N. R.G. 5322/2016

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI VENEZIA

SEZIONE Specializzata in materia di impresa

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone di:

- dr. Lina Tosi — Presidente est.
- dr. Alessandra Ramon — Giudice
- dr. Lisa Torresan — Giudice

riunito in camera di consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile inscritta al n. 5322/2016 del Ruolo Generale, riassunta con ricorso depositato il 21/9/2017

da

con l' avv. h di dom. avv.

Attore – ricorrente in riassunzione

contro

s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa (già

, C.F. e P.I

con gli Avv.ti prof. , ,

e domiciliata presso l'avv. di

resistente in riassunzione

Udienza di precisazione delle conclusioni: 16/1/2019

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

Conclusioni per parte attrice:

In via preliminare di rito

Rigettarsi l'avversa eccezione di inammissibilità/improcedibilità ai sensi e per gli effetti dell'art. 83 TUB, essendo tale norma inapplicabile al caso di specie non avendo parte attrice formulato domande di condanna bensì esclusivamente domande di nullità e/o annullamento e/o risoluzione delle operazioni poste in essere dalla Banca convenuta, con conseguente accertamento dell'inesistenza di un proprio debito nei confronti della procedura al fine di paralizzare le pretese di quest'ultima, senza con ciò incidere in alcun modo sulla massa.

In via subordinata di rito

Rigettarsi l'avversa eccezione di incompetenza dell'intestato Tribunale in favore del Tribunale di Vicenza, non costituendo la presente "azione civile derivante dalla liquidazione" ai sensi dell'art. 83 TUB.

Quanto agli acquisti finanziati dalla Banca

Nel merito in via principale, domanda di nullità

Accertare e dichiarare la nullità degli acquisti di azioni e correlati finanziamenti erogati all'attore per i motivi meglio esposti in atti. In particolare dichiarare nulli i seguenti acquisti:

in data 9 agosto 2012 l'acquisto di 16.000 azioni al prezzo di 1.000.000,00

in data 2 settembre 2013 l'acquisto di 1.366 azioni al prezzo di euro 85.375,00 e la sottoscrizione di 85.375,00 euro di obbligazioni convertibili, poi convertite in 1956 azioni il 29 maggio 2015

in data 20 agosto 2014 l'acquisto di 5.500 azioni al prezzo di euro 343.750,00

Conseguentemente accertarsi l'inefficacia dei relativi addebiti effettuati dall'istituto sui conti correnti intestati al [redacted] ed in particolare su quello identificato con il numero [redacted] nonché la nullità/inefficacia degli addebiti sui medesimi conti a titolo di interessi sulle somme erogate per l'acquisto delle azioni e la sottoscrizione delle obbligazioni, di imposte sui titoli acquistati e di spese connesse agli acquisti.

Determinarsi e accertarsi il saldo dare/avere dei conti correnti sopra indicati una volta epurati dagli illegittimi addebiti sugli stessi registrati dall'Istituto per i sopradetti acquisti di azioni e per la sottoscrizione di obbligazioni, per le imposte sui titoli acquistati e per le spese connesse agli acquisti nonché per gli interessi sui finanziamenti illegittimi.

In alternativa compensarsi le somme addebitate dall'Istituto a titolo di prezzo per le operazioni contestate, nonché a titolo di interessi sui finanziamenti, spese e imposte addebitate, con le somme risultanti a debito del dott.ssa [redacted] nei conti correnti sopra indicati.

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

Andrà infine accertato che nulla deve il dott. A a B in relazione alle operazioni di finanziamento ed acquisto di azioni collegate sopra meglio descritte.

Nel merito in via subordinata, domanda di risoluzione

Accertati i gravi inadempimenti della Banca convenuta descritti in narrativa, dichiararsi risolti gli acquisti di azioni e le sottoscrizioni di obbligazioni della B eseguiti dal dottor A mediante finanziamenti ed in particolare quelli descritti al punto precedente.

Conseguentemente accertarsi l'inefficacia dei relativi addebiti effettuati dall'istituto sui conti correnti intestati al dottor A ed in particolare su quello identificato con il numero nonché la nullità/inefficacia degli addebiti sui medesimi conti a titolo di interessi sulle somme erogate per l'acquisto delle azioni e la sottoscrizione delle obbligazioni, di imposte sui titoli acquistati e di spese connesse agli acquisti.

Determinarsi e accertarsi il saldo dare/avere dei conti correnti sopra indicati una volta epurati dagli illegittimi addebiti sugli stessi registrati dall'Istituto per i sopradetti acquisti di azioni e per la sottoscrizione di obbligazioni, per le imposte sui titoli acquistati e per le spese connesse agli acquisti nonché per gli interessi sui finanziamenti illegittimi.

In alternativa compensarsi le somme addebitate dall'Istituto a titolo di prezzo per le operazioni contestate, nonché a titolo di interessi sui finanziamenti, spese e imposte addebitate, con le somme risultanti a debito del dott. A nei conti correnti sopra indicati.

Accertarsi che nulla deve il dottor A a B s.p.a. in relazione alle operazioni di finanziamento ed acquisto di azioni collegate sopra meglio descritte.

