

n. 2825-1/07 Rg.

Il Giudice,

a scioglimento della riserva assunta alla udienza del 28.12.07,
 atteso che la Banca [redacted] (da ora in poi Banca) ha chiesto ed ottenuto, con la formula della
 provvisoria esecutorietà, decreto ingiuntivo avverso [redacted] spa -debitrice principale- e [redacted]
 [redacted] -garante-, per la somma di euro 1.234.819,18 oltre accessori,
 che avverso tale decreto i due debitori proponevano congiuntamente opposizione chiedendo la
 revoca del decreto e proponendo in via riconvenzionale impugnativa del contratto convertibile swap
 del 21.12.00 stipulato fra le parti per violazione del TUF e del Reg. Consob 11522/98 e in
 particolare per nullità o comunque inefficacia della dichiarazione ex art. 31 Regolamento citato
 sottoscritta dal legale rappresentante della ingiunta, [redacted] [redacted].
 che la causa veniva dunque trattata secondo il rito cd societario,
 che successivamente e prima del deposito della comparsa di risposta della Banca i debitori
 depositavano ricorso ex art. 2 d.lvo 5 del 2003 per ottenere la revoca o comunque la sospensione
 della provvisoria esecutorietà,
 che alla udienza appositamente fissata dal giudice designato per la trattazione del procedimento si
 costituiva la Banca depositando memoria con alleata documentazione opponendosi alla richiesta
 sospensiva o revoca,
 che la presente decisione ha natura *latu sensu* cautelare e presuppone ovviamente una cognizione
 sommaria della materia che lascia altrettanto ovviamente impregiudicata ogni diversa decisione che
 il Collegio ritenesse di adottare in esito alla piena trattazione della causa,
 che, quanto alla presenza di un *periculum* che, *ex latere creditoris*, comporti il timore della
 compromissione o grave diminuzione della garanzia patrimoniale, sussistono elementi a favore
 costituiti dalla presenza sui beni immobili della impresa e del garante di ipoteche di grado poziore
 rispetto a quella iscritta dalla Banca; e che peraltro il medesimo presupposto appare sussistere anche
ex latere debitoris, atteso che la presenza di un titolo esecutivo -anche se provvisorio-, in forza del
 quale peraltro è già stata iscritta nell'ottobre 2007 una ipoteca giudiziale, costituisce presupposto
 per una esecuzione immobiliare, verosimilmente dannosa per la attività produttiva,
 che l'eventuale pregiudizio arrecato al creditore da atti di disposizione del bene da parte del
 debitore appare per vero di già escluso dall'avvenuta iscrizione della ipoteca, avente diritto di
 seguito ed indifferente ad atti dispositivi del diritto, e che la presenza di diritti reali di garanzia e
 pignoramenti precedentemente iscritti e trascritti comunque era situazione preesistente alla
 formazione del titolo,

[redacted]

che pertanto al fine di decidere sulla richiesta degli opposenti appare imprescindibile esaminare il *fumus boni juris* della opposizione ed in modo particolare la questione della efficacia della dichiarazione ex art. 31 Reg Consob resa dal legale rappresentante della debitrice ed allegata da entrambe le parti,

IL CASO.it

che parte del credito azionato dalla Banca afferisce ad uno scoperto di conto, conseguente la revoca degli affidamenti e la conseguente richiesta di rientro, per circa euro 436.000,00 (stando al calcolo offerto dalla stessa Banca nel novembre 2006 con lettera doc. 6 parte opponente), mentre per la restante e maggiore parte deriva dal contratto di convertible swap stipulato dalle parti su di un nozionale di oltre 6 milioni di euro in cui si "scommetteva" circa il superamento o meno del tasso di interessi della percentuale del 7%,

che pochi giorni prima della stipula dello swap in commento la opponente aveva stipulato un mutuo fondiario con un pool di banche (tra le quali non rientrava la opposita) per un importo esattamente uguale al nozionale del contratto di swap (6.197.492,79 euro) a tasso variabile e a durata decennale con rate decorrenti dal 2002,

che pur in assenza di un elemento di collegamento negoziale espresso e dovendo il contratto di swap essere sempre collegato ad un altro regolamento negoziale o ad un altro strumento finanziario esistente (sul cui esito "scommettere"), appare ragionevole assecondare la tesi della opponente nel momento in cui afferma che lo swap era stato stipulato in relazione alla obbligazione di interessi del contratto di mutuo,

che la parte opponente contesta la validità del contratto di swap, dubitando della sua liceità e comunque invocandone la risoluzione per non avere la Banca assolto ai doveri informativi di cui al TUF in vigore,

