

# ***STUDIO LEGALE PETTENE***

---

*Avv. Osvaldo Pettene – patrocinante in Cassazione*

*Avv. Giuliana Franzoni*

*Avv. Silvia Longo*

Verona, 24 febbraio 2009

## **RAPPORTI BANCARI: ESISTONO EFFICACI STRUMENTI DI DIFESA PER LE P.M.I.?**

### **1) LO SCENARIO DI CRISI E LA BANCA COME CONTROPARTE**

Un importante effetto della crisi è che, finalmente, le banche vengono percepite dalle P.M.I. come controparti.

Nella lotta per la liquidità e per l'accesso e il mantenimento del credito, la presa di coscienza del contrasto di interessi fra gli Istituti bancari e le imprese produttive è preliminare ad ogni successiva strategia.

Certo, non tutte le banche si sono comportate nello stesso modo, bisognerà sempre valutare se vi siano degli Istituti migliori, che hanno mantenuto il ruolo positivo di consulenti e erogatori del credito: la singola azienda produttiva non può “dichiarare” guerra a tutto il ceto bancario, ma deve saper selezionare.

Come distinguere?

Abbastanza semplice: nella categoria dei “cattivi” vanno inseriti quegli Istituti che hanno proposto o suggerito i prodotti di finanza strutturata, come i derivati (swap) sui tassi.

Alcune banche si sono deliberatamente astenute dal proporre alle loro clienti P.M.I. quei derivati finanziari, che tante ingiustificate perdite hanno causato e possono ancora causare alle imprese.

È quindi opportuno verificare se esiste una strategia complessiva che possa aiutare le imprese a limitare i danni finora subiti e a diminuire l'impatto della crisi del credito.

Come il sempre attento Bortolussi della CGIA di Mestre ha appena evidenziato, a partire dall'ottobre 2008 gli Istituti di credito hanno stretto i rubinetti del credito (all.1).

Gli addebiti sui conti correnti, derivanti dalle liquidazioni dei periodici flussi negativi generati dai derivati, saranno, spesso, insopportabili.

Quasi sempre l'impresa, alla stipula del primo derivato, e così nelle varie rinegoziazioni successive, non aveva ricevuto alcuna informazione circa il fatto che, entrando nel vortice dei derivati, assumeva implicitamente un serio rischio finanziario.

Si trattava, infatti, di prodotti altamente speculativi, spacciati come prodotti con funzione “assicurativa” (*hedging*) rispetto ad un rischio di rialzo dei tassi del tutto impreveduto dagli stessi Istituti di ricerca.

I derivati strutturati, specialmente nelle versioni “rinegoziate”, avevano fin dall'inizio un valore intrinseco (*fair value*, *fair price* o m.t.m.:Mark-to-Market) negativo per l'impresa, sicché l'operazione, per essere

## ***STUDIO LEGALE PETTENE***

---

equilibrata, avrebbe dovuto prevedere un versamento (*up front*) da parte della banca-controparte, versamento che non è mai avvenuto. Senza tacere che nessuna informazione veniva data sulle commissioni o margini di intermediazioni occulti, pari a qualche punto percentuale rispetto al capitale nozionale indicato nei singoli contratti.

Si aggiunga che solo dal 2005 Banca d'Italia ha obbligato le Banche a inserire il m.t.m. dei derivati, negativo per le imprese, nei flussi informativi della Centrale Rischi.

Averlo fatto prima, avrebbe forse contribuito ad aprire gli occhi dei responsabili finanziari delle P.M.I. sulla effettiva natura speculativa del prodotto.

Comunque, ora i derivati in Centrale Rischi ci sono e vengono indicati al loro valore stimato negativo (*fair value*), mentre gli addebiti generati dai derivati, confluendo sul conto corrente dell'impresa, ne vanno a deteriorare lo stato finanziario, aumentando il totale del credito utilizzato rispetto al totale degli affidamenti.

Che fare quindi?

Gli strumenti per difendersi esistono e vanno utilizzati in maniera coordinata ed efficace.

### **2) CONTESTAZIONI COORDINATE**

In Italia, si tratta di aprire due tavoli di confronto con l'Istituto di credito:

- contestare la legittimità, sotto vari profili, delle operazioni in derivati finanziari (v. sotto, punto3);
- contestare il saldo dei conti correnti ordinari intrattenuti, magari da oltre un decennio, con l'Istituto che ha proposto i derivati, sia in relazione al conto corrente su cui sono affluiti i flussi negativi dei derivati, sia in relazione altri conti correnti, anche chiusi entro un decennio (v. sotto, punto 4).

