

Osservatorio sul Tribunale

A cura dell'



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E
DEGLI ESPERTI CONTABILI DI
SALERNO

In questo numero

La Centrale dei Rischi Banca d'Italia

A cura di Maria Luisa Poppiti –
membro Commissione CTU

I vizi dell'oggetto del contratto

A cura di Marcella D'Aiuto –
membro Commissione CTU



Osservatorio sul Tribunale

Periodico a cura dell'Ordine Dottore Commercialisti ed Esperti Contabili di Salerno n° 13 - Marzo 2025

La Centrale dei Rischi Banca d'Italia di Maria Luisa Poppiti - Membro Commissione CTU

La Centrale dei Rischi ha assunto notevole importanza nel contenzioso bancario, ed è certamente il sistema informativo più diffuso presso il sistema creditizio. Le informazioni in essa contenute sono ormai diventate un'imprescindibile base dati sulla quale le banche possono non solo verificare le posizioni di rischio che la propria clientela ha a sistema, ma data la ricchezza delle stesse informazioni procedere a valutazioni molto più sofisticate e, solo per citare alcuni esempi, relative a:

- l'evoluzione futura degli scenari di rischio in capo al cliente;
- i collegamenti di rischio con soggetti terzi (persone fisiche, imprese collegate, clienti e fornitori ed Enti Istituzioni pubbliche garanti);
- l'esposizione verso il cliente a livello di gruppo bancario di appartenenza;
- le segnalazioni di esposizioni del cliente presso Banche dell'Unione europea;
- la presenza o meno di clientela che abbia in corso giudizi presso Autorità terze e in cui l'oggetto della vertenza siano appunto contratti bancari segnalati nel sistema informativo stesso;
- valutazioni di carattere commerciale inerenti la possibilità di offrire alla clientela soluzioni di affidamento; io (e non solo) che siano in linea con le proprie esigenze.

È opportuno esaminarne le principali caratteristiche:

- le banche sono obbligate a segnalare e nel farlo, devono attenersi alle numerose e dettagliate indicazioni presenti nella Circolare Banca d'Italia n. 139 arrivata in data 7 febbraio 2020 al suo 19° Aggiornamento;

- le soglie segnaletiche sono rispettivamente pari o superiori a 30.000 euro e, per le posizioni a sofferenza e/o a perdita sono di almeno 250 euro. Con ciò si intende che se la banca, sommando le esposizioni presenti in tutte le sue filiali italiane ed estere raggiunge tali importi, è tenuta ad alimentare il dato segnaletico;

- le banche possono richiedere un dato storico che non può andare oltre gli ultimi 36 mesi di rilevazione disponibili e ciò a differenza del soggetto segnalato che può, invece, accedere a tutta la sequenza segnaletica presente da gennaio 1989 al mese di rilevazione più aggiornato;

- contestualmente all'accesso del dato relativo allo specifico cliente, se presenti eventuali collegamenti, la banca accede in modo automatico anche al dato relativo ai soggetti garantiti e ai soggetti ceduti mediante fattorizzazioni attive o cessioni del credito. Oltre a tali dati, la banca accede in automatico alle posizioni di rischio che fanno capo a cointestazioni a cui appartiene il cliente e, purché l'informazione richiesta risulti funzionale alla valutazione del merito di credito di quest'ultimo, può procedere a specifica richiesta anche della posizione in capo ai coobbligati, soci illimitatamente responsabili, coniugi in regime di comunione dei beni ed imprese appartenenti allo stesso gruppo. Il soggetto segnalato, invece, può accedere esclusivamente alla propria visura-dato;

