

RISPARMIO & INVESTIMENTI

DERIVATI CHIARI

Rinegoziare il contratto rende nullo il derivato

Il Tribunale di Cosenza condanna il Banco di Napoli a restituire 107mila euro

Marcello Frisone

La rinegoziazione dei contratti swap determina necessariamente la speculatività dei contratti stessi e ciò porta alla conseguente nullità per difetto di causa concreta in quanto i derivati sono privi della funzione di copertura dai rischi voluta dal cliente. Così ha deciso la Prima sezione civile del Tribunale di Cosenza (dottor Lento) che, con la sentenza depositata il 18 giugno scorso, ha condannato il Banco di Napoli a restituire a una società tutte le "rate" pagate sui derivati (107mila euro).

Nel dicembre del 2004, una società ha stipulato un derivato che è stato successivamente rinegoziato e sostituito da due ulteriori swap (a febbraio e settembre 2007) i quali hanno prodotto complessivamente perdite per 107mila euro. La società ha quindi convenuto in giudizio la banca del gruppo Intesa Sanpaolo (che interpellata da «Plus24» ha fatto sapere «che sta valutando l'opportunità di ricorrere in appello») la quale ha però negato ogni addebito, sostenendo che i derivati sono contratti aleatori riconosciuti nel nostro ordinamento e che le perdite erano dovute soltanto all'avver-

so andamento del mercato, così come confermato anche dal fatto che la società aveva ricevuto anche alcuni flussi positivi.

Il Tribunale di Cosenza ha fatto quindi svolgere sui tre contratti una Consulenza tecnica d'ufficio (Ctu) per accertare la reale natura degli swap. Il consulente del giudice ha così accertato che il secondo e terzo derivato cessavano di svolgere una funzione di protezione proprio nel caso di aumento dell'Euribor mentre un derivato di copertura dovrebbe svolgere questa funzione per qualsiasi valore assunto dal tasso d'interesse. La CtU ha quindi concluso sottolineando l'evidente natura speculativa degli swap. Il giudice, inoltre, ha osservato che - come già indicato anche dal Tribunale di Verona con sentenza del 5 novembre 2012 - lo swap che ne rinegozia uno precedente (che viene contestualmente risolto) è necessariamente specula-

tivo in quanto è diretto a differire nel tempo la perdita provocata dallo swap precedente.

Il Tribunale ha poi ancora osservato che, ai fini del riscontro della validità del contratto, non è sufficiente analizzare la causa astratta ma occorre valutare quale sia stata, in concreto, la causa del contratto, ossia l'assetto degli interessi concretamente perseguiti dalle parti. La sentenza ha riconosciuto poi che, quando la banca negozia contratti derivati, non sta vendendo ma sta agendo come mandataria del cliente ed è quindi obbligata per legge (articolo 21 del Testo unico della finanza) ad agire con trasparenza nell'interesse del cliente stesso. In questa ottica, sottolinea il giudice, essendo stati stipulati contratti speculativi e con costi impliciti (cosiddetti contratti non par), è evidente che l'alea sia stata riversata di fatto interamente sul cliente.

Da ciò il Tribunale, richiamando anche la più recente giurisprudenza di merito (Tribunale di Monza, 17 luglio 2012 e Tribunale di Ravenna, 8 luglio 2013), ha tratto la conclusione che i derivati stipulati dalla società con il Banco di Napoli doversero essere considerati nulli per mancanza di causa concreta (articolo 1418 del Codice civile), con conseguente obbligo per la banca di restituire tutti i flussi prodotti dai contratti (107mila euro) oltre agli interessi, alle spese legali e ai costi della CtU.

Quando lo swap incontra il leasing

A Udine sospeso un pagamento a favore di Hypo Alpe Adria

Quando un leasing e un derivato si incontrano il decreto ingiuntivo viene sospeso. Sebbene nella scarna ordinanza del 5 maggio scorso del Tribunale di Udine non sia affatto scritto così, potrebbe essere questa una possibile "frontiera" del contenzioso tra banche e clienti. Nel particolare, il tribunale ha sospeso (in quanto è dubbio l'esatto ammontare del credito della società di leasing) l'esecutività di un decreto ingiuntivo di 122mila euro che Hypo Alpe Adria avrebbe dovuto riscuotere da una ditta con la quale aveva sottoscritto un leasing immobiliare in costruendo e indicizzato al cambio (rapporto tra euro e franco svizzero).