### **3) CONTESTARE I DERIVATI**

Per avere un quadro del problema, rinvio all' intervento allegato (all. 2), risalente al marzo scorso.

Nell'ultimo anno la situazione è maturata e, forse, siamo ad un punto di svolta, favorevole alle P.M.I.

Gli strumenti processuali a disposizione vanno utilizzati previa una attenta valutazione del caso concreto, con approccio graduale.

In estrema sintesi, essi possono essere:

- a) istanza di conciliazione all'Organismo indipendente del Conciliatore per le Controversie Bancarie e Finanziarie: si riesce a portare al tavolo della trattativa la Banca, in tempi e con costi contenuti; rimangono impregiudicate le successive opzioni b) e c);
- b) acquisizione di una consulenza scritta sui derivati da parte di una società specializzata, con la quale poi si può chiedere al Tribunale una Consulenza Tecnica Preventiva, anche ai fini di una composizione della lite (all. 3):  
i tempi sono piuttosto rapidi, anche se il costo è superiore alla soluzione b);
- c) inizio di una causa civile ordinaria avanti il Tribunale competente, oltre ad ogni ulteriore utile iniziativa, come la presentazione di esposti-denuncia, ove se ne ravvisino gli estremi: qui i tempi si allungano, salvo transazioni, pur sempre possibili; è una opzione da consigliare soprattutto nel caso

## ***STUDIO LEGALE PETTENE***

---

in cui gran parte del danno sia stata già sopportato dall'impresa (derivato scaduto o prossimo alla scadenza), l'impresa non abbia una particolare urgenza e l'obiettivo sia il recupero del 100% del danno subito.

Le varie opzioni vanno attentamente ponderate e, in ogni caso, è opportuno affiancare alla iniziativa sui derivati l'altra iniziativa per la rideterminazione dei saldi dei conti correnti (v.sotto, punto 4), che rafforza e tutela la posizione dell'impresa.

### **4) CONTESTARE I SALDI DEI CONTI CORRENTI**

Ormai è assodato che quasi tutti i saldi dei conti correnti sono errati in senso sfavorevole alle imprese.

Se si inizia un contenzioso con la banca per i derivati, è quindi opportuno valutare anche la possibilità di agire in via preventiva per ottenere la rideterminazione del saldo del conto corrente sul quale sono confluiti (e confluiranno) i flussi negativi scaturenti dai derivati e, perché no, del saldo degli altri conti correnti, anche chiusi nell'ultimo decennio.

Per brevità, allego sul tema altra mia circolare, unitamente a bozza di lettera-diffida, interruttiva dei termini di prescrizione(all. 4 e 5).

Nella pratica si è spesso visto come un conto con saldo passivo diventasse, depurato dagli anatocismi, dalla C.S.M. e dal gioco sbilanciato delle valute, un conto con un saldo attivo per l'impresa.

Vi è stato anche un recente intervento legislativo (art. 2-bis della legge n. 2/2009: c.d. decreto anti-crisi) sulla C.S.M. (all 6), ma per il passato la soluzione è stata già tracciata nelle aule dei Tribunali (all.7).

La richiesta di rideterminazione del saldo dei conti correnti appare quindi fondata su solide basi e, spesso, costituisce una ottima arma difensiva preventiva nei confronti delle Banche.

Contestando giudizialmente il saldo passivo, di fatto si impedisce alla banca di ottenere unilateralmente un ordine di pagamento (decreto ingiuntivo) sulla semplice base di dichiarazioni unilaterali, presentate dalla Banca stessa al Tribunale: il debito risulta contestato nel suo ammontare, per cui non è tecnicamente segnalabile in Centrale Rischi come una sofferenza.

oooooooooooooooooooo

Si precisa che quanto esposto sopra e nei relativi allegati non costituisce parere legale e neppure suggerimento specifico ad intraprendere azioni legali, trattandosi di opinioni dell'autore di carattere indicativo e generale, prive di riferimento ad una specifica situazione concreta.

Per tale motivo, si declina ogni responsabilità in relazione a quanto sopra.

Avv. Osvaldo Pettene