

0076/201007

REP. 1778/2009



Segnalazione dell'
av. Alberto Tarach

TRIBUNALE CIVILE E PENALE DI MILANO
VI sezione civile

Procedimento R.G.N. 81121/2008 ex art.19 D.Lgs 5/2003 promosso da:

(c.f.:) e
(c.f.:),

RICORRENTI

Contro

B (p.i.:)

RESISTENTE

IL CASO.it

Il Giudice designato,
sciogliendo la riserva assunta all'udienza del giorno 13.2.2009;
rilevato che e con ricorso depositato
il 27.11.2008 hanno chiesto la condanna di Banca
spa alla restituzione rispettivamente, il primo, della somma di €
51.146,69 e la seconda di € 498.193,32 costituente l'esborso, al
netto delle cedole incassate, di due operazioni di investimento e
precisamente:

a) acquisto in data 25.10.1995 da parte di di
obbligazioni Argentina 7% 18.3.2004, quantità DM 100.000 al prezzo
di lire 99.811.130;

b) in data 16 novembre 1999 acquisto da parte di di
Obbligazioni Rep. Argentina 7,125% 10.6.2002 EU quantità 575.000
al prezzo di € 572.201,34;

rilevato che la difesa degli attori ha dedotto la nullità dei due
ordini e delle operazioni di investimento perché effettuate in
difetto di un qualsiasi contratto quadro per la prestazione di
servizi di investimento stipulato con la banca con cui all'epoca i
clienti avevano in essere, ciascuno, un rapporto di conto corrente

~~e di deposito titoli, rapporti cessati a far data dal 2005~~
e dal 2006 ;

IL CASO.it

rilevato che gli attori hanno dato atto che i rapporti bancari risalivano agli anni '80 e che originariamente i contratti di conto corrente e di deposito titoli erano stati stipulati con Banca spa, in seguito divenuta Banca scarl e poi Banca spa,

rilevato che Banca spa si è costituita nei termini assegnati e non ha svolto alcuna difesa relativamente alle domande degli attori limitandosi a eccepire nel merito la sua carenza di legittimazione passiva e in rito l'inammissibilità del rito prescelto dagli attori ex art. 19 D.Lgs 5/2003 in considerazione dell'implicita domanda di nullità svolta in ricorso a sostegno della domanda di restituzione delle somme investite;

rilevato che la banca ha dedotto, a sostegno dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva, il fatto che essa è divenuta cessionaria del ramo d'azienda di cui era titolare B

scarl (già B) con efficacia 1.7.2007 dopo la chiusura del rapporto bancario intercorso dai ricorrenti con la cedente e ha sostenuto, sulla base di ciò, che il rapporto dedotto in giudizio e il vantato credito sarebbero sorti dopo la cessione in blocco ex art. 58 Tub da Banca scarl a Banca Popolare spa di cui pertanto non potrebbero ritenersi oggetto;

rilevato che gli attori hanno prodotto documentazione relativa alle operazioni di acquisto nel 1997 e 1999 degli strumenti finanziari contestate, documentazione che conferma altresì che il servizio di intermediazione fu prestato da Banca Popolare scarl;

ritenuto che in via preliminare debba essere affrontata la questione di rito attinente all'ammissibilità del ricorso ex art. 19 così come prospettata dalla difesa della banca; **IL CASO.it**

rilevato che la domanda sub a) proposta dall'attore rientra tra le controversie di cui all'art. 1 d.Lgs 5/2003 in quanto non è azione di responsabilità e ha ad oggetto il pagamento di una somma

~~di denaro, ne consegue che è azione proponibile con il rito~~
alternativo ex art. 19 D.lgs 5/2003 considerando che la citata
norma preclude il procedimento speciale sommario solo alle azioni
di responsabilità, tra quelle contemplate nell'art. 1 comma 1
lettere dalla a) alla f), e richiede come presupposto che l'azione
abbia ad oggetto la richiesta di pagamento di una somma di denaro,
anche se non liquida, mentre non esclude che nel processo sia
introdotta, quale causa petendi dell'azione di condanna, una
questione di validità di atti negoziali;