Con vittoria di spese ed onorari di causa.

In via istruttoria

Si reiterano tutte le istanze istruttorie formulate in sede di memoria ex art. 183, VI comma n. 2 c.p.c., in particolare (omissis)

Conclusioni per parte convenuta:

ferme le istanze istruttorie già formulate in atti dalla convenuta, da intendersi ritrascritte:

- *in via preliminare, in rito*, dichiarare l'inammissibilità/improcedibilità delle domande attoree, e conseguentemente dell'intero giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 83 TUB;
- *in subordine, in rito*, dichiarare la propria incompetenza, in favore del Tribunale di Vicenza, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 83 e 87 TUB;

www.osservatoriodirittoimpresa.it
Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

- *nel merito, in via preliminare,* rigettare le domande avversarie per intervenuta prescrizione, nei limiti e per le ragioni esposte nei precedenti scritti difensivi;

- *nel merito*, rigettare tutte le domande avversarie per i motivi già esposti in narrativa e nei precedenti scritti difensivi;

- *in subordine,* nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande restitutorie, determinare il *quantum debeatur* secondo quanto esposto in narrativa e quanto sarà provato in corso di giudizio;

- *in via istruttoria*, dichiarare la nullità e, comunque, l'inutilizzabilità della prova testimoniale assunta all'udienza del 12 luglio 2018, per i motivi già dedotti nella memoria *ex* art. 183, comma 6, n. 3 c.p.c. e ribaditi alla predetta udienza.

Con vittoria di spese, compensi, e rimborso forfettario ex art. 2 D.M. 55/2014 del presente giudizio. Con riserva di ogni ulteriore deduzione e produzione nelle successive difese.

MOTIVI

A agiva contro B allora *in bonis* per sentire accertare la nullità, o dichiarare la risoluzione, di tre operazioni di acquisto di azioni e obbligazioni convertibili della Banca, da questa medesima finanziate, operazioni poste in essere fuori dei locali della Banca e avulse dalla capacità finanziaria dell'attore; all'esito delle quali egli, dopo avere acquistato azioni od obbligazioni convertibili (e poi nel 2015 convertite) della Banca con provvista da questa fornita, si trova esposto per il correlato prezzo finanziato (oltre euro 1.500.000) a fronte di un patrimonio azionario ormai privo di valore, essendo stato il valore di acquisto (euro 62,50 per azione) progressivamente svalutato dalla stessa Banca a seguito degli interventi imposti dagli organismi di vigilanza. Tali acquisti sarebbero fattispecie messa in atto più volte dalla Banca per simulare un mercato attivo delle proprie azioni.

- acquisto di 16.000 azioni per euro 1.000.000 in data 9/8/2012; con affidamento per elasticità di cassa 1.100.000 in data 1/8/2012 (doc. 1 convenuta);
- acquisto di 1.366 azioni per euro 85.375,00 in data 2/9/2013, e sottoscrizione di altrettale valore di obbligazioni convertibili, poi convertite in 1956 azioni in data 29/5/2015; con affidamento per elasticità di cassa 100.000 in data 21/8/2013 a scadenza 30/11/2013, doc. 2 convenuta;
- acquisto di 5.500 azioni per euro 343.750 in data 20/8/2014;

Gli acquisti erano censurati di nullità per violazione dell'art. 30 e dell'art. 31 d.l.vo 83/93 (essendo state stipulate fuori dei locali della Banca, con personale di questa non munito di mandato quale promotore finanziario, e senza avviso della facoltà di recesso entro 7 giorni); per violazione dell'art. 2358 c.c.; per

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

illiceità della causa, stante il reato di aggiotaggio – contestato penalmente ai vertici della Banca – imperniato su condotte volte a nascondere il reale andamento dell'Istituto mediante vari artifici, fra i quali la messa in atto di operazioni di collocamento di azioni su finanziamento della banca, volte a simulare l'esistenza di un fiorente mercato delle azioni della banca, in realtà gravata di squilibri gravi.

Inoltre l'attore invocava la risoluzione dei contratti per violazione dell'art.21 TUF nel collocamento.

Infine chiedeva risarcire il danno subito quale titolare di azioni acquistate in passato e da lui detenute, il cui valore, mantenuto nominalmente e artificiosamente elevato dalla Banca (che nella qualità di banca popolare operava al di fuori dei mercati regolamentati) per diverso tempo, era poi crollato dopo che la banca aveva subito la pressione degli interventi della BCE e dei controlli della Banca d'Italia, che avevano stato fatto emergere il disequilibrio della gestione e la falsità dei bilanci.

La convenuta resisteva nel merito, in fatto e in diritto, ed eccepiva convalidazione – per le nullità ex artt. 30 e 31 TUF, nonché prescrizione quinquennale e decennale rispettivamente per le pretese aquiliane e per quelle fondate sul disposto dell'art. 30 e 31 TUF , e per quelle contrattuali.

La causa, assegnati i termini istruttori di legge, e ammesse le prove, era dichiarata interrotta a seguito della comunicazione da parte della convenuta dell'evento interruttivo costituito dalla messa in liquidazione coatta amministrativa della Banca; riassunta, ha visto l'assunzione delle prove orali attoree ammesse (tutte esclusi capp. 5 e 7).

