



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
YVES BOT
presentate il 23 aprile 2015¹

Causa C-366/13

**Profit Investment SIM SpA, in liquidazione,
contro
Stefano Ossi,
Andrea Mirone,
Commerzbank AG**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di cassazione (Italia)]

«Spazio di libertà, sicurezza e giustizia — Regolamento (CE) n. 44/2001 — Articolo 23 — Proroga di competenza — Clausola inserita in un prospetto di emissione di titoli indicizzati ad un rischio di credito — Opponibilità al terzo acquirente di tali titoli»

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 5, punto 1, lettera a), 6, punto 1, e 23, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale².
2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone la Profit Investment SIM SpA³, in liquidazione, alla Commerzbank AG⁴, alla Profit Holding SpA⁵, in liquidazione, alla E3 SA⁶, alla Redi & Partners Ltd⁷, nonché ai sigg. Ossi, Magli, Redi, Mirone e Fiore, in seguito all'emissione, da parte della Commerzbank, di strumenti finanziari sottoscritti dalla Profit e dalla Profit Holding per il tramite della Redi.
3. La Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi sull'interpretazione della nozione di «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, su quella del vincolo di connessione che consente, in applicazione dell'articolo 6, punto 1, di tale regolamento, di citare dinanzi al giudice del luogo in cui un convenuto ha il proprio domicilio un altro convenuto domiciliato all'estero, nonché sulle condizioni di validità e di opponibilità ai terzi delle clausole di proroga della competenza previste all'articolo 23 di detto regolamento. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale offre alla Corte l'opportunità di confermare le linee di fondo della sua concezione, consentendole al contempo di fornire ulteriori chiarimenti.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — GU 2001, L 12, pag. 1.

3 — In prosieguo: la «Profit».

4 — In prosieguo: la «Commerzbank».

5 — In prosieguo: la «Profit Holding».

6 — In prosieguo: la «E3».

7 — In prosieguo: la «Redi».

4. Nelle presenti conclusioni sosterrò che, in caso di inserimento di una clausola di proroga della competenza nel prospetto di emissione di titoli, quali i titoli indicizzati ad un rischio di credito, oggetto del procedimento principale, il requisito della forma scritta stabilito dall'articolo 23, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001 è soddisfatto soltanto se il contratto firmato dalle parti menziona l'accettazione di tale clausola ovvero contiene un rinvio espresso al suddetto prospetto, e che una siffatta clausola può essere opposta al terzo che abbia acquistato i titoli da un intermediario finanziario soltanto qualora sia dimostrato che tale terzo ha prestato effettivamente il proprio consenso alla clausola di cui sopra alle condizioni enunciate al succitato articolo 23. Tuttavia, farò presente che la validità e l'efficacia di tale clausola possono essere riconosciute qualora il suo inserimento nel prospetto possa ritenersi una forma ammessa da un uso vigente nel commercio internazionale, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 44/2001, che permette di presumere il consenso di colui al quale tale clausola viene opposta.

5. Esporrò inoltre le ragioni per le quali deve ritenersi rientrante nella «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, l'azione diretta ad ottenere la declaratoria di nullità di un contratto e la restituzione delle somme versate sul fondamento dell'atto nullo.

6. Osserverò infine che, affinché sussista una connessione tra due domande presentate contro una pluralità di convenuti, ai sensi dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, non è sufficiente che l'eventuale accoglimento di una di esse sia potenzialmente idoneo a riflettersi sull'entità dell'interesse a tutela del quale l'altra domanda è stata proposta.

I – Contesto normativo

7. L'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001, rientrante nella sezione 1 del capo II di tale regolamento, intitolata «Disposizioni generali», stabilisce che, «[s]alve le disposizioni del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro».

8. L'articolo 5 del regolamento in parola, parimenti collocato nella sezione 2 dello stesso capo II, intitolata «Competenze speciali», così dispone:

«La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro:

1) a) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita;

(...)».