IL CASO.it

rilevato in particolare che nel caso di specie la nullità delle
operazioni di investimento è dedotta come questione incidentale la
cui conoscenza e decisione costituisce una premessa logico
giuridica per l'affermazione dell'esistenza del diritto alla
restituzione oggetto di condanna;

rilevato, in altre parole, che l'accertamento della nullità delle
operazioni attiene alla individuazione degli elementi costitutivi
della fattispecie dedotta in giudizio dagli attori qualificabile
come azione di ripetizione di indebito oggettivo;

ritenuta pertanto l'ammissibilità del procedimento ex art. 19
d.lgs 5/2003;

ritenuto che va risolta la questione preliminare di merito
attinente alla legittimazione passiva di Banca Popolare
spa (c.F.);

rilevato che la resistente ha fondato la sua eccezione sul fatto
che essa, in quanto cessionaria, con atto di cessione del
26.6.2007 efficace dall'1.7.2007, del ramo d'azienda della cedente
Banca Popolare scarl, già titolare del rapporto bancario
in essere con i ricorrenti, non avrebbe acquisito le posizioni di
debito riconducibili ai ricorrenti per aver questi risolto i loro
rapporti bancari negli anni 2005 e 2006, antecedentemente la
cessione;

IL CASO.it

rilevato che dagli atti emerge che i sigg.ri e
avevano stipulato un rapporto di conto corrente e di deposito
titoli con Banca spa (docc.1 e 2), che ad essa era
subentrata, per incorporazione Banca Popolare scarl (p.i.



~~(doc.1 banca), soggetto che svolge il servizio di~~
investimento di negoziazione a favore dei ricorrenti in occasione
dell'acquisto delle obbligazioni Argentina per cui è causa (docc.3
e 4); che il 5 luglio 2005 Banca Popolare scarl ha
cambiato la sua denominazione in Banca Popolare scarl
(doc.2 banca); che successivamente con atto notarile del 26.6.2007
e con pubblicazione nella GU 7.7.2007 Parte II Foglio inserzioni
n. 78 Banca Popolare scarl cedeva a Servizi
srl con decorrenza dall'1.7.2007 il proprio ramo
d'azienda relativo all'attività bancaria ex art. 58 Tub; che
successivamente srl si è trasformata in Banca Popolare
spa (c.f.:) con assemblea straordinaria tenutasi il
9.6.2007 (doc.5 banca); che la cessione del ramo d'azienda ha
avuto ad oggetto, come si legge in quanto pubblicato sulla GU del
7.7.2007: "una parte della azienda bancaria di titolarità di Banca
Popolare - Banca Popolare scarl costituita
sostanzialmente dalla rete di sportelli, dalle funzioni di
direzione centrale finalizzate principalmente alle attività
bancarie retail, corporate e crediti, nonché dalle partecipazioni
bancarie in Banca in Banca Popolare spa, Banca Popolare
spa, Banca Popolare spa e Banca
spa.";

IL CASO.it

rilevato che la vicenda di cessione di ramo d'azienda tra cedente
Banca Popolare scarl e Banca Popolare spa va
ricondata alla fattispecie di cessione disciplinata dall'art. 58
Tub,

rilevato che la banca resistente non ha dedotto a fondamento della
sua eccezione di carenza di legittimazione passiva la circostanza
che nell'oggetto della cessione ex art. 58 Tub sarebbero esclusi i
rapporti di intermediazione finanziaria posti in essere dalla
cedente, ma ha dedotto che i singoli rapporti riconducibili alle
persone dei ricorrenti sarebbero esclusi dalla cessione in quanto
"attinenti" a contratti bancari (di c/c e di deposito titoli)
cessati prima della cessione ex art. 58;

~~rilevato che le allegazioni della resistente in primo luogo consentono di ritenere che l'eccezione è stata fondata solo sulla questione riguardante l'individuazione dell'oggetto della cessione di rapporti bancari ex art. 58 Tub nelle ipotesi in cui si tratta di crediti o debiti riferibili a situazioni contrattuali chiuse prima della cessione ma azionate successivamente per situazioni, come prospettate, che già erano venute ad esistenza nella loro dimensione fattuale alla data della cessione;~~

