

Brexit, quante complicazioni sui contenziosi giudiziari in materia di derivati finanziari

DI MARCO DI TORO*

Fin d'ora un impatto sulla regolamentazione contrattuale dei prodotti finanziari derivati la Brexit lo ha già prodotto e probabilmente ne produrrà ulteriori nelle settimane a venire. Come è noto, gli strumenti finanziari derivati sono, nella maggioranza dei casi, regolati dal punto di vista contrattuale dal cosiddetto Master Agreement, predisposto dall'Isda (International Swaps & Derivates Association) strumento contrattuale generalmente utilizzato nelle transazioni finanziarie Otc (Over the Counter). Il Master Agreement contiene clausole e condizioni pensate per stabilizzare e uniformare le transazioni finanziarie in derivati Otc, usualmente in coerenza con la legge processuale e sostanziale inglese o americana (vi è anche, a onor del vero, una versione giapponese di tale modello contrattuale). **Nell'esperienza contrattuale** (e giudiziaria) italiana di norma il contratto Isda Master Agreement, stipulato con banche (e/o istituzioni finanziarie) e controparti, attecnicamente definite come «non finanziarie» prevede, di norma, che la transazione Otc sia regolata dal diritto inglese e il giudice competente a giudicare in qualunque controversia, direttamente o indirettamente connessa al derivato in quella materia, sia quello inglese. La tradizione giudiziaria di questo Paese ha infatti ripetutamente, favorevolmente considerato l'Isda Master Agreement, difendendone la stabilità, validità e l'efficacia nei rapporti tra le parti contraenti. Tale approccio giudiziario, volto a garantire la certezza del quadro contrattuale scolpito dall'Isda Master Agreement, è ovviamente teso a sterilizzare nella sostanza (nell'ambito dell'Unione europea) eventuali interventi di legislatori nazionali e/o tendenze giurisprudenziali nazionali di maggior tutela delle parti «non finanziarie». Sono storicamente note le esperienze giudiziarie di soggetti giuridici italiani di superare il quadro contrattuale Isda Master Agreement,

tentativi di norma respinti dai giudici inglesi. Sul piano processuale la difesa delle banche e dunque del regolamento Isda Master Agreement trovava supporto processuale (e dunque sostanziale) dal regolamento Ue1215/2012 che istituisce uno spazio giurisdizionale europeo, con ampio riconoscimento della validità (all'interno dell'Unione) di clausole di proroga della giurisdizione a favore di qualsiasi giudice dell'Unione europea. Inoltre, le clausole di proroga della giurisdizione inglese, stabilite dall'Isda Master Agreement consentivano (fino alla Brexit) alle banche e alle istituzioni finanziarie di radicare le controversie legate ai singoli contratti derivati, regolati dal Master Agreement Isda, presso i giudici inglesi essendo ragionevolmente certi che il quadro contrattuale Isda Master Agreement poteva reggere, nonostante alcune sue clausole potessero essere eventualmente in contrasto con normative o principi di emanazione giurisprudenziale nazionale di protezione dei mercati finanziari, pur fondati sulla legge e/o sui principi giuridici del luogo in cui il contratto derivato è negoziato. La cronaca degli anni scorsi ha testimoniato più volte il tentativo, di controparti «non finanziarie» (esiste un'ampia casistica relativa agli enti pubblici) di avanzare ragioni giuridiche, di solito tendenti a inficiare la validità dei contratti Otc stipulati e/o delle dichiarazioni e/o garanzie declinate nel Master Agreement Isda: ma tali sforzi si sono infranti contro il muro costituito dalla combinazione delle clausole di scelta della legge inglese, di proroga della giurisdizione inglese e della tutela dello spazio giurisdizionale dell'Unione europea rispetto alla giurisdizione dei giudici inglesi. Riguardo alla Brexit, l'Isda ha già cercato di anticipare gli eventi e, sin dal luglio 2018, ha predisposto due nuovi standard di Master Agreement, recanti clausole di proroga della giurisdizione a favore dei giudici irlandesi e francesi e ha armonizzato le clausole e condizioni di tali nuovi Master Agreement rendendoli conformi rispettivamente alla legge irlandese

e francese, in modo da mantenere tali standard contrattuali nell'ambito dell'Unione europea e del relativo spazio giurisdizionale. Un primo effetto della Brexit perciò già lo constatiamo. Ma ovviamente tale regolamentazione varrà per i nuovi, futuri contratti derivati Otc. Quale sarà invece la sorte dei contratti in corso al 31 ottobre 2019, se dovesse verificarsi, post Brexit, un'ipotesi di contenzioso? E quale sarà la sorte dei contenziosi in corso presso i giudici inglesi e/o i giudici italiani in relazione all'Isda Master Agreement? Post Brexit dunque sarà importante verificare se il Regolamento Ue 1215/2012 continuerà o non ad essere applicabile a tali processi.

L'ipotesi più probabile a cui viene di pensare per il caso di hard Brexit potrebbe essere l'applicabilità alle controversie in corso o da iniziare della Convenzione dell'Aia 30.06.2005 e, in tale ambito, si desidera evidenziare che qualsiasi scelta operata dalle parti sulla proroga di giurisdizione a favore di uno Stato terzo (cioè non Ue) potrebbe essere disapplicata (cfr. art. 6 della Convenzione dell'Aia) dal giudice italiano sulla base delle proprie norme interne. Tale convenzione comporta esclusioni (quali ad esempio la domanda di risarcimento del danno extracontrattuale) che potrebbero però svuotare di contenuto la rete di «protezione» eurounitaria fino a oggi assicurata agli operatori finanziari dall'Isda Master Agreement e dalla legge inglese. In altri termini senza un accordo che accompagni la Brexit, anche in questo settore, l'incertezza post Brexit sarà protagonista della scena. (riproduzione riservata)

* equity partner
 Weigmann Studio Legale