- oltre a dati quantitativi, la Centrale Rischi riporta interessanti informazioni qualitative sia sulla natura delle esposizioni, sia sulla qualità del credito. Fra le informazioni meno scontate va citata la presenza di: indicazioni sulla natura e il rischio tecnico del finanziamento per cassa; l'eventuale natura commerciale del credito (import-export) o se per esempio è in valuta estera; la sottostante natura contrattuale delle linee concesse; la natura e il fair value negativo di eventuali derivati finanziari; la presenza di operazioni in pool fra banche; la tipologia e il valore di eventuale garanzie a presidio delle esposizioni o rilasciate nell'interesse di terzi; l'attivazione con esito negativo delle garanzie stesse; la presenza eventuale di crediti contestati, ecc.,

- esiste la fondamentale funzione delle rettifiche segnaletiche grazie alla quale, in caso di errore, le banche segnalanti possono e devono andare a correggere il dato informando in automatico tutte le altre banche segnalanti.

- le banche, sebbene non possano sapere quali siano gli altri istituti segnalanti, ottengono comunque il prezioso dato del loro numero e, oltre a ciò, ricevono anche il fondamentale dato del numero di richieste di "prima informazione" avvenute negli ultimi 6 mesi, - i flussi informativi fra intermediari già segnalanti e la Centrale Rischi sono automatizzati e ciò a significare che l'aggiornamento dati avviene senza che la banca lo debba richiedere.

Nel complesso si è quindi in presenza di uno sistema informativo che a seguito di un'escalation evolutiva davvero importante (avvenuta soprattutto nel corso dell'ultimo decennio anche grazie alla progressiva informatizzazione e digitalizzazione), oggi rappresenta non solo uno strumento fondamentale per le banche e tutti gli intermediari finanziari, ma anche un elemento di valutazione imprescindibile per l'allocatione delle enormi risorse pubbliche erogate dal Fondo di Garanzia - Mediocredito Centrale e da Simest.

L'ultimo passaggio di una certa rilevanza lo merita, infine, il tema relativo alle modalità di accesso al dato da parte del soggetto segnalato.



A riguardo è sufficiente precisare che oltre alle tradizionali modalità di richiesta, qualsiasi individuo o persona giuridica ha la possibilità di accedere al dato mediante il recentissimo sistema di istanza via web. Lo stesso, oltre ad una compilazione della modulistica on line, prevede l'efficiente servizio di richiesta via SPID e CNS che, come in tutti gli altri casi, risulta gratuito.

L'unico reale limite del servizio di istanza via web è rappresentato dal fatto che tramite questa procedura il titolare del dato non può in alcun modo richiedere l'accesso al tabulato relativo alle prime informazioni fatte a suo nome. Per le sole imprese, infine, è possibile attivare un servizio di abbonamento che, della durata di un anno, prevede ogni mese la consegna del dato relativo all'ultima rilevazione appena pubblicata.

Ordine dei Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili di Salerno
via Roma 39, Salerno

www.commercialistisalerno.it
info@commercialistisalerno.it

Presidente: Agostino Soave
Segretario: Angelo Fiore

Coordinamento del progetto:
Rosanna Marisei
presidente Commissione CTU

Supervisione del progetto:
Nicola Fiore
Consigliere Delegato al Tribunale di Salerno e
rapporti con i Tribunali della Provincia

Donatella Raeli
Consigliera Delegata alla
Comunicazione Esterna

Sviluppo del progetto:
Gilda Camaggio / JaG communication
ufficio stampa ODCEC Salerno

Osservatorio sul Tribunale

Periodico a cura dell'Ordine Dottore Commercialisti ed Esperti Contabili di Salerno n° 13- Marzo 2025

I vizi dell'oggetto del contratto

di Marcella D'Aiuto - Membro Commissione CTU

Una casistica da analizzare, relativa alla struttura contrattuale, è quando si riscontrasse l'assenza o la genericità delle clausole tali da rendere indeterminate/indeterminabili le prestazioni (flussi finanziari), ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c., ne discenderebbe la nullità dell'ordine.

