

n. 10396\2015 r.g.



TRIBUNALE DI VENEZIA
Sezione Specializzata in materia di Impresa

Il giudice designato Anna Maria Marra
sciogliendo la riserva assunta sul ricorso proposto
da

A
B

, rappr. e dif. dall'Avv.o _____

contro

C

rappr. e dif. dagli Avv.i _____

osserva quanto segue.

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. A e B; stante l'imminente pericolo dell'adozione da parte della destinataria della misura di iniziative tese al recupero di crediti di ingente importo (nel totale pari ad Euro 9.389.708,00 al 30 settembre 2015), hanno richiesto al Tribunale di Venezia - Sezione Specializzata in materia di Impresa di inibire, con decreto *inaudita altera parte* ovvero con ordinanza all'esito dell'istaurazione del contraddittorio, a C



rientro, avverso cui, peraltro, i ricorrenti avrebbero a disposizione altri strumenti, quali opposizioni a decreto ingiuntivo e relative istanze di sospensione, opposizioni all'esecuzione, istanze cautelari di sospensione; con riguardo al *fumus boni iuris* la Banca ha, in primo luogo, segnalato che il conto corrente n. 010/421047, intestato alla B, ed il conto corrente 010/890945, intestato ad entrambi i ricorrenti, o non erano affidati o su di essi erano confluiti finanziamenti utilizzati per le società ad essi facenti capo ovvero per spese personali (acquisto immobili, viaggi, auto, e consimili) e che solo dai conti correnti n. 010/854962, cointestato ai ricorrenti ed affidato nella forma dell'elasticità di cassa, e n. 010/1106783, intestato al A; anch'esso affidato nella forma dell'elasticità di cassa, risultavano addebitati importi per acquisto di azioni o obbligazioni; ha osservato, però, che difetta qualsiasi collegamento tra gli affidamenti concessi e l'acquisto di azioni o obbligazioni di essa convenuta; in diritto ha sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative per azioni e, in ogni caso, alle obbligazioni convertibili in azioni nonché la inconfigurabilità della sanzione della nullità della operazione di acquisto/sottoscrizione di azioni.

Partendo dall'esame del *periculum in mora*, requisito funzionale alla selezione delle fattispecie concrete alle quali è consentito di accedere alla tutela di urgenza, si rileva che la circostanza che i ricorrenti ricoprissero, all'epoca del deposito del ricorso, cariche gestorie in una o più società connotava in maniera peculiare il *periculum in mora* ai fini della concessione della misura *inaudita altera parte* sicché la circostanza che tali cariche siano venute meno non esclude di per sé la necessità che sia accordata l'invocata tutela d'urgenza.

Al riguardo va detto che l'ingente importo delle scoperture e/o degli indebitamenti generatesi sui conti correnti dedotti in causa rende la prospettiva delle richieste di rientro fonte di pregiudizio imminente ed irreparabile per i ricorrenti. Pur trattandosi di pregiudizio attinente in prima battuta a profili di carattere patrimoniale, è anche vero che indebitamenti tanto elevati -ove il creditore ne



esiga il pagamento- appaiono suscettibili di provocare una modifica significativa, per tutto il tempo della causa di merito ordinario, dell'organizzazione di vita, anche personale, dei ricorrenti.