9. L'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, che rientra nel medesimo capo II di detto regolamento, prevede quanto segue:

«La persona di cui all'articolo precedente può inoltre essere convenuta:

1) in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili».

10. L'articolo 23, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 44/2001, contenuto nella sezione 7 del capo II, intitolata «Proroga di competenza», così dispone:

«1. Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

- a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o
- b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o
- c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.

2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza».

II – Procedimento principale e questioni pregiudiziali

11. Nel maggio 2004 la Dresdner Bank AG, divenuta la Commerzbank, con sede sociale in Germania, ha lanciato sul mercato un programma di emissione di titoli indicizzati ad un rischio di credito, denominati «credit linked notes»⁸. Il regolamento generale del programma nonché le condizioni di emissione erano definiti in un prospetto di base datato 5 maggio 2004, denominato «memorandum informativo» («Information memorandum»)⁹, approvato, secondo la Commerzbank, dall'Irish Stock Exchange [Borsa di Dublino (Irlanda)].

12. Tale documento conteneva, al punto 16 delle «Modalità e condizioni dei titoli» («Terms and conditions of the Notes»), la clausola inserita al punto b), intitolato «Diritto e competenza» («Law and jurisdiction»), secondo la quale i giudici inglesi hanno competenza esclusiva a dirimere qualsiasi controversia derivante dai titoli o relativa a questi ultimi.

13. Nell'ambito di tale programma di emissione, la Commerzbank, il 22 ottobre 2004, ha immesso sul mercato, per un importo totale di EUR 2 300 000, CLN collegati all'entità di riferimento E3, avente la propria sede sociale in Lussemburgo, secondo modalità precisate in una «nota integrativa» («pricing supplement»).

8 — In prosieguo: i «CLN». Ideati dalla prassi finanziaria, i CLN sono strumenti finanziari derivati che consentono a un emittente, denominato «compratore della protezione», di trasferire a un investitore, denominato «venditore della protezione», un rischio di credito come contropartita di un diritto a remunerazione potenzialmente superiore a un tasso senza rischio. Il diritto al rimborso del capitale alla scadenza è subordinato al mancato verificarsi di uno dei rischi di credito che incidono su un'entità sottostante, denominata «entità di riferimento». I titoli possono essere emessi a capitale garantito o a capitale non garantito. In quest'ultima ipotesi, qualora si verifichi un evento di credito che incide sull'entità di riferimento, il sottoscrittore può essere rimborsato o secondo un tasso di recupero («regolamento in contanti»), o in titoli dell'entità inadempiente («regolamento mediante consegna fisica»). V., su tali strumenti, Henderson, S. K., «Credit Derivatives», *Credit Derivatives – Law, Regulation and Accounting Issues*, Sweet & Maxwell, 1999, pag. 1, in particolare pag. 4, punto 1.005; Bonneau, T., e Drummond, F., *Droit des marchés financiers*, 3^a ed., Economica, Parigi, 2010, punto 145, pag. 218, nonché Gauvin, A., *Droit des dérivés de crédit*, Revue banque, Parigi, 2003, pagg. 103 e segg.

9 — In prosieguo: il «memorandum».

14. Attraverso la Redi, avente la propria sede sociale nel Regno Unito, ed abilitata a esercitare l'attività di intermediazione finanziaria dalla Financial Services Authority (autorità britannica di vigilanza dei mercati), detti titoli sono stati acquistati, il 27 ottobre 2004, per l'importo di EUR 1 100 000 dalla Profit, la cui sede sociale si trova in Italia, e per l'importo di EUR 1 200 000 dalla Profit Holding, società controllante della Profit e anch'essa avente la propria sede sociale in Italia.

15. Dato che, nella primavera 2006, la E3 non aveva adempiuto gli obblighi cui era tenuta, la Commerzbank ha notificato tale circostanza e ha provveduto, il 5 luglio 2006, a estinguere i CLN mediante consegna alla Profit del numero corrispondente di titoli della E3, divenuta insolvente.