La Consob, con Comunicazione n. 9019104 del 2 marzo 2009 ai fini della trasparenza, raccomanda agli intermediari di "effettuare la scomposizione (c.d. unbundling) delle diverse componenti che concorrono al complessivo esborso finanziario sostenuto dal cliente per l'assunzione della posizione nel prodotto illiquido, distinguendo fair value e costi che gravano, implicitamente o esplicitamente, sul cliente".

La raccomandazione è da intendersi come l'esortazione, fatta agli intermediari, di evidenziare la composizione dell'esborso, distinguendo i costi di prodotto dal valore del derivato. Prima ancora che una violazione di trasparenza, si tratta di una insanabile violazione dell'oggetto del contratto se il criterio di quantificazione del fair value e dell'addebito dei costi di prodotto non sono previsti e determinati in ogni loro aspetto dal dispositivo contrattuale.

Importante è la sentenza riguardante il vizio dell'oggetto del contratto per la mancata indicazione dell'algoritmo di quantificazione del MtM (Tribunale di Milano, sez. VI, sent. n. 3070 del 9 marzo 2016, G.U. Ferrari).

Premesso che la conclusione alla quale perviene è quella di dichiarare nullo un contratto derivato I.R.S. per grave vizio di indeterminatezza dell'oggetto del contratto, a causa della mancata indicazione del mark to market, realizzandosi una violazione codicistica non assumono rilievo le variazioni regolamentari e normative succedutesi nel tempo per l'effetto del recepimento delle delibere comunitarie.

Alla mancata indicazione del MtM la banca aveva argomentato che "la quantificazione del Costo di Sostituzione (altro modo di definire il "costo di chiusura") sarà effettuato dalla Banca sulla base delle condizioni praticate da controparti di mercato su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto risolto e aventi uguali caratteristiche quanto a vita residua e struttura finanziaria, tenuto conto dei valori dei parametri finanziari di riferimento alla data di risoluzione e della durata residua dell'operazione oggetto del Contratto risolto".

Definita dal giudice tautologica la definizione di MtM operata dalla banca aggiunge: "Il Mark to Market, infatti, quale sommatoria attualizzata dei differenziali futuri attesi sulla base delle condizioni dell'indice di riferimento al momento della sua quantificazione, presuppone il richiamo al tasso di interesse di riferimento, ma necessita altresì di essere sviluppato attraverso un conteggio che, mediante il ricorso a differenti formule matematiche, consenta di procedere all'attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto sulla base dello scenario esistente al momento del calcolo dell'MtM. Precisato, quindi, che per definizione il Mark to Market non possa essere pattuito in modo determinato, trattandosi di un valore destinato a mutare a seconda del momento del suo calcolo e dello scenario di riferimento di volta in volta esistente, perché possa sostenersi che esso sia quanto meno determinabile è comunque necessario che sia esplicitata la formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all'attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario. Ciò si rende necessario in quanto detta operazione può essere condotta facendo riferimento a formule matematiche differenti, tutte equivalenti sotto il profilo della loro correttezza scientifica, ma tali da poter portare a risultati anche notevolmente differenti fra di loro.

Se, pertanto, per la determinazione del Mark to Market si pretendesse di fare richiamo a non meglio precisate "condizioni praticate da controparti di mercato su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto risolto e aventi uguali caratteristiche", senza invece indicare il criterio di calcolo da adottarsi per procedere all'attualizzazione del valore prognostico, non si rende in alcun modo il dato contrattuale effettivamente determinabile, sostanzialmente rimanendo lo stesso unilateralmente quantificabile in termini differenti a seconda della formula matematica di calcolo di volta in volta prescelta dal soggetto interessato".

Ancora: "In difetto, quindi, di esplicitazione del criterio di calcolo dell'MtM, il valore attribuibile dalla banca, quale parte alla quale è stato rimesso la quantificazione dei flussi e del valore del contratto, risulta sostanzialmente non verificabile e, quindi, rimesso alla rilevazione arbitraria di una delle parti del contratto. Tale contesto, pertanto, porta a escludere che nel contratto in esame il Mark to Market fosse determinabile, come invece sostenuto dalla convenuta".