Infine le parti hanno precisato le conclusioni come sopra, fruendo di termini ordinari per conclusionali e repliche.

Quanto alle ammissibilità o procedibilità o proseguibilità e alla competenza, l'ufficio si è già più volte pronunciato: valga dunque quanto segue.

L'art. 83 comma 3 TUB ("*3. Dal termine previsto nel comma 1 contro la banca in liquidazione non puo' essere promossa ne' proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, ne', per qualsiasi titolo, puo' essere parimenti promosso ne' proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare. Per le azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione e' competente esclusivamente il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale*") contiene una disciplina che ricalca, pro parte, il disposto dell'art. 52 l. fall. (la prima parte) e dell'art. 24 l. fall. (la seconda parte). L'art. 87 citato dalla liquidatela disciplina le opposizioni allo stato passivo, che spettano al Tribunale della sede della Banca.

Rispetto alla prima parte dell'articolo 83 comma 3, si nota che anche ai sensi dell'art. 209 L.F., norma generale sulla liquidazione coatta amministrativa, le pretese creditorie avanzate innanzi al Tribunale

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

ordinario nei confronti di una società che nel corso del giudizio viene posta in liquidazione coatta amministrativa devono essere dichiarate improseguibili, dal momento che tutti i suoi creditori, senza eccezione alcuna, devono sottostare alla procedura di verificazione dei crediti di cui alla predetta norma, dinanzi quindi al Commissario Liquidatore nella fase di formazione dello stato passivo.

Deve dunque concludersi che almeno la prima parte dell'art. 83 comma 3 esprime il principio generale – e cardinale - valevole per tutte le procedure concorsuali, quello per cui la massa attiva è assoggettata nel suo intero e indefettibilmente alla ripartizione secondo le regole del concorso e ad opera degli organi della procedura.

L'art. 83 comma 3 seconda parte, parallelamente all'art. 24 l. fall., riguarda le azioni *derivanti* dal fallimento.

L'art. 83 comma 3 dunque esprime principi non dissimili da quelli stabiliti per il fallimento, e dunque, per questi aspetti, si farà richiamo a giurisprudenza anche afferente casi di fallimento.

Venendo alla questione della competenza, va detto che, sebbene vi siano spazi per individuare una competenza del "Tribunale fallimentare" svincolata dal procedimento di verifica dei crediti ex art. 92 e ss. l.fall. (cfr. Cass. sez. 1, n. 10668 del 27/9/1999), la più vasta area della competenza del Tribunale della procedura è individuata nelle domande di condanna (art. 52 fall. e 83 comma 3 prima parte TUB) e in quelle domande che *"comunque incidono sul patrimonio del fallito, compresi gli accertamenti che costituiscono premessa di una pretesa nei confronti della massa"* (Cass. sez. 3, n. 17388 del 8/8/2007; Cass. sez. 1, n. 17279 del 23/7/2010; Cass. sez. 1, n. 25868 del 2/12/2011; Cass. sez. L. 10955 del 8/5/2018). Tale insegnamento è costante.

Pertanto che la questione della competenza per territorio, che la parte convenuta, invocando l'art. 83 comma 3 TUB e censurando le domande della attrice anche in quanto volte a incidere sulla massa, afferma essere carente in capo a questo ufficio a favore del Tribunale di Vicenza (nel cui circondario aveva sede la Banca e che è dunque il Tribunale della procedura) consiste in verità in una questione di rito applicabile, e non di competenza per territorio, (cfr. Cass. sez. 6-1 ord. 21669 del 20/9/2013) e rimanda dunque alla questione del discrimine fra domande proponibili avanti il giudice ordinario, e domande riservate (anche nella forma della opposizione allo stato passivo, 87 TUB) al Tribunale della procedura.

L'art. 83 comma 3 TUB dunque va letto nel senso che tutte le domande anche di accertamento o costitutive contro una liquidatela di banca non possono essere proposte avanti il giudice ordinario quando esse siano dirette a porre le premesse di una pretesa contro la massa.

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

Qualche deroga a tali principi si rinviene nella giurisprudenza della Suprema Corte nella materia lavoristica, nei giudizi di impugnazione del licenziamento, ove si tratta di assicurare la protezione delle posizione del lavoratore, che ha riflessi non solo fra le parti ma anche verso terzi (p.es. previdenziali) e gode di speciali particolarità del rito lavoristico, anche per il regime probatorio di favore ivi previsto.

Spazi di riserva al giudice ordinario si leggono (p. es. Cass. 17279/2010 sopra citata) nelle pronunce che trattano di domande demolitorie o di accertamento che abbiano *"come scopo solo tale accertamento"*. Naturalmente, posto che la domanda deve essere comunque sorretta da un interesse, sarà lo scopo ultimo dell'accertamento, o della pronuncia costitutiva chiesti, a determinare la procedibilità o meno della domanda avanti il giudice ordinario. La pronuncia 17279/2010 citata tratta del caso il cui lo scopo finale del richiedente - che agiva per fare dichiarare la nullità di un contratto di edizione stipulato con la società poi fallita – era ottenere la libera disponibilità dei relativi diritti, e non già una condanna del soggetto fallito.