16. Dopo essere stata posta in liquidazione coatta amministrativa, la Profit ha promosso un'azione dinanzi al Tribunale di Milano (Italia) nei confronti della Commerzbank, della Profit Holding, della Redi e della E3, nonché dei sigg. Ossi e Magli, rispettivamente membro del consiglio di amministrazione e direttore generale della Profit, e del sig. Fiore, socio della E3, tutti e tre domiciliati in Italia.

17. La Profit ha formulato due domande. La prima è diretta a ottenere la dichiarazione di nullità, per squilibrio contrattuale, difetto o insufficienza di causa, degli atti negoziali che l'hanno indotta ad acquistare i CLN, nonché la restituzione delle somme versate. La seconda mira a ottenere che sia riconosciuta, sul fondamento dell'articolo 2497 del codice civile italiano¹⁰, la responsabilità della Profit Holding, della Redi, nonché dei sigg. Ossi, Magli e Fiore, e ad ottenere il risarcimento del danno subito.

18. La Commerzbank ha chiesto che fossero chiamati in causa il sig. Redi, socio della Redi, e il sig. Mirone, che aveva contribuito all'ideazione e alla realizzazione dell'operazione per conto della Redi, domiciliato nel Regno Unito, affinché fossero condannati a risarcire il danno subito qualora la domanda principale della Profit fosse stata accolta.

19. Dato che la Commerzbank nonché i sigg. Ossi e Mirone avevano contestato la competenza del giudice italiano, la Profit ha chiesto che la Corte suprema di cassazione (Italia) si pronunciasse in via preliminare sulla questione di giurisdizione.

20. Nutrendo dubbi sull'interpretazione degli articoli 5, punto 1, 6, punto 1, e 23, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, la Corte suprema di cassazione ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se il nesso di connessione tra cause diverse contemplato dall'articolo 6, punto 1, del regolamento [n.] 44/2001 possa o meno reputarsi sussistente qualora siano diversi l'oggetto delle pretese fatte valere con le due azioni ed il titolo in base al quale le pretese giudiziarie sono avanzate, senza che vi sia tra esse una relazione di subordinazione o d'incompatibilità logico-giuridica, ma l'eventuale accoglimento di una di esse sia potenzialmente idoneo, di fatto, a riflettersi sull'entità dell'interesse a tutela del quale l'altra domanda è stata proposta.
- 2) Se il requisito della forma scritta della clausola di proroga della giurisdizione postulato dall'articolo 23, paragrafo 1, lettera a), del citato regolamento possa o meno reputarsi integrato in caso di inserimento di una tal clausola nel [memorandum] predisposto unilateralmente dall'emittente di un prestito obbligazionario, con l'effetto di rendere applicabile la proroga della giurisdizione alle controversie insorte con qualsiasi successivo acquirente di dette obbligazioni in ordine alla validità delle stesse; o se possa altrimenti reputarsi che l'inserimento della clausola di proroga nel documento volto a disciplinare un prestito obbligazionario destinato ad avere

¹⁰ — Tale articolo riguarda la responsabilità della società controllante in caso di violazione dei principi di sana gestione.

circolazione transfrontaliera corrisponda ad una forma ammessa dagli usi nel commercio internazionale, nell'accezione di cui all'articolo 23, paragrafo 1, lettera c), del medesimo regolamento.

- 3) Se l'espressione "materia contrattuale" adoperata dall'articolo 5, punto 1, del citato regolamento sia da intendere come riferita unicamente alle controversie nelle quali si intenda far valere in giudizio il vincolo giuridico derivante dal contratto, oltre che a quelle da detto vincolo strettamente dipendenti, o se vada estesa anche alle controversie nelle quali la parte attrice, lungi dall'invocare il contratto, neghi l'esistenza di un vincolo contrattuale giuridicamente valido e miri a conseguire la restituzione di quanto corrisposto in base ad un titolo privo, a suo dire, di qualsiasi valore giuridico».

