

Banking & Finance

Clausola floor, derivato implicito e rischio di contenzioso

13 febbraio 2015

Nel settore bancario e finanziario si è riaperto il dibattito sulle clausole *floor* presenti in molti contratti di leasing e mutuo ipotecario.

Il tema aveva costituito oggetto di alcune pronunce dell'Arbitro Bancario e Finanziario ("ABF") di fronte al quale era stata sostenuta la tesi della vessatorietà della clausola *floor*. L'ABF aveva escluso la natura vessatoria delle clausole *floor* in quanto la clausola sarebbe sufficientemente chiara e comprensibile.

Naturalmente le pronunce dell'ABF non precludono però la possibilità di ricorrere alla giustizia ordinaria; ne consegue che l'affermazione della non vessatorietà della clausola *floor*, più volte ribadita dall'ABF, potrebbe essere sottoposta *ex novo* al vaglio dei tribunali.

Tuttavia, **la clausola *floor* è finita, più di recente, al centro di un nuovo dibattito giu-**

ridico basato, questa volta, su una tesi più pericolosa per le banche. Si è sostenuto che la clausola *floor* inserita in un finanziamento sarebbe un *embedded derivative (derivato implicito)* assimilabile ad un *interest rate floor*.

Secondo tale ricostruzione, sostenuta da diverse associazioni di consumatori, la clausola *floor* inserita in un contratto di finanziamento sarebbe qualificabile come derivato di copertura con cui la banca si protegge dal rischio che il tasso d'interesse del finanziamento scenda al di sotto dello *strike price* (ovvero l'interesse minimo garantito).

Si è quindi sostenuto, altresì, che **la banca violerebbe i doveri di diligenza, correttezza e trasparenza** posti a carico dell'intermediario.

La ricostruzione della clausola *floor* come derivato implicito, ha portato alcune associazioni di consumatori ad af-

fermare che tale clausola sarebbe invalida perché determinerebbe un'alea unilaterale a danno del cliente il quale non riceverebbe alcun corrispettivo in cambio della sottoscrizione del derivato, non beneficiando neppure della mera possibilità di utilità future connesse alla fluttuazione del tasso d'interesse nel caso in cui il tasso oscillasse in rialzo.

Se si affermasse il principio per cui le clausole *floor* sono invalide, o comunque fonte di responsabilità restitutoria per le banche, le ricadute sul settore bancario sarebbero prevedibilmente pericolosissime: dal singolo contratto di finanziamento deriverebbero **obblighi restitutori in favore del cliente**. Inoltre, le banche sarebbero tenute a **rivedere le proprie politiche di bilancio a fini prudenziali** con la necessità di apportare variazioni anche ingenti ai propri bilanci. La massa di crediti bancari finora

Highlights

“protetta” grazie alla certezza di conseguire un interesse garantito dalle clausole *floor* sarebbe improvvisamente esposta alla riduzione dei tassi, che proprio in questi mesi stanno raggiungendo minimi storici mai visti prima (addirittura i tassi a brevissimo termine sono già, da tempo, in campo negativo). **Insomma, tra restituzioni per il passato e mancati guadagni per il futuro, i rischi per il mondo bancario derivanti dal contenzioso sulle clausole *floor* non vanno sottovalutati.**

In generale, v'è però da dire che le molteplici tesi giuridiche sulla presunta invalidità o inefficacia della clausola *floor* non sono state finora sottoposte al vaglio delle corti di merito. Si registra qualche isolato caso in cui **i tribunali hanno sospeso l'esecutività di provvedimenti giudiziari** (nella specie, decreti ingiuntivi) in favore delle banche. In questi casi il giudice ha ritenuto necessario un approfondimento circa l'asserita presenza, all'interno del mutuo, di un derivato implicito (anche se, nei casi noti, non si trattava di una clausola *floor* ma di

un *currency swap* a margine di un leasing indicizzato al cambio Euro/Franco Svizzero). Ne consegue che, in queste situazioni, non v'è più certezza dell'esatto ammontare del credito vantato dalla banca.

La questione si è fatta oggi ancora più delicata dal momento che **l'impiego di clausole *floor* è finito sotto la lente di ingrandimento dell'autorità *antitrust* italiana (“AGCM”)**. In particolare, il 7 maggio scorso l'AGCM ha avviato un'indagine volta ad accertare **l'esistenza di un presunto cartello** nei confronti di sei istituti di credito attivi in Alto Adige che, nei mutui a tasso variabile per l'acquisto della prima casa, avevano previsto e fissato un tasso *floor* nell'identica misura del 3%. Secondo l'ipotesi al vaglio dell'AGCM, l'adozione omogenea di tale tasso, corrispondente alla previsione di un prezzo minimo comune, è potenzialmente idonea a coordinare le politiche degli operatori bancari nell'evitare il confronto concorrenziale. Peraltro il 2 febbraio scorso, l'AGCM ha reso noto di aver esteso l'indagine ad altre 13 banche attive nel medesimo

territorio e non possono escludersi ulteriori estensioni. I rischi dell'eventuale accertamento *antitrust*, oltre all'aspetto sanzionatorio, sono quello risarcitorio davanti al giudice civile per violazione del divieto di intese anti-concorrenziali e la conseguente nullità della clausola.

Il mondo bancario dovrebbe quindi guardare con prudente attenzione al tema delle clausole *floor* poiché, come si è detto, i rischi connessi al contenzioso seriale che sembra prospettarsi all'orizzonte sono potenzialmente di notevole portata e provenienti da più versanti.

Ad una più attenta analisi, le diverse ricostruzioni e tesi giuridiche in materia di clausole *floor* presentano margini di ambiguità giuridica e, talvolta, di vera e propria contraddizione, sicché le banche e le altre istituzioni creditizie potrebbero giovare di diversi argomenti per contrastare il contenzioso diffuso che si annuncia imminente e imponente.

Ughi e Nunziante – Studio legale