A tale riguardo si rileva che può considerarsi provato che la Banca abbia già palesato l'intenzione di richiedere il rientro dei passivi formati sui conti in questione (circostanza su i ricorrenti hanno offerto informatori). Tanto può evincersi dalla comunicazione di sconfinamento, datata 25 dicembre 2015, relativa al conto corrente n. 010/890945 con cui gli intestatari venivano invitati a regolarizzare la posizione (doc. 25 di parte ricorrente). Non convince l'assunto della Banca secondo cui la detta comunicazione costituirebbe un errore generato dal sistema. All'evidenza il sistema deve pur essere stato calibrato in modo da inviare la comunicazione in questione sicché non è credibile che la comunicazione sia stata del tutto involontaria. D'altra parte la Banca nel costituirsi nel presente procedimento non ha dichiarato di non intendere procedere alla paventata richiesta di rientro ma si è limitata ad indicare l'esistenza di rimedi a disposizione dei ricorrenti per il caso che essa ottenga ingiunzioni di pagamento e che sulla base di tali titoli vada in esecuzione (opposizioni e relative istanze di sospensione, opposizioni all'esecuzione, istanze cautelari di sospensione). E' manifesto, però, che tali rimedi si collocano in un periodo successivo al passaggio a sofferenza dei conti con le conseguenti segnalazioni, per es. alla Centrale rischi della Banca d'Italia, indubbiamente pregiudizievoli per i debitori.

Passando all'esame del *fumus boni iuris* si premette in fatto che i ricorrenti sono titolari esclusivi o contitolari dei seguenti conti correnti dei quali si riportano in sintesi le movimentazioni sulla base delle comuni allegazioni delle parti, fondate sulla documentazione in atti:

→ conto corrente n. 010/854962, intestato ad entrambi i ricorrenti e affidato a far tempo dal dicembre 2011 nella forma dell'elasticità di cassa sino alla somma di Euro 7.150.000,00, ove si registrano: un saldo zero iniziale al 20 dicembre 2011 ed un saldo negativo per Euro 3.131.217,30 già in data 31 dicembre 2011, correlato alla sottoscrizione di azioni della Banca per Euro 1.565.500,00 + Euro 1.565.500,00; un saldo negativo al 31 dicembre 2012 aumentato ad Euro 3.239.881,83, aggravato da interessi passivi nella misura di Euro 108.000,00; su tale conto corrente



risulta una sola movimentazione diversa da quelle appena riportate, dovuta ad bonifico del A nonché quattro storni in accredito di bolli e competenze di riliquidazione; in data 3 maggio 2013 risultano accreditate due cedole di Euro 20.256,00; in data 28 giugno 2013 figurano addebitati ulteriori per Euro 1.460.040,00 a fronte di acquisto di azioni della Banca convenuta; in data 2 settembre 2013 risultano addebiti per due acquisti di azioni e per due acquisiti di obbligazioni convertibili in azioni di Euro 115.625,00 per ciascuno; al 31 dicembre risultano addebitati interessi passivi per Euro 15.679,21; in data 27 agosto 2014 risultano due sottoscrizioni di azioni della Banca per complessivi 1.500.000,00 nonché due sottoscrizioni di una Sicav per Euro 300.000,00 in data 4 agosto 2014 e in data 10 settembre 2014;

→ conto corrente n. 010/1106783 intestato al A; aperto a metà dicembre 2013, affidato nella forma dell'elasticità di cassa; su tale conto risultano addebitati gli importi necessari per la sottoscrizione di azioni della Banca resistente in occasione dell'aumento di capitale del 2013 per un controvalore di Euro 1.562.520,00 e per la sottoscrizione di azioni in occasione dell'aumento di capitale del 2014 per un controvalore di Euro 62.500,00;

→ conto corrente 010/890945 cointestato ai ricorrenti, affidato nell'aprile 2014 mediante la forma dell'elasticità di cassa per Euro 500.000,00; su tale conto risultano effettuate varie operazioni tra cui versamenti a favore di D s.r.l. di cui i ricorrenti sono soci e pagamenti per acquisti personali (acquisto auto, vacanza, e servizi vari); inoltre a settembre 2013 risulta un addebito per l'acquisto di azioni e obbligazioni della Banca convenuta per un controvalore di Euro 105.125,00; vi figurano, nell'agosto 2014, incassi derivanti dalla vendita di azioni di diversi soggetti emittenti per circa Euro 300.000,00; in data 30 gennaio 2015 risultano attinti i fondi per la sottoscrizione di azioni della convenuta in occasione dell'aumento di capitale del 2014 per un controvalore di Euro 437.550,00;

→ conto corrente n. 010/421047 intestato alla B; non affidato; su tale conto figura un accredito per vendita di azioni di E s.c.p.a. per Euro 460.886,00; nello stesso giorno dell'incasso risulta effettuato un acquisto di azioni della Banca convenuta per Euro 462.500,00.



