



Tribunale Ordinario di Padova

SI COMUNICA A:

Avv. TESSARI ANDREA

P.ZZALE MAZZINI N.37

35131 PADOVA

n. tel

n. fax:

5046

Sezione **SR** - C/O Tribunale di Padova

Comunicazione di cancelleria

Tipo proced. Contenzioso

Numero di ruolo generale: **1089/2011**

Giudice: ZAMBOTTO CATERINA

Data prossima udienza: Ore:

Parti nel procedimento

Attore principale	G	Avv. NI
Convenuto principale	U	Avv. T

23 MAR. 2011

Oggetto: Scioglimento di riserva

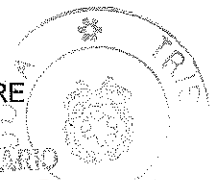
Testo comunicazione

Vedi allegato

Padova 22/03/2011

IL CANCELLIERE

FUNZIONARIO GIUDIZIARIO



R.G. n. 1089/2011
NR. 1210/2011 REP.

Il G.I., letti gli atti, sciogliendo la riserva che precede, rileva quanto segue.

Parte attrice ha sottoscritto in data 28 giugno 2004 un contratto quadro relativo a operazioni di “*interest rate swap*” in veste di operatore qualificato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31 del regolamento Consob; in esecuzione di tale contratto ha quindi stipulato in successione 6 contratti di swap.

Secondo parte ricorrente si è trattato di contratti con finalità esclusivamente speculativa, stante la mancanza di correlazione sia tra la sua esposizione bancaria e i valori nazionali dei contratti derivati sottoscritti, sia tra la durata di questi contratti e i finanziamenti bancari dei quali godeva.

In diritto parte ricorrente lamenta la violazione degli obblighi di informazione di cui agli artt. 21 TUF, 26 e 28 Reg. Consob 11522 del 1998, sostenendo, in particolare, che la banca, al momento della rinegoziazione dei singoli contratti, ha omesso di informare la società del fatto che l'importo dell'accredito relativo al cosiddetto *up front* avrebbe rappresentato in realtà un debito, il cui pagamento sarebbe stato semplicemente rinviato alla scadenza del nuovo contratto.

Parte ricorrente contesta poi di avere le caratteristiche per potersi definire operatore qualificato, rilevando la natura di mera clausola di stile della dichiarazione sottoscritta e allegando, a dimostrazione del fatto che anche la banca era a conoscenza del reale livello di preparazione ed esperienza del cliente, la missiva 11 gennaio 2008 con la quale, in adempimento dei dettami della direttiva MIFID, la banca resistente ha qualificato G Srl quale “cliente al dettaglio”.

Parte ricorrente conclude pertanto chiedendo la sospensione dell'esecuzione del contratto interest rate swap 520269UB del 10.3.2007, prospettando la risoluzione per inadempimento del contratto quadro del 28 giugno 2004 e del derivato citato ovvero la declaratoria di nullità dei medesimi.

Si è costituita U Spa, contestando in primo luogo l'esistenza di un pregiudizio imminente e irreparabile, attesa la natura meramente economica dello stesso, per definizione quindi riparabile per equivalente, e negando altresì il *fumus boni iuris* della domanda della ricorrente.

Ciò premesso, gli assunti della ricorrente non risultano fondati.

Entrambi i contratti oggetto di censura, infatti, appaiono, nei limiti della cognizione sommaria propria del procedimento cautelare, validi ed efficaci in relazione sia all'assolvimento degli obblighi informativi, sia all'adeguatezza dell'operazione al profilo dell'investitore.

Partendo dal contratto quadro, si osserva innanzitutto che già in precedenza G. aveva stipulato con U. un contratto in derivati (si veda il doc. 5 depositato dalla ricorrente e datato 20.5.2003).

Nel testo del contratto quadro, poi, risulta spiegato nelle sue linee fondamentali il meccanismo di funzionamento dei derivati e altresì all'articolo 4 si afferma che "*il cliente prende atto che il valore dei contratti è soggetto a notevoli variazioni e che pertanto l'investimento effettuato su tali strumenti comporta l'assunzione di un elevato rischio di perdite preventivamente non quantificabili, non sussistendo*

dunque alcuna garanzia di mantenere invariato il livello di detto investimento”
(cfr. doc. 1 ricorrente).

