

Swap: nullità del contratti per difetto di causa se viene meno la funzione di copertura e garanzia del medesimo

Si sta facendo strada nella giurisprudenza di merito più recente un nuovo ed interessante orientamento relativo ai contratti di “swap” che finalmente rende un ulteriore strumento di tutela a coloro che si sono imbattuti in tali prodotti finanziari, caldeggiati dalle banche quali strumenti di “garanzia” e di “copertura” per fronteggiare (o addirittura annullare) gli effetti negativi dell’aumento dei tassi di interesse di mutui o altre forme di finanziamento, ovvero per azzerare il “rischio cambio” nel caso di operazioni in divise estere. Il contratto *swap* infatti, nelle sue molteplici varianti, sostanzialmente è un “contratto derivato” il cui valore appunto deriva (ossia dipende) dal prezzo di una attività finanziaria sottostante, ovvero dal valore di un parametro di riferimento (indice di borsa, tasso d’interesse, cambio), in forza del quale due parti si obbligano di corrispondere l’una all’altra, alla scadenza di un termine convenzionalmente stabilito, una somma di denaro quale differenza tra i valori dei parametri di riferimento.

Generalmente chi acquista uno *swap* di interessi lo fa quindi per trasformare un debito a interesse fisso in uno a tasso variabile o viceversa, a seconda che nel suo bilancio compaiano impieghi a tasso fisso a fronte a provvista a tasso variabile o viceversa; oppure se prevede nel futuro prossimo una sensibile variazione della curva dei tassi in senso sfavorevole ai propri interessi.

Così facendo si cerca di evitare che le oscillazioni del tasso variabile influenzino il risultato d’esercizio del contraente, rimuovendo con l’acquisto dello *swap* un rischio preesistente ovvero imminente.

Gli *swap* sono pertanto nati **come strumento assicurativo, volto a fornire una garanzia e una copertura** al contraente a fronte di un precedente (o concomitante) finanziamento, ovvero di operazioni finanziarie e commerciali in divise estere, e quindi soggette al rischio dei cambi.

Tuttavia, l’estrema complessità di tali strumenti commista alla totale ed assoluta carenza di informazioni ad opera dei soggetti abilitati circa il reale ed effettivo funzionamento del derivato, hanno determinato una mutazione di tali strumenti in strumenti connotati da intrinseca natura speculativa e, il più delle volte (per non dire sempre!) totalmente sbilanciati a favore della banca!

In altre parole, la natura di originaria di prodotti di garanzia e copertura è venuta meno, privando quindi tali contratti della loro intrinseca **causa o funzione economico-sociale**, come si afferma nel gergo giuridico¹.

Ciò premesso addiveniamo ora all’esame delle più recenti sentenze in materia di *swap* che trattano della nullità di tali contratti.

Nel Febbraio del 2006, una struttura alberghiera avevano stipulato un mutuo fondiario per il complessivo importo di € 1.800.000 ad un tasso d’interesse variabile agganciato al tasso euribor semestrale.

Solo qualche tempo dopo, ossia nel dicembre del 2006, l’istituto aveva convinto la società alberghiera a dotarsi di uno strumento “di copertura” dal rischio di aumento dell’*Euribor*, facendole dunque stipulare un derivato IRS denominato, in quel caso “*Gap Floater Swap*”.

¹ **Art. 1325 c.c.: DEI REQUISITI DEL CONTRATTO:** “I requisiti del contratto sono:

1) l’ accordo delle parti;

2) **la causa** ;

3) l’ oggetto ;

4) la forma , quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.”

Art. 1418 c.c.: DELLA NULLITÀ DEL CONTRATTO

“Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto **la mancanza di uno dei requisiti indicati dall’art. 1325**, l’illiceità della causa , l’illiceità dei motivi nel caso indicato dall’art. 1345 e la mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.”

Trascorsi poco più di due anni, l'impresa, stanca di vedersi addebitare dei flussi negativi sempre crescenti, aveva adito il Tribunale di Trento in primo grado, **chiedendo che fosse dichiarata la nullità del contratto** derivato per vizi di forma nonché **per la conclamata mancanza di una sua funzione di copertura** ovvero, in subordine, domandando che ne fosse pronunciato l'annullamento per vizio del consenso o la risoluzione per inadempimento agli obblighi informativi a carico dell'intermediario.

Con la sentenza di primo grado, il Tribunale di Trento aveva rigettato la domanda di nullità dello *swap* ma aveva affermato la mera responsabilità pre-contrattuale della banca per gli atti della fase preliminare alla stipula dell'IRS – specie per non avere messo in chiaro il valore iniziale negativo del *mark to market* – condannandola unicamente a restituire alla sua cliente, ai sensi dell'art. 1337 c.c.², quanto da questa versato a titolo di commissione implicita (cioè in quel caso poco più di € 13.000,00).