E' opportuno puntualizzare che sia gli acquisti di azioni sia le sottoscrizioni di azioni hanno avuto come interlocutore diretto la Banca, dato evincibile dagli ordini prodotti dalla stessa resistente (si vedano i doc. sub 10 e 11), tutti denominati "DOMANDA DI ACQUISTO/SOTTOSCRIZIONE DI AZIONI" e contenenti il riferimento al prezzo stabilito dal Consiglio di amministrazione ai sensi degli artt. 6 e 19 dello statuto, e non vedono, pertanto, coinvolti soggetti terzi rispetto alle parti in causa.

Tanto premesso in fatto, i ricorrenti lamentano che gli acquisti o sottoscrizioni di azioni nonché gli acquisti di obbligazioni convertibili in azioni della Banca resistente siano avvenute a loro insaputa ovvero su specifica indicazione e pressioni dei funzionari della medesima.

Tali doglianze allo stato appaiono prive di allegazioni sufficientemente dettagliate ed inoltre presentano, attesa la ingente entità degli addebiti generatisi sui conti correnti in esame, profili di scarsa verosimiglianza.

Quanto alla doglianza del conflitto di interessi essa è svolta in maniera generica, atteso che il conflitto di interessi non rende di per sé invalida l'operazione ma richiede l'adempimento di cautele determinate a tutela del cliente, sulle quali non vi sono adeguate allegazioni.

D'altra parte, come anticipato in sede di decreto adottato *inaudita altera parte*, la *causa petendi* che fonda la competenza del Tribunale adito è quella che si incentra sulla violazione dell'art. 2358 c.c. sicché è su questa che deve incentrarsi l'attenzione.

La Banca contesta in radice l'applicabilità della detta norma alle società cooperative e tanto meno all'acquisto di obbligazioni convertibili in azioni. Il richiamo operato dall'art. 2519 c.c. non varrebbe, secondo la tesi della convenuta, per l'art. 2358 c.c. poiché la disciplina ivi contenuta non sarebbe compatibile con la disciplina delle società cooperative; aggiunge la Banca che, anche ove si dovesse ritenere applicabile la disposizione in questione alle ridette società, il campo di applicazione rimarrebbe circoscritto ai limiti quantitativi, da individuarsi negli utili distribuibili e nel patrimonio netto disponibile risultanti dall'ultimo bilancio di esercizio in analogia rispetto a quanto prescritto dall'art. 2529 c.c. per l'acquisto di azioni proprie da parte delle cooperative, mentre non potrebbero richiedersi né la condizione della previa autorizzazione dell'assemblea per la



individuale minima di azioni prevista dallo statuto per richiedere l'ammissione a socio (100 azioni), con possibilità per il nuovo socio di accedere ad un finanziamento per il pagamento del prezzo di sottoscrizione delle azioni medesime nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2358 del codice civile" (doc. 19 di parte ricorrente).

Quanto meno nella presente fase deve, dunque, ritenersi che la convenuta fosse assoggettata alla disciplina dell'art. 2358 c.c. attraverso il richiamo dell'art. 2519 c.c.. Del resto l'esclusione della applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative non si fonda su argomenti di carattere testuale ma su valutazioni di incompatibilità, come si è visto smentire da iniziative e condotte concrete.

Non può poi sottacersi che, con riguardo alle banche popolari la compatibilità a cui l'art. 2519 c.c. ancora la applicazione delle società per azioni, deve tenersi conto della peculiare disciplina per esse dettata e, in via più generale, della considerazione che la mutualità nelle banche popolari si atteggia in maniera peculiare attesa la cumulabilità con finalità lucrative.