C'è poi la sottoscrizione della dichiarazione di operatore qualificato, contestuale alla stipula del contratto quadro.

Pur trattandosi indubitabilmente della sottoscrizione di un modello prestampato, predisposto unilateralmente dalla banca con formule standard, non si può non richiamare l'orientamento che al riguardo ha assunto la Cassazione, con la nota pronuncia n. 12138 del 26.5.2009.

“L'art. 13 del regolamento Consob 1991/5387 ha definito come operatore qualificato, tra gli altri soggetti e per quel che rileva nel presente giudizio, anche "ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari espressamente dichiarata per iscritto" nel contratto previsto dal precedente art. 9 del medesimo regolamento. Quindi, in base alla citata disposizione regolamentare, la natura di operatore qualificato discende dalla contemporanea presenza di due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori; l'altro, di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo. Appare al riguardo evidente la ratio della norma in esame, volta a richiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza

della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere uno specifico accertamento di fatto sul punto, tenuto anche conto che nella disposizione in esame non si rinviene alcun riferimento alla rispondenza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione di fatto effettiva e non è previsto a carico dell'intermediario alcun onere di riscontro della veridicità della dichiarazione, riconducendo invece alla responsabilità di chi amministra e rappresenta la società dichiarante gli effetti di tale dichiarazione.

Tali considerazioni inducono a ritenere che, in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari - pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (art. 2730 c.c.; Cass. 1973/1662; 1981/5025; 2002/16127; 2006/13212) - esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, possa costituire argomento di prova che il giudice - nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione ed apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti (art. 116 c.p.c.) - può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che

richieda di compiere operazioni nel settore dei in valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato ed anche ai fini dell'accertamento della diligenza prestata dall'intermediario con riferimento a tale specifica questione, ai sensi della L. n1 del 1991, art. 13, comma 10, (cfr. Cass. 1998/5784; 2000/4085; 2002/10268; 2003/15172; 2005/4651).

Nel caso di asserita discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale da tale dichiarazione rappresentata, graverà su chi detta discordanza intenda dedurre, al fine di escludere la sussistenza in concreto della propria competenza ed esperienza in materia di valori mobiliari, l'onere di provare circostanze specifiche dalle quali desumere la mancanza di detti requisiti e la conoscenza da parte dell'intermediario mobiliare delle circostanze medesime, o almeno la loro agevole conoscibilità in base ad elementi obiettivi di riscontro, già nella disponibilità dell'intermediario stesso o a lui risultanti dalla documentazione prodotta dal cliente”.

Nel caso di specie l'unico elemento concreto prodotto dalla ricorrente a confutazione del valore della dichiarazione di operatore qualificato è la missiva 11.1.2008 (doc. 3 ricorrente) con la quale la banca, in ottemperanza alle nuove disposizioni discendenti dalla direttiva MIFID, ha qualificato G quale cliente al dettaglio.

Sul punto, però, va rilevato che la qualificazione in tali termini della ricorrente discende dai limiti dimensionali della stessa, che la escludono dal novero dei clienti professionali “di diritto”.

Detto elemento di per sé solo non appare pertanto sufficiente a privare di valore la dichiarazione resa nel giugno 2004, considerato altresì che all'epoca c'era una pregressa operatività in derivati con il medesimo istituto.

Tutti gli elementi sopra indicati inducono pertanto a ritenere regolarmente assolti gli obblighi informativi nei confronti del cliente e l'operazione adeguata.

Passando quindi all'esame della specifica operazione di swap di cui è chiesta in questa sede la sospensione si deve rilevare come dalla copia prodotta dalla resistente, a differenza di quella versata in atti dalla ricorrente, risulta espressamente spiegato il meccanismo dell'*up front* e della posticipazione nel tempo della perdita subita nei contratti precedenti.