III – Valutazione

A – Osservazioni preliminari

1. Il metodo di interpretazione delle disposizioni del regolamento n. 44/2001

21. Occorre richiamare, anzitutto, tre regole che presiedono all'interpretazione delle disposizioni del regolamento n. 44/2001.

22. In primo luogo, poiché il regolamento n. 44/2001 sostituisce, nei rapporti tra Stati membri, la Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale¹¹, come modificata dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri a tale Convenzione¹², l'interpretazione fornita dalla Corte in merito alle disposizioni di detta Convenzione vale anche per quelle del regolamento n. 44/2001, nel caso in cui le norme di tali strumenti possano essere qualificate come equivalenti¹³. Così è per quanto riguarda gli articoli 5, punto 1, lettera a), e 23, paragrafo 1, di tale regolamento in relazione, rispettivamente, agli articoli 5, punto 1, e 17, primo comma, della Convenzione di Bruxelles¹⁴. Quanto all'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, se è vero che non esistono disposizioni equivalenti nella Convenzione di Bruxelles, esso comunque si limita a sancire un principio che la Corte ha dedotto dall'articolo 6, punto 1, di tale convenzione¹⁵, cosicché l'interpretazione fornita in precedenza dalla Corte mantiene tutta la sua rilevanza.

23. In secondo luogo, per ragioni riguardanti, in particolare, l'esigenza di garantire l'applicazione uniforme del regolamento n. 44/2001, la Corte ha dichiarato che le disposizioni di tale regolamento vanno interpretate in modo autonomo, alla luce del sistema e delle finalità dello stesso¹⁶.

11 — GU 1972, L 299, pag. 32.

12 — In prosieguo: la «Convenzione di Bruxelles».

13 — V. sentenze Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, punto 18 e la giurisprudenza ivi citata), nonché Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punto 19 e la giurisprudenza ivi citata).

14 — V., per l'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, sentenza Brogsitter (C-548/12, EU:C:2014:148, punto 19), e, per l'articolo 23, paragrafo 1, di tale regolamento, sentenza Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62, punto 19).

15 — V. sentenza Kalfelis (189/87, EU:C:1988:459).

16 — V. sentenza A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata).

24. In terzo luogo, la Corte ha statuito che le regole di competenza speciali contenute nella sezione 2 del capo II del regolamento n. 44/2001 devono essere interpretate restrittivamente, non consentendo un'interpretazione che vada al di là delle ipotesi espressamente contemplate da detto regolamento¹⁷. Essa ha parimenti ritenuto che le condizioni alle quali è subordinata la validità delle clausole attributive di giurisdizione vadano interpretate in senso stretto, in quanto tali clausole derogano alle regole generali di determinazione della competenza¹⁸.

25. Risponderò alle questioni sollevate dal giudice del rinvio applicando tali regole interpretative.

2. L'ordine di esame delle questioni

26. Il giudice del rinvio non nutre dubbi quanto al fatto che l'azione di accertamento di responsabilità diretta contro la Profit Holding, la Redi nonché i sigg. Ossi, Magli e Fiore rientra nella giurisdizione del giudice italiano, in quanto più parti convenute con tale domanda sono residenti in Italia. Esso ritiene, per contro, più dubbio il fatto che l'azione intesa ad ottenere la declaratoria di nullità degli atti che hanno condotto all'acquisto dei CLN e la restituzione del prezzo versato possa rientrare nella competenza del giudice italiano, stante che tale azione, tenuto conto del suo oggetto, deve ritenersi esclusivamente diretta contro la Commerzbank e la Redi, aventi entrambe la sede sociale al di fuori dell'Italia.

27. A suo avviso, la risposta a tale questione dipende, in primo luogo, dal problema dell'esistenza, tra queste due domande, di un collegamento stretto, ai sensi dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, il quale implicherebbe che i giudici italiani, competenti a conoscere della domanda di risarcimento danni, siano altresì competenti a statuire sulla domanda di restituzione del prezzo derivante dall'asserita nullità delle operazioni.