Tanto premesso, l'assunto dei ricorrenti si fonda sulla considerazione che i finanziamenti di cui essi hanno goduto mediante il sistema dell'elasticità di cassa siano stati concessi per essere utilizzati per l'acquisto di azioni e obbligazioni convertibili in azioni della Banca convenuta, ciò nonostante il divieto previsto dall'art. 2358 c.c., con la conseguenza che deve ravvisarsi la nullità delle operazioni di finanziamento, in quanto specificamente finalizzate a conseguire un risultato vietato dall'art. 2358 c.c., e degli acquisti o sottoscrizioni di azioni o di obbligazioni convertibili.

La Banca ha contestato la sussistenza di una correlazione diretta tra i finanziamenti e l'acquisto o la sottoscrizione di azioni, a cui i ricorrenti, pertanto, si sarebbero determinati di propria iniziativa con la conseguenza che rimarrebbe eliso il collegamento tra il finanziamento e le operazioni di investimento.

Con riferimento ai conti correnti n. 010/854962 e n. 010/1106783, i cui saldi passivi al 30 settembre 2015 ammontavano rispettivamente ad Euro 6.553.540,00 e ad Euro 1.625.620,00, dovuti per la quasi totalità ad acquisto o sottoscrizione di azioni della banca convenuta, tale correlazione è



desumibile dalla stretta contiguità temporale tra l'apertura dei conti con concessione di elasticità di cassa veramente considerevole e l'acquisto o la sottoscrizione di azioni della Banca ovvero dalla permanenza di tale elasticità e la prosecuzione di ingenti acquisti o sottoscrizioni di azioni.

Tali dati fattuali ripetuti nel tempo integrano presunzione grave, precisa e concordante in ordine all'unitarietà delle operazioni e al collegamento tra l'elasticità concessa e l'acquisto o la sottoscrizione di azioni della convenuta.

Quanto agli altri due conti (il n. 010/890945 ed il n. 010/421047), tale correlazione presenta caratteri sfumati poiché su di essi risulta un'operatività significativamente rispondente a criteri ordinari né sussistono elementi, come per i conti esaminati appena sopra, per valutare che la Banca abbia finanziato l'acquisto di sue azioni.

Va poi rilevato che, in difetto di specifiche conoscenze in ordine al regime delle obbligazioni convertibili in azioni acquistate dai ricorrenti, non pare che esse possano essere assimilate alle azioni. Non vi sono in ogni caso sufficienti allegazioni in ordine alle modalità ed ai tempi in cui detta conversione sia stata esercitata, ed in particolare in ordine al ruolo giocato dalla Banca nella scelta della conversione, che i ricorrenti affermano essersi verificata, con la conseguenza che non si può estendere a tali titoli la disciplina dei titoli azionari.

Tuttavia si osserva che, con riferimento ai conti correnti n. 010/854962 e n. 010/1106783, gli acquisti di obbligazioni convertibili risultano assai ridotti rispetto all'ammontare degli acquisti o delle sottoscrizioni di azioni effettuati attraverso tali conti ed anzi risultano acquistate obbligazioni convertibili sul solo conto n. 010/854962, sicché, nell'economia complessiva della vicenda e della misura che si adotterà, operato il bilanciamento di interessi rimesso al giudice nella individuazione della cautela necessaria, non appare opportuno escludere da detta misura l'intero saldo negativo formatosi su tale conto corrente né scorporare i relativi importi in considerazione della difficoltà della estrapolazione di essi dall'operatività del conto.

Analoghe considerazioni valgono per altre e diverse operazioni effettuate sul medesimo conto corrente (si vedano le due sottoscrizioni Sicav).



Occorre ora stabilire quali siano le conseguenze della violazione dell'art. 2358 c.c. e chi possa farle valere.

I ricorrenti sostengono che, in difetto di sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2358, co. 2 e ss., c.c., riprende vigore il divieto sancito dal co. 1 della medesima disposizione la cui violazione è fonte di nullità dei finanziamenti concessi o delle garanzie prestate dalla banca.