La società alberghiera non si era accontentata di tale statuizione (che accoglieva solo in minima parte le proprie legittime rimostranze) e così aveva impugnato la sentenza dinanzi al Collegio di secondo grado, insistendo sui già esposti vizi genetici e funzionali del contratto.

La Corte d'Appello di Trento, con sentenza n. 141, pubblicata il 3 maggio 2013 ha integralmente riformato la sentenza di primo grado, ribaltandone gli assi portanti del ragionamento e dichiarando la nullità dello swap sia per altro vizio di forma del contratto (in questa sede non pertinente) che **per la rilevata mancanza di una causa concreta**.

Sulla base di uno studio analitico della Consulenza Tecnica d'Ufficio (CTU) ammessa in quella sede, la Corte tridentina è pervenuta ad una valutazione negativa sulla idoneità del derivato IRS ad assolvere nel concreto ad una effettiva funzione di copertura del rischio; la motivazione sul punto si è ispirata ai principi generali fissati dalla CONSOB in alcune sue note comunicazioni ufficiali in materia (DI/98065074 del 6.8.1998, DI/99013791 del 26.2.1999 e DEM/1026875 dell'11.4.2001).

“Per poter essere considerate “di copertura” – ha statuito la Corte d'Appello di Trento, richiamandosi alla CONSOB – le operazioni su strumenti finanziari derivati devono avere necessariamente le seguenti caratteristiche: a) siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia, ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente”.

Alla luce di quanto sopra, la Corte d'Appello di Trento, rifacendosi alla teoria della cd. **“causa concreta”** del negozio, quale **“funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto tipizzato”** (Cass., S.U., n. 6538/2010) ha dichiarato la nullità del contratto *interest rate swap* difettando in esso proprio la causa concreta, requisito essenziale di ogni contratto (art. 1418, comma 2 in relazione all'art. 1325 n. 2, c.c.).

Tale orientamento non è affatto isolato, ma confermato da altre pronunce di tenore simile emesse da Tribunali di tutta Italia.

Anche il Tribunale Salerno (**sent. del 02 maggio 2013** - Pres.- Est. Ricciardi)³, sebbene con motivazioni ed argomentazioni diverse, è comunque pervenuto ad una declaratoria di NULLITA' dei contratti di *swap* spingendosi addirittura a dichiararne la non meritevolezza di tutela nel nostro ordinamento per il loro sensibile squilibrio a favore del contraente c.d. forte, ossia della banca.

Il giudice campano afferma infatti che: ***“Il contratto swap assimilabile alla scommessa, tipico contratto aleatorio, dovrebbe presentare una componente di fortuna divisa in parti eguali tra i contraenti. Ove una***

² **Art. 1337 c.c. TRATTATIVE E RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE:** *“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede .*

³ Tutte le pronunce citate, anche in seguito, sono visionabili sul sito www.ilcaso.it

suddivisione dell'alea non sia riscontrabile (c.d. contratto aleatorio unilaterale) **deve escludersi che siffatti contratti possano meritare la tutela del nostro ordinamento, in quanto troppo sbilanciati in favore del singolo contraente banca, il quale si presenta "al tavolo di gioco" con molte più possibilità di successo rispetto all'altro giocatore, per aver esso stesso dettato le regole del gioco.** (Nel caso di specie, il tasso soglia previsto per l'intervento a carico della banca era stato fissato in maniera troppo vantaggiosa per la medesima; il contratto prevedeva inoltre una clausola finale di salvezza per la banca che l'avrebbe messa al riparo da ogni rischio moltiplicando per 10 il tasso soglia fissato, così da rendere la sua garanzia di fatto inoperante; nella clausola era stata inoltre inserita una formula matematica di difficile interpretazione anche per l'investitore più avveduto e con componenti di ignota provenienza e quindi non verificabili).

Sulla scorta di tale argomentazione, il tribunale campano conclude che: **"Trattasi, invero, di un contratto avente causa illecita, in quanto non riconosciuta dall'ordinamento per contrarietà a norma imperativa, quale quella che impone la predisposizione di contratti atipici solo a condizione che persegua interessi meritevoli di tutela (art.1322 e 1343 c.c.): il contratto con causa illecita, poi, è sanzionato con la nullità, secondo quanto disposto dal successivo art.1418 c.c."**.