Non può dunque essere negata la proseguibilità di quelle domande che mirano a tutelare diritti che non potrebbero trovare mai risposta, né positiva, né negativa, nell'ambito della procedura; per esempio, le domande di accertamento negativo del credito della procedura proposte dal soggetto che sia debitore della banca ormai in liquidazione in forza di titolo invalido, o inefficace, o risolto, e che ha interesse a vedersi liberato dal debito contrattuale.

Nelle sue difese, parte attrice assume che la presente causa possa proseguire in quanto avente ad oggetto unicamente una pronuncia di accertamento o costitutiva, e non già pronunce di condanna.

La pronuncia demolitoria o di accertamento di nullità o inefficacia del contratto, infatti, in generale, da un lato apre la via all'accertamento della inesistenza dei debiti che ancora sussisterebbero in forza del contratto (poste *ex contractu*), il che è ammissibile in questa sede; ma essa dall'altro lato può costituire il prodromo di possibili domande restitutorie (*ex nullitate*) o risarcitorie che invece non sono ammissibili.

La pretesa attorea deve essere dunque correttamente identificata e qualificata.
Nella prospettazione della parte attrice, essa è stata indotta ad acquistare azioni e obbligazioni convertibili utilizzando somme che le venivano a tal fine messe a disposizione mediante affidamento in conto, affidamento tuttora in essere. Le sue sono domande demolitorie accompagnate dalla conseguente richiesta

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1de77ca712539ad

di dichiarare che "nulla deve il dottor[illegible] a Banca[illegible] s.p.a. in relazione alle operazioni di finanziamento ed acquisto di azioni collegate sopra meglio descritte".

Tale domanda, in quanto volta a fare dichiarare che, in conseguenza alla pronuncia demolitoria, vengono meno gli obblighi di (ulteriore) adempimento al contratto – in particolare quanto al finanziamento, posto che l'acquisto azionario e obbligazionario è ormai perfezionato e pagato – è certamente ammissibile: alla sua pronuncia la parte ha un interesse, non essendo stati ancora del tutto rimborsati i finanziamenti e pagati gli interessi, che si trovano in tutto o in parte appostati sul conto. Tale pronuncia l'attore non potrebbe mai ottenere nell'ambito della procedura, finalizzata all'accertamento del passivo.

Tali domande sono dunque procedibili.

Non è dato invece a questo ufficio di pronunciarsi sulle domande volte ad accertare l'inefficacia degli addebiti in conto, domande che celano almeno in parte una pretesa di defalco del già addebitato, con funzione almeno potenzialmente restitutoria; nonché sulle domande, che delle suddette costituiscono in parte riformulazione, di compensazione; e neppure su quella di rideterminazione dei saldi, la quale implica appunto una richiesta di compensazione tra il credito (naturalmente virtuale, se il conto è ancora aperto) del correntista derivante da eventuali addebiti illegittimi p. es. per interessi, e il credito della banca al pagamento degli addebiti corretti.

L'istituto della compensazione fra soggetto *in bonis* e soggetto assoggettato a procedura è regolato dall'art. 56 l.fall., richiamato (con limitazioni che aggravano la posizione della parte *in bonis)* dall'art. 83 comma 3bis TUB. La norma si pone al crocevia fra competenza del giudice ordinario e competenza del Tribunale fallimentare (o della procedura).

In linea generale, come detto, ogni credito verso la procedura va fatto valere con insinuazione nel passivo.

La procedura, invece, ove intenda fare valere propri crediti contro soggetto *in bonis*, sorti prima della sua apertura, deve normalmente agire avanti il giudice ordinario.

Se non operasse l'art. 56 il creditore della procedura *in bonis* potrebbe unicamente fare valere il suo credito mediante insinuazione nel passivo – venendo pagato in moneta fallimentare - e resterebbe per converso esposto alla intera pretesa creditoria della procedura stessa. L'art. 56, in deroga a tale meccanismo, permette al creditore *in bonis,* una volta attinto dalla pretesa della procedura, di opporre ad essa per l'intero il proprio controcredito.

La norma dunque opera, in forma di eccezione al sistema, solo quando il debitore *in bonis* venga raggiunto da pretese della procedura, ed esclude pertanto che egli possa fare valere, in via di azione, il suo credito, sia pure a fini di ottenere l'accertamento della mera compensazione.

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

Venendo allora alla censura di nullità per violazione dell'art. 2358 c.c., si osserva quanto segue.

L'art. 2358 c.c. è dettato per le società per azioni, alla disciplina delle quali, per quanto compatibile, rimanda l'art. 2519 c.c. per integrare la disciplina di legge delle società cooperative. Tale era (B. alla data dei fatti, essendo, in particolare, una banca popolare, una delle due forme con cui secondo l'art. 28 TUB le società cooperative possono esercitare l'attività bancaria.