La Banca sostiene invece che la violazione dell'art. 2358 c.c., e dunque l'insussistenza delle condizioni previste dalla norma per farsi luogo da parte della società a finanziamenti o garanzie dell'acquisto o della sottoscrizione da parte di terzi di azioni proprie, non possa essere fonte di nullità. La violazione in questione potrebbe unicamente essere fonte di responsabilità dell'organo gestorio. La convenuta pone, inoltre, l'accento sul bene\interesse tutelato dalla disposizione, *i.e.* l'effettività del patrimonio sociale, e da ciò fa derivare che l'eventuale invalidità non sia suscettibile di essere fatta valere da coloro che hanno beneficiato dei finanziamenti o delle garanzie.

La nullità dei finanziamenti o delle garanzie posti in essere in assenza delle condizioni previste dall'art. 2358 c.c., ove ritenuta configurabile, si cumulerebbe alla tutela costituita dalle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, ricorrendone i presupposti. Vuol dirsi che l'una forma di tutela non esclude l'altra né può sostenersi che la possibilità di esercizio delle azioni di responsabilità esaurisca la tutela spettante a chi si affermi danneggiato stante la diversità dei presupposti, dei contenuti e delle modalità attraverso cui le due tutele sono conseguibili.

Ciò precisato, persuade la tesi secondo cui l'assenza delle condizioni previste dall'art. 2358, co. 2 e ss. c.c. determini la espansione del divieto di cui al primo comma (*"La società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, se non alle condizioni previste dal presente articolo."*) e che la violazione di tale divieto di fonte legale dia luogo a nullità della specie delle nullità virtuali.

Quanto alla legittimazione a far valere tale nullità, è vero che la disposizione mira a tutelare l'effettività del patrimonio sociale, ma da ciò non può farsi discendere una deroga alla legittimazione propria delle nullità, specie virtuali poiché derivanti dal carattere inderogabile della



norma violata, per le quali il criterio generale di selezione della legittimazione è costituito dall'interesse a farla valere (art. 1421 c.c.).

Nel caso in esame l'inderogabilità della norma e l'ampiezza del divieto, salva la ricorrenza delle condizioni previste dalla disposizione, non consentono limitazioni della legittimazione ad ottenere l'accertamento della violazione. Quando non sussistano le condizioni suddette, evidentemente ritenute dal legislatore idonee a preservare l'effettività del patrimonio sociale, il divieto non tollera ulteriori e diverse limitazioni. Circoscrivere la legittimazione a farla valere equivarrebbe ad introdurre restrizioni alla inderogabilità della norma, in aggiunta alle condizioni tassative indicate dalla disposizione.

D'altra parte la detta inderogabilità risponde alla esigenza di carattere generale di preservare l'integrità del capitale e l'effettività del patrimonio sociale a tutela dei soci, dei creditori e dei terzi che entrino in relazione con la società.

Quanto all'interesse dei ricorrenti, esso risiede nell'obiettivo avuto di mira, *i.e.* la eliminazione delle operazioni congiunte -finanziamento ed utilizzo dei fondi dalla Banca per l'acquisto\ sottoscrizione di azioni della medesima-, operazioni nel complesso illecite poiché contrarie a norma imperativa da cui si è generato l'indebitamento che essi lamentano. Tali operazioni, infatti, hanno avuto come effetto vietato quello di finanziare l'acquisto di azioni della Banca.

Peraltro, chi acquista o sottoscrive azioni di una società impiegando prestiti messi a disposizione dalla medesima, è portatore di un interesse alla regolarità dell'operazione che, come si è visto, dipende dal rispetto dell'art. 2358 c.c.; ha, quindi, interesse alla effettività del patrimonio della società di cui ha acquistato o sottoscritto azioni, pur se con prestiti forniti dalla stessa società, ed alla tenuta finanziaria di quest'ultima.

Resta da verificare se sussistessero, al momento dell'acquisto o della sottoscrizione, le condizioni a cui è subordinato il limite al divieto previsto dall'art. 2358 c.c..