28. Solo nel caso in cui la risposta fornita dalla Corte portasse a escludere l'esistenza di siffatto collegamento idoneo a giustificare una decisione congiunta sulle due domande, occorrerebbe, in secondo luogo, verificare se la domanda di restituzione del prezzo di vendita dei CLN non possa ritenersi rientrante, in quanto tale, nella competenza del giudice italiano. La Corte suprema di cassazione suggerisce di procedere a tale verifica in due tempi, ricercando anzitutto quale valore debba essere riconosciuto alla clausola di proroga della competenza contenuta nel memorandum, ed appurando poi, qualora tale clausola fosse priva di valore, se nella «materia contrattuale» di cui all'articolo 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001 rientri la controversia in cui l'attore neghi l'esistenza di un valido vincolo contrattuale e intenda ottenere la restituzione di quanto corrisposto in base ad un atto privo, a suo dire, di qualsiasi valore giuridico.

29. Ritengo che, prima di rispondere alle questioni prima e terza, sollevate dal giudice del rinvio, riguardanti competenze opzionali, si debba esaminare anzitutto la seconda questione, in quanto concernente una competenza esclusiva. A tal proposito, dalla giurisprudenza emerge che l'effetto risultante dalla clausola di proroga della competenza è di escludere sia la competenza determinata in base al principio generale sancito dall'articolo 2 del regolamento n. 44/2001, sia le competenze speciali di cui agli articoli 5 e 6 di tale regolamento¹⁹. Ne consegue che, se il giudice del rinvio, in base alla risposta data alla seconda questione, dovesse concludere che la clausola di proroga della competenza contenuta nel memorandum può essere validamente opposta alla Profit, sarebbe necessariamente indotto a dichiararsi incompetente a statuire sull'azione di nullità e di restituzione del prezzo di vendita, la quale dovrebbe essere portata dinanzi ai giudici inglesi, quand'anche tale azione rientrasse nella materia contrattuale o fosse strettamente connessa all'azione di responsabilità.

17 — V. sentenza Kainz (C-45/13, EU:C:2014:7, punti 21 e 22 nonché la giurisprudenza ivi citata). V. anche sentenza OTP Bank (C-519/12, EU:C:2013:674, punto 23 e la giurisprudenza ivi citata).

18 — V., in tal senso, sentenza Berghoefer (221/84, EU:C:1985:337, punto 13 e la giurisprudenza ivi citata).

19 — V., in tal senso, sentenza MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punto 14 e la giurisprudenza ivi citata).

30. La circostanza che l'azione sia diretta, in particolare, a ottenere l'accertamento della nullità degli atti negoziali sfociati nell'acquisto dei CLN da parte della Profit non rimette in discussione le considerazioni precedenti, dato che, in forza del principio dell'autonomia di tale clausola, il giudice di uno Stato contraente, convenzionalmente designato, è competente in via esclusiva anche quando con l'azione venga richiesta la declaratoria di nullità del contratto che contiene detta clausola²⁰.

31. Ritengo inoltre, contrariamente alla Commissione europea, che non sia necessario esaminare la questione se l'azione di restituzione rientri nella «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001, prima di analizzare la validità e l'efficacia della clausola di proroga della competenza.

32. È vero che, per stabilire se colui al quale viene opposta la clausola attributiva di giurisdizione, prevista dall'articolo 23 del regolamento n. 44/2001, abbia prestato il proprio consenso alla stessa, la Corte prende in prestito la definizione generale e astratta di materia contrattuale, elaborata nell'ambito dell'interpretazione dell'articolo 5, punto 1, di tale regolamento, verificando l'esistenza di un'obbligazione giuridica liberamente accettata da una persona nei confronti di un'altra²¹.