Il disposto dell'art. 2358 c.c., che nella originaria formulazione codicistica conteneva un divieto assoluto di prestare assistenza finanziaria per l'acquisto di proprie azioni, in una prima versione novellata – in vigore dal 1986 e fino al 2008 - dopo il primo comma che ribadiva il divieto, aggiungendo il divieto di dare garanzie per l'acquisto, prevedeva al secondo comma il divieto di accettare azioni proprie in garanzia, e al terzo comma aggiungeva una deroga favore dell'acquisto da parte dei dipendenti, tuttavia con un limite di ammontare legato agli utili distribuibili e alle riserve disponibili.
Nell'attuale testo, in vigore appunto dalla fine del 2008, il divieto è ribadito nel primo comma, mentre i successivi commi dettano invece delle dettagliate regole procedimentali e pubblicitarie, e dei limiti patrimoniali.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha sempre ritenuto che la violazione del divieto sia sanzionata di nullità: così Cass. sez. 1, n. 15398 del 19/6/2013. Nella motivazione la Corte indicata la ratio della disciplina fra l'altro nella *"volontà di vietare operazioni che possano determinare un'erosione anche potenziale del capitale sociale, nell'interesse dei creditori della società"*, oltre che a tutela dell'interesse dei soci contro i rimborsi preferenziali di conferimenti di alcuni di essi e dell'interesse della società a contrastare l'uso da parte degli amministratori delle quote comprate, specie in sede assembleare.
In altra sentenza (Sez. 1, n. 25005del 24/11/2006) riconoscendo al socio di società per azioni la legittimazione ad agire per la dichiarazione di nullità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione, stipulato dalla società con i sottoscrittori delle stesse, ove deduca la violazione dell'art. 2358, primo comma, c.c., quale terzo interessato ai sensi dell'art. 1421 cod. civ., ha affermato che dette ipotesi di nullità comportano il rischio della non effettività, totale o parziale, dei nuovi conferimenti e al tempo stesso dell'aumento del capitale sociale, con ricaduta sul patrimonio netto. La Corte osserva che le fattispecie di nullità per violazione dell'art. 2358 primo comma c.c. comporta il rischio della non effettività, totale o parziale, del conferimento dei nuovi soci e al tempo stesso dell'aumento del capitale sociale, con ricaduta sul patrimonio netto, per il rischio di inadempimento del socio entrante, inadempimento che sarà riferito all'obbligazione di rimborso del finanziamento, non a quella del conferimento - già adempiuta con i mezzi finanziari messi a disposizione dalla società - e dunque non

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

potrà comportare rimedi della decadenza del socio moroso e della estinzione delle sue azioni con la corrispondente riduzione del capitale sociale, ai sensi all'art. 2341 c.c.. L'interesse era poi ravvisato, in capo al socio di società di capitali, in quanto la lesione del capitale sociale si riflette anche sul valore della sua quota.

In ambedue i citati casi era applicabile la versione "intermedia" dell'articolo 2358 c.c., contenente dunque il divieto, ma anche una prima deroga a favore dei dipendenti.

La norma era ricondotta al novero delle norme imperative, e non ha perduto tale carattere sol perché, nell'attuale testo, pur dopo avere vietato, disciplina le modalità di approvazione e i limiti del finanziamento, ammettendolo in via generale alle condizioni procedimentali e sostanziali indicate.

Cass. SSUU n. 26724 del 19/12/2007 motiva infatti, in generale "*...tanto l'impugnata sentenza della corte d'appello di Torino, quanto la più volte menzionata sentenza di questa Corte n. 19024 del 2005, sembrano individuare le norme imperative la cui violazione determina la nullità del contratto essenzialmente in quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti. Ma ... l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell' art. 1418 c.c., comma 1, è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo. Neppure in tali casi, tuttavia, si tratta di norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire...."*

Quanto detto del contratto, nella individuazione dei tratti identificativi di una norma imperativa, vale certamente per il negozio di collocamento di azioni.

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

Conseguentemente, quando il collocamento di azioni avvenga, contro il divieto, nel mancato rispetto delle modalità e limiti previsti dalla legge, la sanzione è quella della nullità, in quanto solo il rispetto di tali requisiti e limiti permette di superare il divieto.

Così, si vuole dalla legge che l'operazione sia deliberata dalla assemblea straordinaria, previa valutazione giuridica ed economica dell'operazione presa nel suo insieme, la quale deve essere illustrata in una relazione degli amministratori inclusiva non solo delle condizioni concrete (prezzo azioni, interesse praticato, valutazione del merito creditizio dell'acquirente) ma anche più in generale della convenienza rispetto alle ragioni, agli obiettivi imprenditoriali, ai rischi che essa comporta per la solvibilità e liquidità della società. L'operazione deve essere decisa dunque dalla assemblea straordinaria, e sulla base di una pianificazione e rappresentazione chiara dell'operazione; ed è prescritto che verbale assembleare e relazione degli amministratori siano pubblicati nel Registro delle Imprese.
Tanto implica che il fattore preminente fatto oggetto di tutela dalla norma sia quello, già individuato dalle pronunce citate, della tutela del capitale sociale, nell'interesse della società, oltre che dei soci (anche se per questi il discorso andrebbe approfondito, atteso che il socio ha un voto quale che sia la sua partecipazione) e anche dei creditori, che fanno parte di quel più ampio pubblico al quale la pubblicazione nel R.I. rende accessibile la delibera.