Si legge infatti alla pagina 4 del citato contratto (doc. 10 resistente) "*le controparti dell'operazione dichiarano e riconoscono che:*

- (i) *contestualmente alla stipula della presente operazione ("la nuova operazione") l'operazione di IRS VARIABILE PROTETTO DIFFERENZIALE N. SWP43525OUB-SWAP435251UB, conclusa tra il cliente e la banca in data 6.5.2005 è anticipatamente risolta, su richiesta del cliente stesso, ("l'operazione risolta");*
- (ii) *alla data della risoluzione anticipata del 25.1.2006 ("la data di risoluzione anticipata) l'operazione risolta presenta un valore complessivo di "mark to market" negativo per il cliente, ovvero una perdita, per un importo pari a € 40.300,00 ("il mark to market complessivo"), regolarmente addebitato dalla banca al cliente con*

valuta 27.1.2006, per effetto della risoluzione anticipata dell'operazione risolta;

- (iii) la nuova operazione preveda che la banca corrisponda al cliente un importo, come espresso nella sezione "banca paga", lettera b), (l'"importo upfront"), pari al "mark to market negativo complessivo";*
- (iv) l'accredito dell'importo upfront compensa l'addebito del mark to market negativo complessivo e ricostituisce nella nuova operazione la stessa situazione economica finanziaria esistente tra le controparti delle operazioni risolte alla data di risoluzione anticipata;*

in particolare il cliente dichiara e riconosce:

- (i) di essere consapevole che, al momento immediatamente successivo al pagamento dell'importo upfront, il valore del mark to market della nuova operazione risulterà negativo, a sfavore del cliente medesimo, e di entità indicativamente pari o superiore all'importo upfront;*
- (ii) di riconoscere che, per tutta la durata della nuova operazione, il relativo valore di mark to market non sarà costante e potrà variare, in aumento o in diminuzione, in funzione dell'andamento del mercato."*

Da rilevare inoltre che queste medesime condizioni erano già esplicitate nel contratto stipulato il 10.5.2005 (doc. 8 ricorrente).

Parte ricorrente non può pertanto fondatamente dolersi di una mancata informazione sul punto.

Inoltre non può non valorizzarsi, al fine di considerare adeguata l'informazione ricevuta, anche la circostanza che si trattava del sesto contratto che veniva sottoscritto.

Se pur quindi è la banca che ha proposto la rinegoziazione degli strumenti, è pur vero altresì che il ricorrente, nonostante le perdite già maturate, ha preferito continuare nell'investimento, piuttosto che cercare di concordare un piano di rientro dell'esposizione debitoria fino a quel momento maturata. Non può quindi non rilevarsi la vigenza nel sistema anche di un principio di auto responsabilità, tanto più quando, con l'assunzione di cariche sociali, si assumono anche ben precise responsabilità nei confronti di soci e creditori sociali.

Difetta pertanto il *fumus boni iuris* della pretesa azionata, con conseguente revoca del decreto concesso *inaudita altera parte* e rigetto del ricorso, con condanna altresì al pagamento delle spese di lite.

P.Q.M.

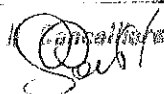
Revoca il decreto 15.2.2011;
rigetta il ricorso.

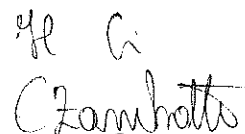
Condanna la ricorrente a rifondere alla resistente le spese di lite che liquida in complessivi € 3.000 per diritti e onorari, oltre IVA, se dovuta, CPA e rimborso forfetario.

Si comunichi.

Padova, 18 marzo 2011.

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
IL 21 MAR. 2011





TRIBUNALE DI PADOVA - UFFICIO UNEP
richiesta corre in atti, in sottoscritto resistente UNEP, ha
notificata l'atto che precede a
esistente in
mediante consegna di copie a mani di
Vi addebita, che risulta in corso di
Padova 23/03/2011
L'Ufficiario Competente 03
Attilio VENERY
Folgheri
Avv. A. F. SSSM