33. Tuttavia, l'esistenza di una zona di sovrapposizione risultante dalla comune esigenza di un rapporto contrattuale non mi sembra che imponga preliminarmente una risposta alla terza questione, poiché dalla decisione di rinvio emerge che tale questione è destinata a sciogliere un dubbio della Corte suprema di cassazione che non riguarda l'esistenza di un rapporto giuridico derivante da un contratto – la quale viene data per presupposta²², anche se tale postulato merita di essere discusso –, ma mira soltanto a stabilire se il fatto che l'attore agisca non per l'esecuzione del contratto, bensì per ottenere la declaratoria di nullità e la restituzione del prezzo versato, sposti l'azione esercitata fuori dall'ambito contrattuale.

34. Inizierò quindi con l'esame della seconda questione relativa all'efficacia della clausola attributiva di giurisdizione inserita nel memorandum.

35. Dato che il giudice del rinvio parte dalla premessa che la Redi è intervenuta in veste di «collocatore [che ha venduto]» i CLN emessi dalla Commerzbank alla Profit, ritengo necessario distinguere i rapporti che si sono instaurati tra la Redi e la Profit dalle relazioni tra la Profit e la Commerzbank.

B – Sulla seconda questione

36. Con la seconda questione, che, sebbene articolata su due aspetti, deve essere suddivisa in tre parti, il giudice del rinvio chiede, in sostanza: anzitutto, se sia soddisfatto il requisito della forma scritta previsto all'articolo 23, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, quando una clausola attributiva di giurisdizione sia contenuta in un prospetto di emissione di titoli, quali i CLN oggetto del procedimento principale, redatto unilateralmente dall'emittente di tali titoli; poi, se tale clausola possa essere opposta a qualsiasi sottoscrittore di detti titoli; e infine, in caso di risposta negativa alle due questioni precedenti, se l'inserimento di una clausola di proroga della competenza in un siffatto documento corrisponda a un uso vigente nel settore del commercio internazionale, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 44/2001.

20 — V., in tal senso, sentenza Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, punto 32).

21 — V., in tal senso, sentenza Refcomp (C-543/10, EU:C:2013:62).

22 — La formulazione della questione lo dimostra, in quanto essa presuppone l'esistenza di un contratto di cui si contesta il valore giuridico.

37. Tale tripartizione della questione si impone in quanto mi sembra che la prima parte riguardi esclusivamente la validità della clausola di proroga della competenza nei rapporti tra le parti del contratto in cui tale clausola è contenuta, mentre la seconda parte verte sulla trasmissibilità di detta clausola ai successivi acquirenti dei titoli. Quanto alla terza parte della questione, essa ricomprende i suddetti due aspetti e riguarda, più in generale, l'efficacia della clausola nei confronti di qualsiasi acquirente o subacquirente dei titoli.

1. Sulla prima parte della seconda questione

38. La giurisprudenza si è mostrata invariabilmente rigorosa nell'interpretazione dei requisiti di forma previsti dall'articolo 17, primo comma, lettera a), della Convenzione di Bruxelles, e poi dall'articolo 23, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, il quale subordina la validità della clausola di elezione del foro all'esistenza di una clausola conclusa «per iscritto o oralmente con conferma scritta».

39. La Corte ha dichiarato che l'inserimento di una clausola attributiva di competenza contenuta nelle condizioni generali di vendita di una delle parti, stampate a tergo di un accordo scritto, soddisfa il requisito della forma scritta solo se il contratto sottoscritto da entrambe le parti contiene un richiamo espresso a dette condizioni generali²³.

40. Nel caso di un contratto concluso oralmente, essa ha ritenuto – pur considerando a parte il caso dei rapporti commerciali correnti tra le parti – che la clausola di proroga della competenza potesse produrre effetti solo se la conferma scritta del venditore, accompagnata dal testo delle condizioni generali di vendita, era stata accettata per iscritto dal compratore²⁴.