Nonostante l'ordinanza si limita soltanto a osservare che «dal contratto di leasing non risulta applicabile la clausola di rischio cambio», l'avvocato Paolo Righini (che difende la ditta) sostiene che i motivi della sospensione sarebbero ricollegabili alla clausola di rischio cambio che configurerebbe un derivato implicito nel leasing (si parla, in questi casi, di *[FIRMA]embedded derivatives*). Secondo il difensore, la clausola configurerebbe un *currency swap* che sarebbe stato inserito nel contratto all'insaputa del cliente. Va sottolineato che il giudizio è ancora nella sue fasi iniziali e soltanto in sede

di dibattito si valuterà se la tesi sarà fondata o meno.

La questione dei derivati impliciti nei contratti di finanziamento non è nuova. Spesso sia nei contratti di leasing (si vedano «Plus24» del 16 marzo, 11 maggio e 12 ottobre 2013) sia in quelli di mutuo («Plus24» del 28 giugno scorso) sono presenti opzioni floor (significa letteralmente "pavimento") che, limitando le fluttuazioni al ribasso del tasso variabile cui è indicizzato il finanziamento, consentono alle banche di garantirsi un guadagno minimo sotto il quale non potrà scendere. C'è chi manifesta forti dubbi sulla validità giuridica di queste clausole in quanto, sebbene inserite in contratti di finanziamento - e come tali sottoposti alla disciplina del Testo unico bancario (Tub) - dovrebbero rispettare le norme previste invece dal Testo unico della finanza (Tuf). Inoltre, il loro "impacchettamento" all'interno del contratto di finanziamento non consentirebbe né di comprendere agevolmente l'ammontare del premio che spetterebbe al cliente - che sta implicitamente vendendo l'opzione alla banca - né il rischio ulteriore che queste clausole inseriscono nel finanziamento.

Le società di leasing, invece, ritengono che l'inserimento di queste clausole siano coerenti con gli obblighi imposti agli intermediari di sana e prudente gestione (si veda l'intervista al presidente di Assilea su «Plus24» del 16 marzo 2013).

marcello.frisone@ilsole24ore.com

© RIPRODUZIONE RISERVATA

FILO DIRETTO



Per capirne di più inviate il vostro contratto derivato in formato Pdf all'indirizzo e-mail: plus@ilsole24ore.com

PER GLI ABBONATI E A PAGAMENTO



Una guida sulle sentenze (con i relativi commenti) emesse dai tribunali sui derivati di enti e imprese <http://24o.it/derivati>

© RIPRODUZIONE RISERVATA

IN EDICOLA

edicola di **GUIDA AL LAVORO**

APPRENDISTATO

Jobs Act

Novità e disciplina per aziende e professionisti dopo la legge 16 maggio 2014, n. 78

a cura di Cristian Valsiglio

- LIMITI QUANTITATIVI ALL'ASSUNZIONE
- FORMA E CONTENUTI DEL CONTRATTO
- FORMAZIONE
- INQUADRAMENTO, RETRIBUZIONE E CONTRIBUZIONE
- SVOLGIMENTO E RISOLUZIONE DEL RAPPORTO
- COSTO DEL LAVORO: ESEMPLIFICAZIONI E CALCOLI

GRUPPO 24 ORE

TUTTI I CHIARIMENTI SUL "NUOVO" APPRENDISTATO

Il Testo unico del 2011 come modificato prima dalla legge n. 92/2012 e ora dal D.L. 34/2014 (legge 78/2014) costituisce indubbiamente un'occasione di rilancio per questo istituto.

Tramite numerosi schemi esemplificativi e indicazioni operative, la guida illustra nel dettaglio le numerose e importanti novità introdotte dal Jobs Act, evidenziando le opportunità di risparmio in termini di costo del lavoro e i complessi adempimenti amministrativi nei confronti degli enti ai quali il datore di lavoro è chiamato a dare risposte chiare e corrette.

IN EDICOLA CON IL SOLE 24 ORE
A € 9,90 IN PIÙ*



Il primo quotidiano digitale

oppure disponibile in formato PDF su www.shopping24.it



GRUPPO 24 ORE

*Offerta valida in Italia dal 17/06/14 al 16/07/14