IL CASO.it

rilevato che, come da più parti in dottrina e nella giurisprudenza di questo tribunale è già stato affermato (Trib. Milano 8 novembre 2005, Tribunale Milano 29 gennaio 2001), la disciplina del trasferimento dei debiti e dei crediti ex art. 58 Tub si pone in modo del tutto differente rispetto alla disciplina codicistica della cessione d'azienda e dell'accollo; la cessione di un'azienda bancaria comporta la cessione dell'intera massa dei rapporti facenti capo all'azienda, essa è caratterizzata, quanto ai debiti, dall'assenza delle limitazioni previste dalla disciplina del codice civile (debiti risultanti dai libri contabili obbligatori), fino a risultare incluse tutte le situazioni passive afferenti l'entità trasferita, comprese le situazioni c.d. di soggezione. La finalità della disciplina ex art. 58 Tub è quella di instaurare un controllo sulle concentrazioni a fini di trasparenza e di tutela dei terzi, realizzando un sistema normativo della cessione dei rapporti giuridici bancari autonoma rispetto alla regolamentazione codicistica della cessione d'azienda;

rilevato che nella disciplina bancaria in esame il favore per i fenomeni di concentrazione è evidente nella previsione della celerità e semplificazione delle cessioni;

ritenuto, per altro, che la tutela del sistema bancario esige chiarezza e certezza sulla titolarità dei rapporti giuridici trasferiti;

IL CASO.it

rilevato che la disciplina del tub riguarda la cessione di azienda, di ramo d'azienda e di "beni e rapporti giuridici individuabili in blocco", categoria quest'ultima generica che può essere intesa come una pluralità di rapporti giuridici considerati

~~unitariamente in considerazione della loro riconducibilità~~
all'attività di un unico soggetto (attività bancaria della cedente); la disciplina in esame si caratterizza per la previsione: - dell'efficacia erga omnes della cessione attraverso la pubblicità sulla GU, - dell'assenza del preventivo consenso del creditore per il trasferimento dei crediti, - dell'assenza di limitazioni quanto alla cessione dei debiti, - della speditezza e semplificazione delle formalità del trasferimento al fine di garantire continuità all'attività bancaria; che la protezione dei terzi è affidata al carattere omnicomprensivo della cessione che, anche nell'interesse anche dell'affidabilità del sistema bancario, non può lasciare dubbi sulla titolarità alla cessionaria di tutte le situazioni giuridiche cedute inerenti la banca cedente; rilevato in particolare, quanto al passaggio delle passività, che la norma limita nel tempo (tre mesi) la possibilità per i creditori ceduti di agire nei confronti del cedente ed estende la responsabilità della cessionaria a tutte le situazioni soggettive passive inerenti l'oggetto della cessione e non solo a quelle risultanti dalle scritture contabili obbligatorie; ritenuto che l'art.58 realizza una successione piena di ogni rapporto inerente l'oggetto ceduto ricomprensivo anche gli oneri e i rischi maturati alla data della cessione e le pretese non ancora azionate, ma fondate su situazioni già storicamente realizzatesi alla data della cessione;

IL CASO.it

ritenuto che, data la ratio della disciplina -di favorire i fenomeni di concentrazione garantendo la certezza delle relazioni bancarie- l'art. 58 comma 5, secondo il quale "i creditori ceduti hanno facoltà, entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2, di esigere dal cedente o dal cessionario l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione. Trascorso il termine di tre mesi il cessionario risponde in via esclusiva:" va inteso nel senso che, una volta verificato che il credito vantato verso una banca trova fonte in uno dei rapporti aziendali/bancari riconducibile all'attività oggetto di cessione, trascorsi i tre



~~mesi dalla pubblicità sulla GU, al debito deve ritenersi sempre~~
tenuta la banca cessionaria;