Tale interesse è centrale anche nelle società cooperative.
La loro natura mutualistica comporta infatti che il loro scopo sia fornire beni e servizi ai soci (ed eventualmente a non soci) a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle di mercato. Tale scopo si realizza però mediante una struttura imprenditoriale, più o meno complessa, che deve operare secondo criteri di economicità, razionalità e quindi in primo luogo con salvaguardia del capitale mediante il quale solamente lo scopo mutualistico può realizzarsi.
Alla costituzione di un solido capitale sociale - che andrà poi mantenuto - sono poste a presidio norme che impongono la formazione di riserve (2545*quater* c.c. in generale; ma, per le banche popolari, l'art. 32 comma 1 TUB).

Pertanto certamente una disciplina che vieta (o meglio in concreto limita) le operazioni che possono mettere a repentaglio il capitale non è certo incompatibile con la società cooperativa.
Lo scopo mutualistico da solo non basta a giustificare la messa in atto di operazioni in sé pericolose, tali da mettere a rischio l'equilibrio economico della struttura sociale. Il codice civile per esempio espressamente prevede per le soc. cooperative una disciplina speciale dell'acquisto delle proprie azioni

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

(2529 c.c.) ma non contiene deroghe espresse per altre operazioni che sono vietate, o limitate, per le s.p.a.. A negare una pretesa funzione assistenziale sta la espressamente prevista esclusione del socio moroso, a chiara tutela del capitale sociale (2531 c.c.).

Può certo porsi la questione se taluni dei requisiti o della modalità e condizioni prescritte dall'art. 2358 c,.c. siano incompatibili con la struttura cooperativa.

Non lo è certamente la previsione della necessità di una delibera assembleare: se infatti, per la struttura aperta delle soc. cooperative, è compito degli amministratori ammettere nuovi soci, ciò vale unicamente, appunto, per l'ammissione di soci nuovi, non p.es. per il collocamento di azioni presso soggetti già soci, come è avvenuto nel presente caso, in cui l'attore era già in precedenza titolare di azioni B.. La ragione bene si comprende: la apertura della società ad accogliere nuovi soci è regola coessenziale allo scopo mutualistico e dunque essa viene gestita dall'organo amministrativo. A tale scopo però si ricollega anche la regola per la quale il socio dispone di un voto solo, quale che sia la sua quota di partecipazione. L'aumento della partecipazione in sé non ha un nesso funzionale immediato con la soddisfazione dello scopo mutualistico. Più in generale, la normativa prevede espressamente compiti dell'assemblea in vario modo relativi alla emissione e al collocamento di azioni: primo fra tutti il caso di aumento del capitale sociale, operazione che è ammessa dall'art. 2524 comma 3 c.c., il quale prescrive però la applicazione della disciplina generale delle s.p.a. relativa alla modificazione dell'atto costitutivo; lo stesso acquisto o rimborso delle proprie azioni può essere demandato agli amministratori solo dall'atto costitutivo (2529 c.c.).

Più specificamente, nella materia bancaria, l'art.12 del T.U.B., norma generale applicabile anche alle banche popolari, prescrive la spettanza all'assemblea della deliberazione di emissione di obbligazioni convertibili in azioni proprie: e più in generale l'art. 12 comma 4 prevede che: ". *Alle obbligazioni convertibili in azioni proprie si applicano le norme del codice civile, eccetto l'articolo 2412* " Si applica dunque, fra l'altro, l'art. 2420bis c.c. che ascrive l'emissione di obbligazioni convertibili ai compiti dell'assemblea straordinaria, determinando i casi, i modi e i limiti dell'emissione.

Né si vede poi alcunché di incompatibile con la disciplina delle cooperative nei disposti relativi ai limiti, presupposti e ai modi della deliberazione di concedere finanziamento per l'acquisto delle azioni della società, previsti dall'art. 2358 c.c. commi 3,4,5,6, e con l'obbligo ivi previsto di iscrivere una riserva indisponibile corrispondente.

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

Poiché tutte le condizioni dettate dalla norma concorrono a elidere i pericoli insiti nel finanziamento dell'acquisto di proprie azioni, tutte indistintamente devono sussistere parimenti perché il divieto del comma 1 dell'art. 2358 sia superato: sia quelle di forma e di competenza, sia quelle relative ai presupposti, sia quelle relative alla pubblicità. Appare in primo luogo rilevante la necessità che l'operazione di assistenza finanziaria sia programmata unitariamente e resa pubblica.

Va poi escluso che la disciplina civilistica, posta a tutela del capitale sociale, sia in qualche modo esclusa dal fatto che le società cooperative sono sottoposte a forme di vigilanza (per le Banche, da parte di Consob, Banca d'Italia e, dal 2014 in forza del reg. UE 575/2013, anche dalla BCE) in mancanza di norme che in tal senso dispongano.