Analogamente Il **Tribunale di Lucera (sent. del 26 aprile 2012 - Est. Chiriaco.)** ha statuito che **"I contratti derivati, stante il loro carattere di atipicità, possono essere accettati dall'ordinamento solamente se ritenuti meritevoli di tutela e, qualora si tratti di contratti di interest rate swap, solamente qualora siano stipulati con finalità di copertura di determinati rischi."**

Il **Tribunale Monza 17 luglio 2012** ha ancora confermato che **"La non rispondenza delle condizioni economiche contrattuali del contratto derivato Interest Rate Swap alla funzione di copertura del rischio nello stesso enunciata ne comporta la nullità per difetto di causa (art. 1418, comma secondo, c.c.), da intendersi quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalla negoziazione (cfr. Cass. 10490/2006)."**

In parole povere: se la struttura del contratto di swap è tale da vanificare in concreto la funzione di copertura e garanzia che il contraente debole intendeva perseguire mediante la negoziazione con la banca, il contratto è nullo.

Anche il **Tribunale Orvieto, 12 aprile 2012** (Pres., est. Maria Pia Di Stefano), sia pure con motivazioni più tecniche ha stabilito che: **"La possibilità di ravvisare nello schema di base delle operazioni IRS⁴ una causa in astratto – coincidente con lo scambio di flussi corrispondente al differenziale che, nel tempo di esecuzione del contratto, si determina tra due tassi di interessi differenti e predefiniti, applicati a un capitale nozionale di riferimento – non preclude di verificare, con riguardo al contratto intervenuto tra le parti e considerato nella sua specifica conformazione, l'esistenza di una causa in concreto. Ne consegue che nell'ipotesi di contratto non par (ovvero non presentante, al tempo della sottoscrizione, un differenziale nullo), qualora la misura dell'up front non valga a ristabilire la condizione di parità tra le parti, l'operazione dovrà ritenersi affetta da squilibrio genetico e pertanto qualificarsi nulla per difetto di causa in concreto"**.

Segnaliamo, da ultimo, altra più recente pronuncia della Corte d'Appello Milano del 18 settembre 2013, la quale, pur riconoscendo la liceità e meritevolezza di tutela di tali contratti da parte del nostro ordinamento, ha tuttavia individuato un ulteriore motivo di nullità dei contratti swap.

Il collegio lombardo ha infatti ritenuto che: **"La circostanza che, al momento della conclusione del contratto, l'investitore non conosca il c.d mark to market⁵ e che questo elemento non rientri nel contenuto dell'accordo, comporta la radicale nullità dei contratti di interest rate swap, perché esclude che l'investitore abbia potuto concludere la "scommessa" conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, l'intermediario aveva perfetta conoscenza del proprio rischio avendolo misurato"**

⁴ Interes Rate Swap

⁵ Il mark to market è la Valutazione giornaliera dei contratti derivati negoziati prevalentemente in borsa per calcolare gli utili o le perdite giornaliere della posizione in questione.

scientificamente e su di esso predisposto lo strumento finanziario. La mancata indicazione del mark to market consente, inoltre, all'intermediario (il quale, in base al contratto quadro, è anche un mandatario oltre che controparte della scommessa) di occultare il suo compenso, rappresentato dai c.d. costi impliciti, all'interno delle condizioni economiche dell'atto gestorio. Il che determina la nullità del contratto derivato anche in ragione del difetto di accordo su un requisito essenziale del compenso ai sensi dell'articolo 1709 c.c, il quale dispone che, nel mandato oneroso, il compenso del mandatario sia consapevolmente stabilito dalle parti e quindi non occultato fra le condizioni economiche predisposte dal mandatario. Il compenso deve, quindi, essere determinato nel contratto o determinabile in virtù di un criterio (modello matematico di pricing) condiviso ex ante dall'intermediario e dal cliente.

La Corte meneghina ha quindi toccato un altro “nervo scoperto” del rapporto tra la banca e il cliente cui venga proposta la conclusione di un contratto di swap; ossia il silenzio assoluto circa l’esistenza di una remunerazione certa e sicura a favore della banca (e ricavabile per l’appunto da quel parametro fondamentale, quanto assai spesso occultato dalla banca, del contratto che è il *mark to market*), la quale ovviamente ben sa calibrare il rischio assunto con la conclusione del contratto in derivati tenendosi indenne dalle perdite, a fronte invece di una totale aleatorietà circa la possibile remunerazione per l’altro contraente.

E’ davvero auspicabile che tale orientamento, che consente evidentemente al cliente “tradito” di poter dimostrare più agevolmente l’invalidità del contratto di *swap* senza sobbarcarsi il diabolico onere probatorio in ordine alle omissioni informative da parte della banca all’atto della stipula del contratto, prenda sempre più piede e, magari, venga avallato da una pronuncia della Suprema Corte che consenta di superare anche i contrari orientamenti (sia pure minoritari) espressi da altri tribunali.⁶

Avv. Giampiero Martinis

⁶ Sempre sul sito web www.ilcaso.it vedansi: Tribunale Milano 08 febbraio 2012; Tribunale Verona 05 novembre 2012.