Di particolare spessore, anche tecnico, il passo ulteriore compiuto: "Si tratta, quindi, a questo punto di verificare se l'MtM sia o no un elemento essenziale del contratto in derivati, con l'effetto che, in caso positivo, la nullità della relativa clausola si estenda all'intero contratto ex art. 1418 c.c."

"A tal proposito si è rilevato come l'MtM diviene operante solo nel caso in cui si proceda a una chiusura anticipata del rapporto e, pertanto, sarebbe un elemento contrattuale solo eventuale e non necessario e, in particolare, non assumerebbe alcuna rilevanza nella fase genetica del contratto; per tali ragioni, secondo tale primo orientamento (non del tutto abbandonato dalla giurisprudenza di merito), l'MtM non potrebbe essere considerato come un elemento essenziale del contratto e, quindi, la nullità per indeterminatezza della sua pattuizione non si rifletterebbe sull'intero contratto. Tale ricostruzione, tuttavia, non tiene in giusta considerazione il fatto che il MtM, quale sommatoria attualizzata di differenziali futuri attesi, rappresenta, sia pure nella dimensione temporale contestualizzata, un differenziale tra contrapposti flussi finanziari, ossia l'oggetto stesso del contratto.

In sostanza l'MtM è una particolare espressione dell'oggetto del contratto, destinata a operare con riferimento ad alcune vicende contrattuali delle parti predeterminate (ossia la scelta di una di esse di dare chiusura anticipata al rapporto, piuttosto che altri casi di necessaria interruzione anticipata (... omissis...)). In taluni casi, quindi, l'oggetto del contratto, costituito dal differenziale dei contrapposti flussi finanziari, viene determinato attraverso il Mark to Market, il quale, rappresentando una sua specifica modalità di espressione, è esso stesso l'oggetto del contratto".

A supporto e motivazione di questa tesi "Ciò appare indirettamente confermato dallo stesso legislatore, là dove all'art. 2427-bis c.c. ha previsto che contratto (ossia l'MtM) tale previsione normativa, infatti, conferma come il Mark to Market, lungi dal configurarsi solo come elemento eventuale del contratto, sia piuttosto una componente necessaria del suo oggetto, tanto da dover essere esplicitata in sede di bilancio".

Così conclude: "Se così è, dovendo l'oggetto del contratto e, quindi, tutte le sue componenti, essere determinate o quanto meno determinabili, pena la nullità del contratto stesso, sarà necessario che nel regolamento contrattuale venga indicato il metodo di calcolo di tale valore (la formula); in difetto, risolvendosi la quantificazione dell'MtM in una determinazione di una delle parti (la banca), non verificabile dall'altra, deve concludersi come esso non risulti determinabile, implicando la nullità dell'intero contratto ex art. 1418 c.c. Nel caso di specie, quindi, considerato come il richiamo alle "condizioni praticate da controparti di mercato su operazioni sostitutive di quella oggetto del Contratto risolto e aventi uguali caratteristiche" non possa considerarsi sufficiente per rendere determinabile l'MtM e quindi l'oggetto del contratto, non può che concludersi per la nullità dello swap concluso dall'attrice".

Osservatorio sul Tribunale

Periodico a cura dell'



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E
DEGLI ESPERTI CONTABILI DI
SALERNO



Nel prossimo numero

**La valutazione dei
contratti derivati:
il fair value e la
differenza con il MtM
ed i derivati ed i riflessi
civilistico-fiscali**

A cura di Sergio Cairone – Presidente
Commissione di studi CTU civili e penali
CNDCEC

**La fase stragiudiziale
ed il ruolo del
consulente tecnico**

A cura di Serafino Roncacè – membro
Commissione CTU