Venendo poi alla applicabilità dell'art. 2358 c.c. a quella particolare categoria di società cooperative costituita dalle banche popolari, la disciplina di rango legislativo si rintraccia in primo luogo nelle non molte disposizioni del TUB ad esse relative : oltre alle norme generali fino all'art. 27, le disposizioni del capo V da art. 28 ad art. 32, nonché 149 (norma transitoria) e dal 2005 l'art. 150bis.
Va ricordato che con l'entrata in vigore del TUB, venne abrogato, giusta art. 161 del medesimo, il d.l.vo 105/1948, il cui art. 9 prevedeva che *"La societa' puo' accordare anticipazioni ai soci sulle proprie azioni entro i limiti stabiliti caso per caso dall'organo cui per legge e' demandata la vigilanza sulle aziende di credito, limiti che non potranno in ogni caso eccedere il 40% delle riserve legali"*. Il TUB dunque come primo atto abrogava una norma che ammetteva le banche popolari a prestare assistenza finanziaria per l'acquisto di proprie azioni.
Con il d.l.vo 310/2004 poi era introdotto nel TUB l'art. 150 bis che esplicitava quali disposizioni del codice civile non si applicano alle banche popolari: al primo comma elencava: *"2346, sesto comma, 2349, secondo comma, 2513, 2514, secondo comma..."* e al secondo aggiungeva: *"2512, 2514 e 2530, primo comma.."* . Come si vede, l'elenco al primo comma inizia con un articolo antecedente l'art. 2358 e continua con articoli ad esso susseguenti, e non include tale articolo.
Dunque l'art. 150bis - in una con l'abrogazione dell'art. 9 d.l.vo 105/1948 innanzitutto autorizzano dunque senz'altro ad escludere che il legislatore abbia inteso permettere alle banche popolari di finanziare l'acquisto di proprie azioni al di fuori di qualsiasi forma; e in secondo luogo a concludere, in particolare, che si sia inteso applicabile ad esse l'art. 2358 c.c.

Nel caso di specie, si tratta di un collocamento di azioni proprie con finanziamento avvenuto con operazioni singole, al di fuori di qualsiasi unitaria programmazione, deliberazione e forma riconducibili

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

all'art. 2358 comma 3 c.c.: infatti solo nella relazione semestrale finanziaria consolidata al 30/6/2015 (doc. 24 convenuta) l'organo amministrativo – peraltro meramente prendendo atto delle risultanze ispettive BCE e Banca d'Italia e delle valutazioni di queste sull'entità del fenomeno, ciò cui si appella la difesa della convenuta per negare natura confessoria a questo e ad altri atti dei propri organi – provvedeva ad iscrivere a bilancio una riserva indisponibile, richiamato l'art. 2358 (comma 6, ultima parte) del codice civile.

Conseguentemente, essendo di fatto occulta e ignota l'entità del fenomeno – che si accerta pertanto, giudizialmente, caso per caso – è impensabile non solo ridurre la questione del mancato rispetto dell'art. 2358 alla mera necessità di verifica postuma del rispetto del limite numerario dell'art. 2358 comma 6, come vorrebbe parte convenuta, ma anche in concreto operare, se anche lo si volesse, una tale verifica.

Una volta affermata dunque la applicazione della disciplina dell'art. 2358 c.c., si ha l'effetto, discendente dalla imperatività della norma, della nullità della intera operazione. In essa non vi sono due atti negoziali (finanziamento e collocamento di azioni) fra loro collegati per volontà dispositiva delle parti, sì che si possa parlare di "collegamento contrattuale" in senso proprio; ma due atti che, poiché di fatto fra loro intenzionalmente legati, sono colpiti dal divieto di legge e dunque dalla nullità: essi sono entrambi, nella loro connessione fattuale, lesivi in fatto o in potenza della integrità del capitale sociale.

In relazione a ciò, l'istruzione testimoniale non ha mirato, come lamenta la parte convenuta, a provare, contro il dettato dell'art. 2722 c.c., dei patti contrari al contenuto del contratto, ma a provare proprio il collegamento fattuale che è vietato dalla legge. Tale collegamento viene provato mediante elementi presuntivi – tratti dalla ravvicinata collocazione temporale dei singoli atti di acquisto e di rispettivo collocamento azionario e dalla corrispondenza degli importi del prezzo da un lato e del finanziamento dall'altro - e mediante elementi, di fonte testimoniale, che illustrino il concreto della trattativa e dunque eventualmente la condivisione, fra i paciscenti, dell'esistenza di un nesso di finanziamento vietato, riconducibile, in particolare, dal lato della Banca, alle determinazioni della gerarchia bancaria.

In punto dati presuntivi, si ha una strettissima relazione temporale fra l'acquisto di 16.000 azioni del 2012 (domanda del 3/8/2012) e il correlato affidamento (1/8/2012), avvenuto per un importo che era di euro 100.000 superiore all'ammontare azionario acquistato (che era di euro 1.000.020,00 come da estratto conto)

Dipoi, in contemporanea all'acquisto azionario del 20/8/2014 per euro 343.750,00, l'affidamento di a favore dell'attore ascendeva da euro 2.150.000 ad euro 2.600.000 (vedasi estratto centrale Rischi banca

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

d'Italia, doc. 29 attore, raffronto fra giugno e luglio (allegazioni attore prima memoria istruttoria, documento allegato alla seconda memoria istruttoria).