IL CASO.it

rilevato che nel caso di specie, lo si è detto sopra, i rapporti derivanti dalla prestazione di servizi di investimento resi dalla cedente costituivano oggetto di cessione essendo l'attività di intermediazione finanziaria una delle attività bancarie retail svolte dalla cedente cui la cessione faceva riferimento; i crediti vantati dai ricorrenti verso la cedente trovano fondamento, nelle loro allegazioni, in rapporti posti in essere dalla cedente prima della cessione; il fatto che i clienti abbiano chiuso il rapporto bancario di conto corrente (autonomo dal rapporto di intermediazione finanziaria) prima della cessione ex art. 58 tub è circostanza del tutto irrilevante rispetto alla vicenda di successione nei rapporti giuridici in blocco; va considerato infatti che la chiusura del rapporto di conto corrente e di deposito titoli non ha avuto alcuna efficacia estintiva del credito dedotto in giudizio e dunque, una volta riconosciuto che anche dopo la chiusura dei rapporti bancari permaneva, e in astratto ciò è innegabile, in capo alla cedente una posizione di (possibile) debito verso i clienti, discendente dall'attività di prestazione di servizi finanziari resa in passato, questa posizione deve ritenersi trasferita alla cessionaria Banca Popolare spa ex art. 58 con efficacia dall'1.7.2007;

rilevato pertanto che va riconosciuta la legittimazione passiva della banca resistente, considerando il decorso del termine di 3 mesi di cui all'art. 58 comma 5 tub senza che risulti che i ricorrenti abbiano in quel periodo agito verso la cedente;

rilevato che poiché gli attori deducono l'invalidità/nullità, per difetto di un contratto quadro legittimante la prestazione del servizio di investimento resa dalla banca, all'epoca Banca Popolare scarl, dei due investimenti in obbligazioni argentine e sostengono che gli addebiti del prezzo sul loro c/c sono stati disposti senza una valida causa di attribuzione patrimoniale, il fatto costitutivo della domanda è dimostrato con la prova degli addebiti sui c/c intestati ai ricorrenti in

~~esecuzione di servizi di investimento resi senza un preventivo contratto scritto, spettando alla controparte l'onere di allegare e dimostrare l'esistenza della validità della causa di attribuzione patrimoniale; che nel caso in esame gli addebiti in conto corrente non sono contestati dalla banca e risultano dai doc. 3 e 4 prodotti dai ricorrenti da cui risulta (doc.3) l'addebito sul conto corrente intestato a~~

della somma di lire 99.811.130 in data 27.10.1997 per l'acquisto della quantità nominale di 100.000 di Argentina 7% 18.3.2004 al prezzo di 98,00, cambio DM 976,000 e l'addebito (doc.4) di € 572.201,34 sul c/c con valuta 19.11.1999 intestato a per effetto dell'acquisto di obbligazioni Argentina 7,125% 10.6.2002 EU quantità 575.000 al prezzo di 96,35;

IL CASO.it

rilevato che a fronte della contestazione sollevata dai ricorrenti circa l'invalidità delle due operazioni di investimento in quanto poste in essere dalla banca intermediaria in difetto assoluto di un contratto quadro per la prestazione del servizio di investimento in strumenti finanziari, la resistente avrebbe dovuto, per contrastare il ricorso, produrre i contratti ex art. 23 tuf e 30 Reg. e, per l'operazione del 1997, ex art.18 D Lgs 415/1996, redatti in forma scritta;

rilevato che poiché la banca non si è in alcun modo difesa sulle contestazioni nel merito delle domande, avendo limitato la sua difesa sulla questione di merito preliminare circa la sua legittimazione passiva, nessuna valutazione di manifesta infondatezza può essere espressa, assorbita dall'evidenza dell'assenza di alcuna difesa;

rilevato che la banca non ha dedotto prove sull'esistenza dei contratti quadro per la prestazione del servizio di investimento reso da Banca Popolare scari;

IL CASO.it

ritenuto che i due negozi di investimento in obbligazioni Argentina del 1997 e del 1999 sono invalidi perché posti in essere senza un valido contratto per la prestazione del servizio di investimento redatto in forma scritta ex art. 23 Tuf e 18 d.Lgs

