

La decisione dell'ACF in tema di IRS e di determinatezza del *mark to market*

Il rapporto con i principi enucleati dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di swap sottoscritti dagli Enti locali

Premessa: natura e competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie

L'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF), è stato istituito dalla Consob con la delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, e costituisce uno strumento di risoluzione stragiudiziale di controversie tra clienti "*retail*" ed intermediari.

La delibera istitutiva della Consob è stata emanata sulla base del decreto legislativo n. 130 del 2015 recante l'attuazione della direttiva comunitaria 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. Con tale delibera viene adottato il Regolamento di attuazione dell'ACF, i cui punti essenziali sono riassunti di seguito:

- l'ACF ha competenza sulle controversie tra clienti "*retail*" e intermediari relative alla violazione di questi ultimi degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza che comportano richieste di risarcimento danni non superiori a 500.000 euro;
- obbligo di adesione in capo, *inter alia*, a: intermediari (ossia ai soggetti abilitati ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. r), del TUF); società Poste Italiane (Divisione Servizi di Banco Posta); consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria;
- il cliente può proporre ricorso entro un anno dalla

presentazione del reclamo all'intermediario e lo può fare personalmente, tramite un'associazione rappresentativa degli interessi dei consumatori ovvero mediante un procuratore;

- la decisione dell'ACF, in caso di accoglimento, contiene l'indicazione del termine entro il quale l'intermediario deve provvedere alla sua esecuzione. In caso contrario il cliente può adire l'Autorità giudiziaria.

La decisione dell'ACF del 16 giugno 2020 in tema di nullità di IRS e il rapporto con la sentenza della Cassazione S.U. dell'8 maggio 2020, n. 8770

In una recente pronuncia, l'ACF interviene in tema di **nullità di un contratto derivato di *interest rate swap*** a seguito di ricorso della società debitrice in cui la stessa deduce che:

“(i) l’operazione sarebbe stata perfezionata senza che tra le parti fosse stato sottoscritto un valido contratto quadro; (...);

(iii) che per come era strutturato il derivato non era idoneo a realizzare la funzione programmata, in quanto avrebbe smesso di offrire copertura, o quantomeno ne avrebbe fornita una irrisoria, allorquando il tasso di riferimento fosse salito sopra una certa soglia;

(iv) l’intermediario non ha fornito informazioni in merito alla presenza e all’entità dei costi e/o degli oneri applicati sul derivato, oltre a non aver esplicitato i criteri per la determinazione del Mark to Market e a non aver elaborato gli scenari probabilistici”.

Rispetto all'ultimo punto, l'ACF ritiene infondata la tesi secondo cui la mancata indicazione del *mark to market* e degli scenari probabilistici determinerebbe la nullità del derivato. Infatti, le pronunce dell'ACF sono orientate nel sostenere che

il *mark to market* esprima soltanto il valore del contratto in un determinato momento storico, sicché la sua mancata indicazione non si riflette né sull'oggetto del contratto e neppure in un vizio della causa dello stesso.

L'ACF non intende discostarsi dal proprio orientamento anche alla luce della recente pronuncia delle **Sezioni Unite della Cassazione dell'8 maggio 2020, n. 8770** (si veda un nostro recente intervento sul tema: '[L'intervento della Cassazione sugli swap sottoscritti dagli enti locali](#)') in cui gli Ermellini, in tema di "*determinatezza (o determinabilità) dell'oggetto del contratto*" richiedono sia l'indicazione del *mark to market*, sia l'indicazione degli scenari probabilistici, sia dei costi occulti. L'ACF considera infatti tale recente pronuncia come circoscritta "ad un problema specifico: ossia, (...), quello di stabilire i limiti entro cui gli Enti locali è possibile stipulare derivati di copertura.

Pertanto, la regola di validità enucleata dalla Cassazione è prescritta in particolare rispetto ad una generale ricostruzione dei limiti posti all'esercizio dell'autonomia negoziale degli Enti locali ed alla possibilità per questi ultimi di concludere contratti aleatori. L'ACF quindi conclude affermando che tale principio non possa essere esportato al di fuori del contesto riferito agli Enti locali e non consente di conseguenza di stabilire un limite generale di validità all'agire negoziale dei privati.

3 luglio 2020

DISCLAIMER

Il presente comunicato è divulgato a scopo conoscitivo per promuovere il valore dell'informazione giuridica. Non

costituisce un parere e non può essere utilizzato come sostitutivo di una consulenza, né per sopperire all'assenza di assistenza legale specifica.