che rispetto a tale doglianza la opposizione allo stato non appare priva di fondamento, nessun dubbio infatti -allo stato- sul fatto che la Banca non abbia concretamente assolto agli obblighi informativi di cui all'art. 21 TUF ed agli artt. 26 e ss del Reg Consob: ad esonerare la Banca intermediaria dall'assolvere a tali obblighi -sicuramente di natura imperativa e non derogabili dalle parti- concorrerebbe la dichiarazione del contraente di essere in possesso di conoscenza specifica degli strumenti finanziari,

considerato che le regole in commento sono motivate dalla disuguaglianza sostanziale fra i piani conoscitivi dei due contraenti (non può esservi dubbio infatti che le informazioni e le capacità di comprensione di cui dispone l'intermediario siano di gran lunga superiori a quelle del cliente medio e che il gap informativo del consumatore di prodotti finanziari sia difficilmente colmabile, ponendo il cliente in una prospettiva di debolezza rispetto ai poteri contrattuali ed alla forza economica dell'intermediario), e che l'esaltazione del momento informativo da parte del TUF e del

regolamento è proprio mirata a riequilibrare le posizioni contrattuali, facendo sì che il consenso espresso dal cliente sia connotato da un alto livello di consapevolezza dell'investimento effettuato di modo da contenere se non limitare le possibili sopraffazioni, ed assicurare un modello efficiente e trasparente di scambi di mercato,

che il concetto di adeguatezza delle informazioni (presente nello stesso art. 21) consente valutazioni discrezionali circa il contenuto degli obblighi informativi: la informazione deve essere elastica, ritagliata sul profilo e sui desideri del cliente, calibrata rispetto alle particolarità del rapporto (alla luce di questo criterio debbono essere valutate le clausole di stile sovente riportate nei moduli sottoscritti dal cliente),

che alla luce di tali premesse devono essere valutati il contenuto e la portata dell'art. 31 Reg Consob, laddove prevede che l'intermediario non sia tenuto al rispetto degli obblighi informativi laddove il contraente sia un operatore qualificato, tale dovendosi intendere, fra le altre tipologie, anche la *"società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante"*,

che, atteso che il regolamento Consob è stato emanato proprio al fine di circostanziare e dettagliare le condotte in cui si estrinseca il dovere di informazione -attiva e passiva- della Banca, e che gli obblighi informativi hanno la principale finalità di assicurare una effettiva, e non presuntiva-consapevolezza delle caratteristiche dello strumento acquistato, la dichiarazione in commento non può essere interpretata come una mera autocertificazione, dovendo per contro ricorrere in concreto il possesso di una conoscenza specifica che consenta al giudice di ritenere il consenso prestato come un consenso pienamente consapevole,

che pertanto la stessa dichiarazione non può certamente limitarsi a ripercorrere il testo della norma -come quella de quo- ma deve allegare e riportare elementi circostanziati (quali operazioni intraprese, negozi, professionalità acquisita, studi effettuati) da cui dedurre che il contraente fosse effettivamente in grado di comprendere la natura del negozio sottoscritto,

che a tale considerazione va aggiunta quella relativa alla obiettiva complessità della operazione di convertible swap ed alla cripticità delle clausole contrattuali, certamente non scritte per essere agevolmente comprese da chiunque ma che richiedono una alta preparazione tecnica,

che pertanto la mera dichiarazione sottoscritta non consente di affermare che il cliente fosse adeguatamente informato dello strumento che stava acquistando e che la Banca potesse d'altro canto ritenere che il contratto fosse adeguato alle esigenze ed al profilo di rischio dell'intermediario che il credito derivante dal contratto di swap è di gran lunga superiore a quello, non contestato dalla parte opponente, derivante dalla esposizione di conto corrente,

che, quanto alla proposta di piano di rientro formulata dalla Banca e sottoscritta dagli opposenti per accettazione (doc. 8 parte opposta), essa riguarda la fase, descritta dagli stessi opposenti, di tentativo di componimento della crisi sorta a seguito della revoca degli affidamenti da parte della Banca e allo stato pare avere un profilo transattivo e non già di riconoscimento del debito *strictu sensu*,

che pertanto sussistono sufficienti motivi per la sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto

PQM

Sospende la esecutività del decreto ingiuntivo opposto.

Si comunichi.

Rovigo 2.1.08

IL CASO.it

Il Giudice
Anna Ghedini

Depositato in cancelleria
Oggi 3 GEN. 2008
Il Cancelliere