~~415/96~~ considerando che, a fronte della prova dai due investimenti compiuti dai ricorrenti e in obbligazioni argentina, manca la prova che le operazioni sono state poste in essere sulla base di contratti quadro per la prestazione del servizio di investimento di negoziazione o di ricezione trasmissione ordini stipulati in forma scritta; **IL CASO.it**

rilevato che la necessità che il servizio di investimento sia reso dall'intermediaria sulla base di un preventivo contratto c.d. "quadro" avente la forma scritta prevista a sanzione di nullità rilevabile solo dal cliente è stabilito dall'art. 23 comma 1 e 3 tuf, che stabilisce che "I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti... Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente", e, con riferimento all'operazione del 1997 posta in essere da , dall'art. 18 D.Lgs 415/96 che stabiliva: "I contratti relativi ai servizi previsti dal presente decreto sono redatti in forma scritta ...In caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.";

IL CASO.it

rilevato che la banca resistente, fornita dai ricorrenti la dimostrazione che le operazioni erano state poste in essere, a fronte della contestazione di aver agito in difetto di un contratto quadro, avrebbe dovuto dare la dimostrazione della sua diligenza, come dispone l'art. 23 u.c. Tuf ("Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta") e quindi di aver reso il servizio in presenza di un valido contratto stipulato in forma scritta;

rilevato che la banca non ha dato tale dimostrazione con la conseguenza che deve ritenersi che il servizio di investimento in entrambe le occasioni fu reso dall'intermediaria in difetto di un contratto quadro stipulato in forma scritta e quindi in costanza



~~di un contratto nullo per difetto di valida forma prevista dalla legge per la sua validità;~~

IL CASO.it

rilevato che dalla nullità e inesistenza dei contratti quadro discende l'invalidità delle singole operazioni di investimento che del contratto quadro costituiscono momento di attuazione, operazioni che sono consentite solo attraverso intermediari abilitati e in presenza di un valido contratto a monte per la prestazione del servizio di investimento (art. 30 co 1 Reg. Consob "1. Gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore");

ritenuto pertanto che sussistono i presupposti per concedere l'ordinanza ex art. 19 d.lgs 5/2003 quanto alla domanda degli attori;

rilevato che la ritenuta nullità delle operazioni di investimento comporta gli effetti restitutori giusta domanda dei ricorrenti (mentre nulla può disporsi sulle restituzioni delle obbligazioni alla banca atteso che manca una domanda in tal senso) effetti restitutori che vanno disposti in applicazione di quanto stabilito dall'art. 2033 c.c.; ritenuto quindi che la banca deve restituire tutte le somme addebitate sui conti correnti dei clienti per effetto dell'invalidità dei servizi di investimento resi, somme che vanno quantificate, nel rispetto della domanda, in € 51.146,69 (meno di quanto risulta addebitato dal doc.3) per il sig.

e in € 498.193,32, al netto delle cedole incassate (doc.5), per la ricorrente ;

ritenuto che va ritenuta la buona fede della banca che è tenuta agli interessi dalla data di notificazione del ricorso ex art. 19 (30.12.2008) fino al saldo;

IL CASO.it

rilevato che il presente procedimento ex art. 19 d.lgs n. 5/2003 si conclude con l'emissione dell'ordinanza di condanna e che va riconosciuta la soccombenza della banca che è condannata alla rifusione in favore dell'attore delle spese processuali,

P.Q.M.

~~Visto l'art. 19 comma 2 bis d.lgs. 5/2003~~

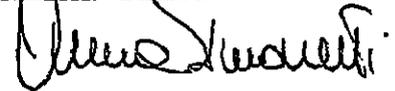
Condanna Banca Popolare spa a pagare ad la
somma di € 51.146,69 con interessi al tasso legale dal 30.12.2008
al saldo e a la somma di € 498.193,32 con interessi
al tasso legale dal 30.12.2008 fino al saldo effettivo;

Condanna la resistente Banca Popolare spa alla rifusione
in favore dei ricorrenti delle spese processuali che si liquidano
in € 1.184,00 per spese, € 1.712,00 per diritti ed € 5.620,00 per
onorari oltre a rimborso spese generali ex art. 14 TPF, Cpa e Iva
di legge.

Si comunichi

Milano, 16 febbraio 2009.

Il Giudice
Amina Simonetti



F. A.
18 FEB. 2009