

Per i danni erariali da derivati la banca risponde verso la PA?

Autore: Graziotto Fulvio

In: Diritto amministrativo, Diritto civile e commerciale, Osservatorio diritto bancario

L'advisor finanziario è tenuto a particolari vincoli e obblighi, tra i quali la cd. "valutazione di adeguatezza", e il rapporto di servizio è configurabile anche per soggetti estranei alla PA indipendentemente dal ruolo, con conseguente loro assoggettamento anche alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Decisione: Sentenza n. 609/2015 Corte dei Conti - Sezione prima giurisdizionale centrale di appello

Classificazione: Amministrativo

Parole chiave: advisory finanziario - danno erariale - derivati - swap - rapporto di servizio - giurisdizione

Il caso.

La Procura della Repubblica segnalava alla Procura contabile un procedimento penale per truffa aggravata nei confronti di un Comune in relazione ad alcuni contratti finanziari derivati di swap.

La banca che aveva svolto attività di advisory aveva eccepito il difetto di giurisdizione della magistratura contabile, e l'avvenuta prescrizione; la sentenza/ordinanza di primo grado rigettava l'eccezione sul difetto di giurisdizione e accoglieva parzialmente l'eccezione di prescrizione.

Avverso la sentenza/ordinanza la banca propone appello principale, ma la Sezione centrale di appello non lo accoglie.

La decisione.

Dapprima la Corte dei Conti affronta la questione in via preliminare circa l'eccepito difetto di giurisdizione della magistratura contabile nei confronti della banca, e chiarisce che «secondo la giurisprudenza della Corte regolatrice (Corte di Cassazione, sezione u civile, ordinanza 22 settembre 2014, n. 19891) il Regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, articolo 52, manifesta il trasparente intento di non limitare la categoria dei destinatari delle norme in materia di responsabilità amministrativa ai soli soggetti che abbiano instaurato con lo Stato o con altro ente pubblico un rapporto di impiego vero e proprio, dato che menziona, oltre agli impiegati, i funzionari e gli agenti, civili e militari, tout court, siano essi dipendenti ovvero comunque retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni pubbliche».

Ricorda anche che la giurisprudenza di legittimità «al fine di individuare l'ambito di estensione della giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dell'autore della condotta, pretesamente responsabile di danno erariale, si sono avvalse anzitutto del criterio cd. dell'appartenenza, andando a scrutinare se, in relazione alle connotazioni che, in concreto, ha assunto il singolo rapporto, il soggetto possa considerarsi parte integrante (e costitutiva) di una pubblica amministrazione. Ne è derivata l'elaborazione di una nozione di rapporto di servizio, come rapporto che è configurabile tutte le volte in cui il soggetto, persona fisica o giuridica, benchè estraneo all'ente, si trovi investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore dello stesso, venendo

conseguentemente a inserirsi nella sua organizzazione e ad assumere particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata indipendentemente dal ruolo in cui il soggetto che interloquisce con la P.A. viene a trovarsi. (Cass. SS.UU. 14 maggio 2014, n. 1229; Cass. SS.UU. 9 febbraio 2011, n. 3165; Cass. SS.UU. 3 luglio 2009, n. 15599; Cass. SS.UU. 9 settembre 2008, n. 22652)».

Poi ricorda che «va sottolineato, agli stretti fini di poter definire il livello di “coinvolgimento” del consulente nei confronti dell'Ente pubblico, che l'art. 12 comma 1 reg. n. 17310/2010 (Delibera Consob n. 17130 del 12 gennaio 2010. Adozione del regolamento recante norma di attuazione degli articoli 18-bis e 18-ter del D.lgs. 58/1998 in materia di consulenti finanziari) richiama “diligenza”, “correttezza” e “trasparenza”, allo scopo di determinare quale debba essere il buon comportamento dei consulenti finanziari. Diligenza, correttezza e trasparenza sono menzionate espressamente nella disposizione-cardine in materia di norme di comportamento dei soggetti abilitati, ossia nell'art. 21 T.u.f., dove si afferma che nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati” (art. 21 comma 1 lett. a T.u.f.). Osserva il Collegio che in materie così tecniche come l'intermediazione finanziaria e la consulenza finanziaria non è possibile lasciare a mere clausole generali la funzione di determinare quali siano i “giusti” comportamenti degli operatori del settore».

Il Collegio precisa che ai fini dell'affermazione della giurisdizione della magistratura contabile, «la tipicità delle azioni che l'advisor deve porre in essere è tale da porre in risalto il suo inserimento nella organizzazione dell'Ente pubblico con l'assunzione di particolari vincoli ed obblighi funzionali atti ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali. Inoltre, e nella stessa ottica, va sottolineato che uno dei principali doveri che fanno capo ai consulenti finanziari è la c.d. “valutazione di adeguatezza”».

Quindi, ricorda che «la prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione e di questa Corte dei conti citata e richiamata anche dal giudice di primo grado considera rilevante, ai fini della sussistenza del rapporto di servizio, anche l'attività meramente consultiva concorrente alla produzione dell'evento dannoso quando essa si appalesi essenziale per l'assunzione del provvedimento finale e, ancor più, quando, per l'autorevolezza del consulente e per il particolare rapporto anche di tipo fiduciario con l'ente,

essa risulti decisiva ai fini del contenuto del provvedimento».