Ebbene, a fronte della allegazione della violazione di norma peraltro inderogabile, sia in ragione dell'art. 2358 c.c., il quale assegna alla sussistenza di specifiche condizioni la possibilità di deroga



alla regola generale costituita dal divieto di prestiti per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, sia in applicazione del principio della vicinanza alla prova (Cass. s.u. n. 13553/2001), gravava sulla Banca resistente l'onere di dar conto della sussistenza delle ridette condizioni.

La Banca non ha dato tale prova. Anche a voler circoscrivere al limite quantitativo, individuato -in analogia rispetto a quanto previsto dall'art. 2529 c.c.- nell'ammontare degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato, l'unica condizione applicabile alle società cooperative tra quelle previste dall'art. 2358 c.c., la convenuta si è limitata ad affermarne la sussistenza.

Per converso i ricorrenti, quanto meno con riferimento alle sottoscrizioni di azioni effettuate negli anni 2013 e 2014, hanno segnalato forti elementi di valutazione da cui inferire l'assenza delle condizioni legittimanti il finanziamento altrimenti vietato e, in particolare, dell'inosservanza dell'obbligo di iscrivere in bilancio una riserva indisponibile di pari ammontare.

Nella relazione finanziaria semestrale consolidata al 30 giugno 2015 sopra menzionata (doc. 5 di parte ricorrente), la Banca, preso atto delle anomalie emerse in occasione di visita ispettiva della Banca Centrale Europea con riferimento agli aumenti di capitale del 2013 e del 2014 ed alla negoziazione di azioni proprie in contropartita al 'Fondo per acquisto azioni proprie', e in particolare dell'emersione del fatto che parte delle sottoscrizioni e degli acquisti di sue azioni era collegata a operazioni di finanziamento finalizzate all'acquisto delle azioni stesse, considerato l'importo complessivo dei finanziamenti erogati dalla Banca correlato all'acquisto o alla sottoscrizione di azioni della Banca, pari a 974,9 milioni di euro, prevedeva l'iscrizione nel bilancio consolidato al 30 giugno 2015 di una riserva indisponibile ai sensi dell'art. 2358, co. 6, c.c. per un ammontare pari al capitale oggetto delle operazioni di finanziamento.

Da tale dato documentale si desume che in precedenza la condizione non sussistesse.

Conclusivamente deve ravvisarsi il *fumus boni iuris* delle doglianze formulate dai ricorrenti e delle pretese suscettibili di essere fatte valere in sede di giudizio di merito ordinario limitatamente al conto corrente n. 010/854962 ed al conto corrente n. 010/1106783.



Tenuto conto delle azioni di merito ordinario prospettate dai ricorrenti (azioni di nullità degli investimenti effettuati in violazione di legge e degli acquisti o sottoscrizioni di azioni della Banca resistente ed azioni restitutorie, previa consegna delle azioni acquistate), misura suscettibile di essere concessa in via d'urgenza, sufficiente a tutelare i ricorrenti, è la inibitoria alla Banca della richiesta di pagamento dei saldi passivi generatisi sul conto corrente n. 010/854962, cointestato a A ed a B, e sul conto corrente n. 010/1106783, intestato a A.

Attesa la natura strumentale della misura concessa, la regolamentazione delle spese di lite va rimessa all'esito dell'instaurando giudizio di merito.

P.Q.M.

Visti e applicati gli artt. 700 e 669 *bis* e ss. c.p.c.,

in parziale accoglimento del ricorso ed a modifica del decreto emesso *inaudita altera parte*:

inibisce a C s.c.p.a. la richiesta del pagamento dei saldi passivi del conto corrente n. 010/854962, cointestato a A ed a B, e del conto corrente n. 010/1106783, intestato a A;

assegna il termine di giorni trenta per la instaurazione del giudizio di merito;

spese al definitivo;

si comunichi.

Venezia, 27 aprile 2016

Il giudice

(dott.ssa Anna Maria Marra)

