

CONTRATTI DERIVATI DI COPERTURA E CONTENZIOSO BANCARIO

Si prende spunto da una recente sentenza della Corte d'Appello di Venezia pubblicata il 16/12/2024 N. 2214/2024 per parlare di contratti derivati sottoscritti dalle aziende in concomitanza con la stipula di contratti di mutuo.

Quando un contratto derivato è idoneo alla funzione di copertura del rischio di oscillazione del tasso

I requisiti indicati dalla comunicazione CONSOB DI/99013791 del 26.2.1999 per poter considerare un contratto derivato stipulato a copertura di un finanziamento sono:

- a) sia esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità di base;
- b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine;
- c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo ad operazioni aventi caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno.

La natura qualificata del cliente

L'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 individua come operatore qualificato "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Bisogna evidenziare che in ogni caso a tutti gli operatori (sia ai qualificati sia ai non qualificati) si applica l'art. 21, comma 1, TUF; questa disposizione stabilisce, fra le altre cose, che - nella prestazione dei servizi e delle attività d'investimento e accessori - i soggetti abilitati devono "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati" (art. 21, comma 1, lett. b, TUF).

I doveri informativi dell'intermediario finanziario risultanti direttamente dalla legge hanno per oggetto: 1) anzitutto il significato e le conseguenze della dichiarazione di essere operatore qualificato; 2) e, solo in un secondo momento, le caratteristiche e i rischi delle operazioni che vengono compiute.

Ma l'obbligo dell'intermediario finanziario di esaminare insieme con il cliente il contenuto e le conseguenze della certificazione di essere operatore qualificato deriva da disposizioni di carattere più generale rispetto a quelle del TUF. Bisogna anzitutto menzionare l'art. 1175 c.c., secondo cui "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza". È difficile definire corretto il comportamento di un intermediario finanziario, il quale omette di segnalare al cliente che la sottoscrizione della certificazione esenta la banca da una serie di doveri. È necessario inoltre richiamare l'art. 1176, comma 2, c.c., secondo cui "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata". È indubbio che questa disposizione si applichi anche all'intermediario finanziario. Vi è allora da chiedersi come si possa qualificare diligente il comportamento di una banca che, senza spiegazione alcuna, fa sottoscrivere al legale rappresentante di una società una dichiarazione atta a farla assurgere – in difformità dalla realtà delle cose – a operatore qualificato. L'obbligo dell'intermediario finanziario d'informare sul significato della certificazione può poi desumersi dall'art. 1337 c.c., secondo cui "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". In sede di trattative e di formazione di un contratto derivato la buona fede impone d'informare in modo veritiero sul significato e gli effetti della certificazione. Si evidenzia che questo dovere fa capo all'intermediario finanziario prima della conclusione del contratto, quando si tratta di stabilire la natura (di operatore qualificato o meno) della controparte. L'insieme delle diverse disposizioni che si sono elencate, contenute in parte nel TUF e in parte nel codice civile, imponeva all'intermediario finanziario – già in vigore del reg. n. 11522/1998 – quantomeno di accertare in via preliminare se il cliente fosse o meno in possesso di competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari.

La mancata indicazione del mark to market, dei costi impliciti e degli scenari probabilistici

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 8770 del 12/05/2020 hanno affermato i seguenti principi: "In tema di "interest rate swap", occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al "mark to market", ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo.

L'importanza di tali elementi è stata condivisibilmente messa in luce dalle SS.UU. nella citata sentenza (cui si è uniformata la successiva giurisprudenza di legittimità), secondo cui il legislatore autorizza le "scommesse razionali" in cui si sostanziano i contratti derivati sul presupposto della loro utilità

sociale, trattandosi di una specie evoluta delle scommesse di pura utilità. Inoltre, come osservato dal giudice di legittimità, "tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al criterio del mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura qualitative e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi, pur se impliciti" e "l'intermediario finanziario è tenuto a fornire raccomandazioni personalizzate al suo assistito; anche attraverso la deduzione dei cd. costi impliciti, altrimenti riconducendosi ad essi lo squilibrio iniziale dell'alea, misurato in termini probabilistici, sull'assunto che ciò costituisca un incentivo affinché l'intermediario raccomandi all'investitore strumenti OTC, nei quali la remunerazione è occultata, piuttosto che strumenti da acquisire sul mercato, presso cui il compenso ha la forma della commissione da concordare".

Con la sentenza della Corte d'Appello di Venezia, sopra evidenziata, sono state riscontrate le seguenti nullità:

1. Lo swap in esame, attesa l'effettiva inidoneità a soddisfare lo scopo di copertura dichiarato nel contratto quadro, risulta nullo per difetto di causa in concreto.
2. La contrattualistica fatta sottoscrivere dalla Banca è priva degli elementi ritenuti essenziali dalla Suprema Corte giacché non risultano indicati il mark to market, i criteri necessari per determinarlo, i costi impliciti che si sono generati per effetto della natura non par dell'operazione e gli scenari probabilistici.

Deve, quindi, concludersi che il contratto swap sottoscritto risulta anche sotto tale profilo nullo per mancanza di causa e che è altresì nullo per indeterminatezza dell'oggetto.

A seguito delle dichiarate nullità il cliente si è visto riconoscere la restituzione dei differenziali negativi a suo tempo pagati in vigenza dei contratti sottoscritti.

Questo è un esempio di come la normativa, che sul punto non è mai cambiata, impone alle banche di agire nell'interesse del cliente e deve essere interpretata conformemente ai rigorosi principi statuiti dalla Cassazione.

A cura di Maura Chiara Cian

Documento del 31/01/2025