

È caduta l'ultima barriera di protezione degli istituti di credito

Derivati: la banca perde la scommessa

Una recentissima sentenza del Tribunale di Milano ha segnato un passo epocale in tema di controversie tra impresa e banca in materia di derivati, condannando l'istituto di credito convenuto a restituire alla società attrice quasi sei milioni di Euro ed a versare duecentomila Euro a titolo di risarcimento del danno per illegittima segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

Una decisione del Tribunale di Milano dello scorso mese di aprile conclama la caduta dell'ultima barriera di protezione delle banche, consistente nella dichiarazione di operatore qualificato, e fa registrare un autorevole precedente la cui analiticità potrebbe fare da apripista al consolidamento di un orientamento della giurisprudenza la cui origine, anni addietro, avevo segnalato anche sulle pagine di questo periodico (anno XIX numero 2/2008, pagg. 28 e s.s. "Derivati: assicurazione o scommessa?").

Facciamo un passo indietro.

Come noto, i derivati sono strumenti finanziari la cui quotazione è basata sui valori di mercato di altri beni o di prodotti finanziari *sottostanti*. Nella tipologia *over the counter (Otc)*, i derivati possono costituire la forma di strumento finanziario più speculativa e rischiosa che i mercati mondiali abbiano mai conosciuto, come abbiamo potuto apprendere nel corso della crisi finanziaria che ha travolto i mercati. Per effetto di una dissennata politica commerciale "push", molti istituti di credito hanno piazzato migliaia di derivati *over the counter* tra imprese, anche piccole, che talvolta, effettivamente, necessitavano di una copertura rispetto a rischi di oscillazione di

di Giuseppe Amato



Giuseppe Amato

tassi di interesse o di cambio, molto spesso però nessuna esigenza esisteva e gli imprenditori nemmeno avevano compreso di avere scommesso sull'andamento del sottostante, ritenendo piuttosto di avere stipulato una sorta di assicurazione.

Sino alla metà dello scorso decennio, le azioni avviate dalla clientela che riteneva responsabile la propria banca per non averla resa adeguatamente edotta degli effetti e della natura del contratto, ossia di vera e propria scommessa (pur legittima, si intende), venivano per lo più rigettate a fronte della mera esibizione



in giudizio ad opera dell'istituto di credito della dichiarazione cosiddetta "autoreferenziale" sottoscritta dal cliente, attraverso la quale questi si dichiarava operatore qualificato all'esecuzione di tali operazioni. Si tratta della dichiarazione ex art. 31 del Regolamento Consob 11522 del 1998, il cui comma 2 definisce "operatori qualificati" soggetti tra i quali "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". Dunque, era sufficiente l'imprenditore si dichiarasse esperto, indipendentemente dal fatto che lo fosse in realtà, per precludere l'esito favorevole ai giudizi avviati.

Più di recente, numerosi Tribunali hanno accolto le ragioni delle im-

prese facendo perno sull'obbligo di una valutazione effettiva da parte della banca dell'esperienza dei clienti, non accontentandosi della dichiarazione autoreferenziale e sconfessando quegli orientamenti che postulavano una sorta di valenza confessoria di tale dichiarazione. In questo complesso quadro giurisprudenziale si inseriscono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che con sentenza del 19 dicembre 2007 (n. 26725) hanno affrontato la questione ponendosi su una linea mediana e sostenendo che la violazione dei doveri d'informazione e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico degli intermediari può dar luogo a responsabilità precontrattuale dell'intermediario, se le violazioni avvengono in fase precedente alla stipulazione del contratto quadro, oppure a responsabilità

contrattuale, se la condotta lamentata dall'investitore ha avuto luogo in esecuzione del contratto stesso.

In termini pratici questo significa che per ottenere il risarcimento diviene necessario dimostrare in giudizio l'essenzialità del comportamento scorretto della banca, ma anche l'esatta entità dei danni subiti. La sentenza del Tribunale di Milano n. 5443 del 19 aprile 2011, ottenuta da una società operante nel settore siderurgico con l'assistenza degli avvocati Giorgio De Nova e Daniele Maffei, nei confronti di un importante gruppo bancario italiano (testo integrale in: <http://www.dirittobancario.it>), si inserisce plasticamente nel contesto sopra accennato, ma facendo un importantissimo passo avanti. Mediante tale decisione il Tribunale di Milano, in ossequio all'orientamento della Suprema Corte sopra



cennato, ha affidato alla fase istruttoria del procedimento un ruolo fondamentale per arrivare ad affermare - in estrema sintesi - che anche un operatore qualificato ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto e le conseguenti restituzioni, in presenza di una condotta della banca che violi i doveri generali di diligenza, correttezza e trasparenza che gli intermediari devono rispettare nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento.