Quanto al testimoniale, esso, sul versante della violazione dell'art. 30 comma 7 TUF, non ha dato risultati chiari – avendo i testi affermato che mentre la prima operazione di collocamento avvenne fuori dei locali della Banca, ciò era avvenuto "quasi certamente" anche per le successive. Resta comunque il fatto che l'eventuale violazione dell'art. 30 comma 7 del TUF non inciderebbe sulla validità del finanziamento – che è il solo contratto ancora non adempiuto, e riguardo al quale questo ufficio potrebbe dare una risposta utile all'interesse attoreo – ma solo sulla validità del collocamento azionario e obbligazionario.

Per quanto riguarda invece il nesso fattuale fra acquisti e finanziamenti, il teste C , già consulente privati di B che propose e seguì i vari acquisti di cui qui si tratta, ha confermato le circostanze di fatto descritte dall'attore, precisando che quando propose la prima operazione egli aveva precisato che "la banca aveva bisogno di alleggerire il fondo acquisto azioni proprie" il quale all'epoca era evidentemente gravato di azioni rimborsate o comunque acquistate, non facilmente ricollocabili. Egli ha anche confermato che *"per tutte le operazioni c.d. baciate la banca aumentò i fidi per permettere gli aumenti di capitale del 2013 e del 2014"*.

Quanto testimoniato conferma pienamente la riconduzione delle operazioni di acquisto di azioni ad una assistenza finanziaria vietata, addirittura avvenuta su iniziativa dell'istituto bancario e in omaggio ad una strategia decisa dalla gerarchia bancaria.

Ciò porta, come conseguenza della nullità dei contratti mediante i quali si realizzò la violazione di legge, e rimanendo ai limiti che segnano la possibilità di pronuncia di questo ufficio, ad affermare che l'attore nulla deve alla Banca – ora in liquidazione – in adempimento dei rispettivi contratti di finanziamento, e ciò anche se le relative poste sono state regolate in conto corrente.
Pertanto vanno dichiarati nulli gli atti di acquisto azionario del 2012 e del 2014, e, per il rispettivo controvalore, degli affidamenti in conto.

Quanto alle operazioni del 2013, come si vede poi nei documenti, ed in particolare nel doc. 6 della convenuta "Ordini di acquisto e schede di adesione", il 15/7/2013 il A formulò ordine di acquisto di "Aum.Cap. Azioni B le POC 2013/2018 F.M." per euro 100.000; e di ulteriori titoli dello stesso tipo

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

per altri euro 70.750,00. Il primo acquisto fu regolato sul conto [redacted] il secondo, previo giroconto della provvista dal suddetto, su altro conto, numero [redacted]

Ciascuna delle due suddette contemporanee operazioni è oggetto di due ordini, l'uno dichiarato dalla banca non appropriato e l'altro invece appropriato. Il 21/8/2013 la banca concedeva un ulteriore affidamento per euro 100.000.

Di queste operazioni, una almeno è notevolmente prossima, nel tempo, ad un aumento dell'affidamento, l'altra invece si afferma eseguita mediante l'utilizzo del surplus dell'affidamento 2012 rispetto all'acquisto fatto in quell'anno. Si tratta comunque di acquisti misti azionari e obbligazionari, per i quali, per la parte obbligazionaria, l'applicazione dell'art. 2358 c.c. dettato per l'acquisto di azioni appare problematica, l'ipotesi di estensione dovendo affidarsi unicamente all'espressione "indirettamente" del comma secondo, che appare più propriamente riguardare la modalità – diretta o indiretta – del finanziamento.

Al proposito parte attrice sostiene la nullità anche per l'acquisto obbligazionario, invoca l'art. 1344 c.c. e predica la natura di contratto in frode alla legge dell'operazione per quanto attiene alle obbligazioni.

Il Collegio, impregiudicata sia la prima che la seconda questione, ritiene in ogni modo di sollecitare le parti anche sulla questione della meritevolezza di tutela dell'operazione di collocamento di obbligazioni, tipico strumento di raccolta di finanziamenti da parte della società, a fronte di finanziamento da essa stessa fornito, e ciò ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Per tale parte si rimette dunque la causa sul ruolo

P.Q.M.

Non definitivamente pronunciando,

1) Dichiara improcedibili le domande di dichiarazione di inefficacia di poste di conto, di rettifica dei saldi e di compensazione sui conti;
2) Dichiara la nullità degli acquisti azionari dell'agosto 2012 e dell'agosto 2014 e degli affidamenti in conto per gli importi corrispondenti al prezzo; dichiara nulla essere dovuto, per tale parte, in adempimento dei contratti di affidamento;
3) Rimette la causa sul ruolo come da separata ordinanza

Venezia, 23/7/2019

Il Presidente est. dr. Lina Tosi

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad

www.osservatoriodirittoimpresa.it

Firmato Da: TOSI LINA Emesso Da: POSTE ITALIANE EU QUALIFIED CERTIFICATES CA Serial#: 1dc77ca712539ad