41. Ponendosi esclusivamente dal punto di vista dell'esistenza di un consenso alla proroga di competenza, la Corte ha dichiarato, in merito all'articolo 17, primo comma, della Convenzione di Bruxelles, che, subordinando la validità di una clausola attributiva di giurisdizione all'esistenza di una «convenzione» tra le parti, detta disposizione imponeva al giudice adito l'obbligo di esaminare, in primo luogo, se la clausola avesse effettivamente costituito l'oggetto di un consenso tra le parti, il quale doveva manifestarsi in modo chiaro e preciso²⁵. Conformemente al suo metodo di interpretazione teleologica, essa ha affermato che «[s]i [doveva] interpretare l'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento [n. 44/2001] nel senso che, come già avveniva per l'obiettivo perseguito dall'articolo 17, primo comma, della Convenzione di Bruxelles, l'effettività del consenso degli interessati rappresenta uno degli scopi di tale disposizione»²⁶.

42. Risulta quindi chiaramente da tale giurisprudenza che il consenso alla clausola di proroga della competenza non può essere semplicemente tacito né desunto dalle circostanze. Salvo nei casi di cui all'articolo 23, paragrafo 1, lettere b) e c), del regolamento n. 44/2001, l'efficacia di una siffatta clausola è, per contro, subordinata a un consenso espresso manifestato mediante l'utilizzo di uno dei modi formali di espressione previsti dall'articolo 23, paragrafi 1, lettera a), e 2, di tale regolamento.

43. Per quanto rigorosi possano sembrare, tali requisiti di forma sono, a mio avviso, giustificati, in quanto consentono di tutelare il contraente più debole contro il rischio di inserimento di una clausola di proroga della competenza che non sia stata portata alla sua attenzione in maniera sufficientemente chiara²⁷.

23 — Sentenza *Estasis Salotti di Colzani* (24/76, EU:C:1976:177, punto 10).

24 — Sentenza *Galleries Segoura* (25/76, EU:C:1976:178, punto 12).

25 — V. sentenze *Coreck* (C-387/98, EU:C:2000:606, punto 13 e la giurisprudenza ivi citata), e *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, punto 27).

26 — Sentenza *Refcomp* (C-543/10, EU:C:2013:62, punto 28 e la giurisprudenza ivi citata).

27 — V., in tal senso, sentenza *MSG* (C-106/95, EU:C:1997:70, punto 17).

44. Alla luce di detti requisiti, come interpretati da una giurisprudenza costante, la questione sollevata dal giudice del rinvio può ricevere soltanto una risposta negativa, in quanto il requisito della forma scritta non può ritenersi soddisfatto con il semplice inserimento della clausola attributiva di giurisdizione nel memorandum redatto unilateralmente dall'emittente dei CLN.

45. Come osserva la Commissione, la situazione potrebbe essere tuttavia diversa se fosse dimostrato che la clausola era stata oggetto di un accordo al momento della conclusione del contratto tra la Profit e la Redi. A mio avviso, l'adesione espressa della Profit alla clausola potrebbe risultare o da una ripetizione di quest'ultima nel contratto o da un rinvio espresso al memorandum. Osserverò, tuttavia, che dalla decisione di rinvio emerge che le condizioni contenute nel memorandum non risultano essere state specificamente riprese nei documenti contrattuali sottoscritti dagli acquirenti dei CNL.

46. Pertanto, propongo alla Corte di rispondere alla prima parte della seconda questione dichiarando che, in caso di inserimento di una clausola di proroga della competenza nel prospetto di emissione di titoli, quali i CLN oggetto del procedimento principale, il requisito della forma scritta stabilito dall'articolo 23, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001 risulta soddisfatto soltanto se il contratto firmato dalle parti menziona l'accettazione di tale clausola ovvero contiene un rinvio espresso al suddetto prospetto.

2. Sulla seconda parte della seconda questione

47. Alla questione se, nel contesto di un'azione di responsabilità promossa dal subacquirente di un bene contro il produttore di tale bene, la clausola attributiva di giurisdizione stipulata nel contratto concluso tra il produttore del bene e l'acquirente di tale bene possa essere opposta al subacquirente, la Corte, nella sentenza Refcomp²⁸, ha fornito una risposta ben precisa, affermando che la clausola non poteva produrre alcun effetto nei confronti del subacquirente che non vi avesse acconsentito. Fondandosi sulla mancanza di un vincolo contrattuale tra il subacquirente e il produttore, essa ha rilevato che «non [era] possibile ritenere che essi “[avessero] attribuito la competenza”, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001, [del] giudice designato come competente nel contratto iniziale stipulato tra il produttore ed il primo acquirente»²⁹.