Questo è il punto centrale della decisione in commento: non si è discettato della dichiarazione autoreferenziale, per comprendere se effettivamente l'impresa attrice fosse munita delle qualifiche che aveva dichiarato di possedere, non si è discusso della dimensione dell'impresa attrice. Nulla di tutto questo. Al contrario, il Tribunale di Milano ha da subito rilevato che si era in presenza di un'impresa di dimensioni apprezzabili, munita di una certa esperienza in materia di derivati, perfettamente edotta delle proprie esigenze valutarie: la dichiarazione di cui all'art. 31 reg. Consob nel caso in esame corrispondeva dunque al vero. Tuttavia l'analisi del Tribunale non si è arrestata di fronte a questi presupposti, anzi è divenuta ancor più attenta e capillare, ritenendo che l'essere "operatore qualificato" non possa significare il venir meno di ogni tutela di legge, quando si ha a che fare con un istituto di credito, cioè con il soggetto giuridico che per eccellenza si occupa di immettere "nel circuito commerciale prodotti finanziari della tipologia più disparata". Altrimenti si avrebbe la paradossale conseguenza per cui, per il semplice fatto di essere operatore qualificato, verrebbe legittimato un regime deteriore rispetto a quello generale dei contratti, ove è pienamente operante il principio di buona fede nella stipula ed esecuzione dell'accordo.

Così, all'esito dell'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio (CTU) e dell'assunzione delle prove testimoniali, il Tribunale ha potuto appurare che la banca convenuta aveva violato l'obbligo di comportarsi con diligenza, professionalità, correttezza e trasparenza, nell'interesse del cliente e per l'integrità dei mercati. Fondamentale in tal senso è stata l'analisi compiuta dal consulente incaricato dal Tribunale, richiesto di verificare se il prodotto proposto all'attrice fosse adeguato alle esigenze di copertura dai rischi di cambio di quest'ultima, nel rispetto del fondamentale dovere dell'intermediario diligente di proporre un prodotto "almeno tendenzialmente privo di implicazioni speculative". Orbene, tale analisi ha permesso di apprendere che si trattava invero di un prodotto del tutto inadeguato alle esigenze, ma anche all'interesse dell'impresa, per la limitata copertura che garantiva e per la componente speculativa tendente a "fabbricare" nuovi e dirompenti rischi (l'elevata leva implicita ed il limitato range di oscillazione del cambio entro il quale scattava il meccanismo di copertura), in assenza di monitoraggio continuo. Monitoraggio del tutto assente, come si è potuto verificare mediante l'assunzione della prova testimoniale, dalla quale è emerso che nessuno degli operatori bancari nelle fasi successive alla scadenza delle prime operazioni ha evidenziato all'impresa la crescita potenziale del danno e nessuno di essi, tantomeno, si è dimostrato in possesso di un'effettiva conoscenza degli strumenti finanziari che andava a proporre. In altre parole, non solo sono stati proposti con modalità intrasparente strumenti che ponevano l'investitore nella posizione di inconsapevole scommettitore, ma la banca neppure si era dotata di una organizzazione competente in grado di informare il cliente nel prosieguo e di arginare gli effet-

ti negativi che ne sono conseguiti. Oltre alla condanna alla restituzione delle somme addebitate al cliente nel corso del rapporto come effetto della risoluzione dei contratti derivati, in esito al procedimento il Tribunale ha accolto la domanda dell'attrice di vedersi risarcito dalla banca il danno patito per effetto della segnalazione al servizio di centralizzazione dei rischi creditizi gestito dalla Banca d'Italia (CR), che l'istituto di credito aveva ritenuto di eseguire proprio in dipendenza delle operazioni impugnate. Le operazioni in derivati in quanto tali sono infatti soggette a tale segnalazione in base alle Istruzioni di Banca d'Italia.

La censura di illegittimità della segnalazione e la conseguente condanna al risarcimento del danno per la "lesione dell'immagine commerciale" risulta a chi scrive essere un precedente unico. Si può sintetizzare sul punto il ragionamento del Tribunale nel senso che, pur se astrattamente contemplata dalla normativa speciale, la segnalazione è illegittima qualora le operazioni poste in essere dalla banca siano a loro volta illecite, essendo conseguenza di inadempimenti e della mancata organizzazione della banca.

In conclusione, il solco tracciato dalla sentenza in esame potrebbe aprire il fronte alle iniziative giudiziali non solo di piccole e medie imprese inconsapevoli ed inesperte in materia di derivati, ma anche a quelle promosse da imprese di dimensioni apprezzabili, "qualificate" sulla carta e nei fatti, le quali, a ragion veduta ovviamente, lamentino che chi ha loro proposto di scommettere abbia pretermesso i valori obiettivi riconosciuti dall'ordinamento a tutela del risparmio e della libertà di iniziativa economica, a motivo del proprio interesse ad incassare il corrispettivo dovuto per la raccolta della scommessa.

Giuseppe Amato
Avvocato in Brescia