expedition“
- Non rappresenta una „pre-trial discovery“
- Non interrompe la prescrizione