

RISPARMIO & INVESTIMENTI

RISCHI IN CHIARO

Swap, vanno indicate prima le «probabilità»

Il Tribunale di Siena condanna Mps per non aver mostrato l'alea

■ I derivati sono scommesse con cui le parti si scambiano rischi finanziari e quindi è essenziale che la banca indichi ex-ante al cliente le probabilità del verificarsi di perdite e guadagni, la cosiddetta alea, che deve essere razionale in quanto misurabile e bilaterale (cioè a carico di entrambe le parti del contratto). Se manca quest'indicazione delle probabilità o l'alea non è bilaterale, il contratto derivato è nullo per difetto di causa. Sulla base di questo principio, il Tribunale di Siena (sentenza numero 1282 del 15 dicembre 2017) ha condannato Monte dei Paschi di Siena (Mps, che interpellata ha ritenuto di non commentare) a restituire a una società circa 8mila euro.

LA VICENDA

Nel gennaio del 2003, una Snc (Società in nome collettivo) sottoscrive con l'istituto di credito toscano uno swap (dal nome esotico di Perfor-

ming standard 7Y) di 300mila euro di nozionale a copertura di un mutuo, ma nel 2015 la società (assistita dagli avvocati Massimo Meloni e Stefano Inturrisi) fa causa alla banca Monte dei Paschi di Siena sia per un rapporto bancario di conto corrente, sia per il derivato swap stipulato nel 2003.

LA SENTENZA

Il Tribunale senese (giudice dottoressa Marianna Serrao) ha respinto le numerose domande sul conto corrente (in quanto la Snc non ha prodotto in causa la documentazione contrattuale e gli estratti conto necessari per decidere), mentre ha accolto la domanda di nullità dello swap per mancanza di causa in quanto non erano stati indicati nel contratto gli scenari di probabilità, cioè quella che è stata chiamata l'alea razionale.

Il giudice toscano, aderendo all'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza della Corte d'Appello di Milano del 18 settembre 2013 numero 3459 (giudice dottoressa Carla Raineri, si veda anche «Plus24» del 28 settembre 2013), ha affermato che nel derivato l'oggetto del contratto è lo scambio

di differenziali, mentre la causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono e nello scambio dei rischi finanziari.

Per questo motivo, affinché la scommessa sia valida è essenziale che l'alea sia bilaterale, ovvero sia gravi su entrambe le parti (pur non dovendo essere equamente distribuita) e soprattutto razionale (cioè misurabile e fondata su una consapevole assunzione di rischio da parte del cliente).

Il rischio – prosegue il tribunale senese – è fondato sulla probabilità del verificarsi degli eventi con le relative conseguenze che devono essere definite e conosciute ex-ante con certezza dalla banca che, proprio sulla base di esse, costruisce il prodotto. Si tratta, in altre parole, degli scenari probabilistici (si veda anche articolo sopra sull'applicazione pratica) introdotti dalla Consob nel 2009 ma poi, pur essendo ancora in vigore, disattesi dall'ex presidente Giuseppe Vegas.

L'IMPORTANZA DELLE PROBABILITÀ

Sull'essenzialità degli scenari probabilistici ai fini della validità dei derivati è in corso da tempo un ampio dibattito. Da un lato, più di 200

I DERIVATI SONO SCOMMESSE LEGALIZZATE

SCENARI SÌ, SCENARI NO

Mentre la Consob – dopo averli introdotti nel 2009 – oggi non ne consiglia più l'utilizzo (anche i Kid dei Priips non li prevedono tra le informazioni chiave da rendere al cliente), la giurisprudenza di merito – anche se vi sono sentenze contrarie – continua ad affermare (ormai dalla prima sentenza della Corte d'Appello di Milano del 2013) che l'indicazione delle probabilità di perdita e guadagno di un derivato siano un'informazione da rendere obbligatoriamente al cliente.

LE SENTENZE PRO-RISPARMIATORI

Hanno deciso a favore degli «scenari di probabilità» la Corte d'Appello di Milano (18 settembre 2013, n. 3459 e 11 novembre 2015, n. 4303); Tribunale di Torino 17 gennaio 2014; Tribunale di Milano, 16 giugno 2015; Tribunale di Roma, 6/10/2015, n. 19885; Tribunale di Siena, 15 dicembre 2017, n. 1282.

accademici mondiali e practitioners (il cosiddetto Movement for risk transparency) e parte della più recente giurisprudenza di merito (si veda anche scheda a lato) ne sostiene l'essenzialità, dall'altro non sono ben visti dagli intermediari finanziari (italiani ed europei) tanto che una delle mancanze più evidenti nel Key information document (Kid) dei Priips (i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati quali polizze unit-linked, bond convertibili, derivati, prodotti emessi dagli Special purpose vehicle) è proprio quella degli scenari di probabilità (si veda articolo a pagina 9 di «Plus24» del 6 gennaio scorso).

LA CONCLUSIONE DEI GIUDICI

A ogni buon conto, il Tribunale di Siena ha rilevato che l'alea dello swap non soltanto non era indicata ma, a seguito di una Consulenza tecnica d'ufficio (Ctu), ha accertato che non gravava altro che sul cliente e quindi essa non era bilaterale. Di qui la dichiarazione di nullità dello swap per mancanza di causa e la conseguente condanna di Mps a restituire alla società 8mila euro.

marcello.frisone@ilsole24ore.com