Il Collegio trae la conclusione che «Quanto precede, quindi, non può che portare all'affermazione di un rapporto fra Banca ed Ente pubblico caratterizzato da elementi che vanno ben oltre la mera consulenza e che integrano un vero e proprio rapporto di servizio (poco importa se di diritto o di fatto) destinato a dimostrare e giustificare in pieno la sussistenza della giurisdizione di questa Corte».

Oltre al difetto di giurisdizione, gli appellanti avevano eccepito l'avvenuta prescrizione, che secondo gli appellanti decorrerebbe dal momento in cui il contratto fu sottoscritto perché il danno configurabile nelle operazioni in derivati consisterebbe esclusivamente nel mark to market, che esprime il valore di mercato del derivato al momento della sottoscrizione.

La Corte così affronta l'eccezione di prescrizione: «in base a più che consolidata giurisprudenza di questa Corte dei conti, la locuzione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge numero 20/1994 "Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso" si interpreta nel senso che il fatto dannoso va identificato, salvo circostanziate eccezioni, nel momento in cui l'erario subisce l'effettivo nocumento. Inoltre, la richiamata natura del contratto in strumenti derivati di cui è causa e cioè la sua aleatorietà fa sì che l'ipotesi dannosa possa essere rilevata e valutata solo al consolidamento degli oneri effettivi che il contratto pone in capo all'ente contraente e ciò non può accadere se non allo scadere degli effetti del contratto medesimo».

Il Collegio respinge tutti gli appelli e conferma la pronuncia impugnata.

Osservazioni.

La Sezione centrale di appello della Corte dei Conti ricorda che l'advisor finanziario è tenuto a particolari vincoli e obblighi, tra i quali la valutazione di adeguatezza, e anche l'attività meramente consultiva concorrente alla produzione dell'evento dannoso, se si rivela essenziale per adottare il provvedimento finale, si considera rilevante ai fini della sussistenza del rapporto di servizio, e della conseguente giurisdizione della Corte dei Conti.

Disposizioni rilevanti.

DECRETO LEGISLATIVO 24 febbraio 1998, n. 58

Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria

Vigente al: 26-6-2016

CAPO II - SVOLGIMENTO DEI SERVIZI E DELLE ATTIVITA'

Art. 21 - Criteri generali

1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono:

a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per

l'integrità dei mercati;

b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;

c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti;

d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.

1-bis. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie:

a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti;

b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato;

c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

2. Nello svolgimento dei servizi le imprese di investimento, le banche e le società di gestione del risparmio possono, previo consenso scritto, agire in nome proprio e per conto del cliente.

Regolamento di attuazione degli articoli 18-bis e 18-ter del d.lgs. n. 58/1998 in materia di consulenti finanziari

adottato dalla Consob con delibera n. 17130 del 12 gennaio 2010 e successivamente modificato con delibera n. 19548 del 17 marzo 2016

Art. 12 - Regole generali di comportamento

1. Nella prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti, i consulenti finanziari si comportano con diligenza, correttezza e trasparenza. Essi, in particolare:

a) forniscono al cliente o potenziale cliente informazioni corrette, chiare, non fuorvianti e sufficientemente dettagliate affinché il cliente o potenziale cliente possa ragionevolmente comprendere la natura e le caratteristiche del servizio di consulenza in materia di investimenti e dello specifico strumento finanziario raccomandato e possa adottare decisioni di investimento informate;

b) acquisiscono dai clienti o potenziali clienti le informazioni necessarie al fine della loro classificazione come clienti o potenziali clienti al dettaglio o professionali ed al fine di raccomandare gli strumenti finanziari adatti al cliente o potenziale cliente;

c) valutano, sulla base delle informazioni acquisite dai clienti, la adeguatezza delle operazioni raccomandate;

d) istituiscono e mantengono procedure interne e registrazioni idonee;

e) agiscono nell'interesse dei clienti e, ogni volta in cui le misure organizzative adottate per la gestione dei conflitti di interesse non siano sufficienti ad assicurare che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti stessi sia evitato, li informano chiaramente, prima di agire per loro conto, della natura e/o delle fonti dei conflitti affinché essi possano assumere una decisione informata sul servizio prestato, tenuto conto del contesto in cui le situazioni di conflitto si manifestano;

f) osservano le disposizioni legislative, regolamentari e i codici di autodisciplina relativi alla loro attività.

2. I consulenti finanziari sono tenuti a mantenere la riservatezza sulle informazioni acquisite dai clienti o dai potenziali clienti o di cui comunque dispongano in ragione della propria attività, salvo che nei casi previsti dall'articolo 18-bis, comma 6, lettere e) ed f), del Testo Unico ed in ogni altro caso in cui l'ordinamento ne consenta o ne imponga la rivelazione. E' comunque vietato l'uso delle suddette informazioni per interessi diversi da quelli strettamente professionali.

3. I consulenti finanziari non possono ricevere procure speciali o generali per il compimento di operazioni o deleghe a disporre delle somme o dei valori di pertinenza dei clienti.

<https://www.diritto.it/per-i-danni-erariali-da-derivati-la-banca-risponde-verso-la-pa/>