48. La Corte ha tuttavia riconosciuto, nella sentenza Powell Duffryn³⁰, l'opponibilità della clausola inserita nello statuto di una società per azioni ai futuri azionisti, dato che l'adesione dell'azionista allo statuto della società crea sia tra l'azionista e la società sia tra gli stessi azionisti un rapporto che deve essere considerato contrattuale³¹. Nella sentenza Russ³², la Corte ha parimenti ammesso, in materia di trasporto marittimo, l'opponibilità della clausola inserita in una polizza di carico al terzo portatore dato che quest'ultimo subentra, in forza del diritto nazionale applicabile, al caricatore nei suoi diritti e obblighi³³.

49. Allo stato di tale giurisprudenza, si deve ammettere, sul modello dello statuto di una società o della polizza di carico marittima, la trasmissione della clausola attributiva di giurisdizione contenuta nel memorandum agli acquirenti successivi dei CLN, o invece negare tale trasmissione in mancanza di un rapporto contrattuale tra l'emittente dei titoli e il subacquirente?

50. A mio avviso, la questione deve essere risolta in senso conforme alla seconda delle alternative enunciate.

28 — C-543/10, EU:C:2013:62.

29 — Punto 33.

30 — C-214/89, EU:C:1992:115.

31 — Punti da 15 a 17.

32 — 71/83, EU:C:1984:217.

33 — Punti da 24 a 26. Tale giurisprudenza è stata confermata dalla sentenza Coreck (C-387/98, EU:C:2000:606, punti da 23 a 27).

51. Il principio, costantemente riaffermato dalla giurisprudenza, secondo cui il consenso degli interessati è necessario affinché la clausola attributiva di giurisdizione possa operare mi sembra che porti ineluttabilmente a tale soluzione. Infatti, dato che non esiste alcun vincolo contrattuale tra la Profit e la Commerzbank, in quanto le medesime non hanno assunto alcun obbligo di natura contrattuale l'una nei confronti dell'altra, se ne deve dedurre che non è possibile ritenere che esse «abbiano attribuito la competenza», ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001, del giudice designato come competente³⁴.

52. L'argomento del governo del Regno Unito secondo cui la Commerzbank ha accettato di essere vincolata dalle condizioni di emissione espresse nel memorandum mi sembra inoperante, poiché non si tratta di stabilire se la Profit possa opporre la clausola alla Commerzbank, bensì, all'inverso, se tale banca possa opporre la clausola alla Profit. Quanto all'argomento del medesimo governo secondo cui si presume che la Profit abbia acconsentito alla clausola attributiva di giurisdizione acquistando i titoli, non lo ritengo esatto, poiché il consenso deve essere manifestato espressamente, senza poter essere desunto dall'acquisto dei titoli.

53. Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Commerzbank, non penso che l'opponibilità della clausola al subacquirente possa essere desunta dalla regola secondo cui un investitore, quando acquista titoli obbligazionari, sia sul mercato primario che sul mercato secondario, manifesta necessariamente la propria volontà di accettare pienamente, integralmente e incondizionatamente l'insieme delle disposizioni contenute nel regolamento di emissione. Tale tesi nega, infatti, la particolarità della clausola di elezione del foro, che risponde a regole specifiche fondate sulla necessaria adesione di colui al quale tale clausola viene opposta.

54. Sono consapevole del fatto che la Corte ha attenuato il rigore della propria giurisprudenza nel caso particolare della polizza di carico marittima e del contratto di società. Tuttavia, nella sentenza *Refcomp*³⁵, essa ha limitato la portata della propria giurisprudenza, indicando che quest'ultima doveva essere valutata tenendo conto del carattere assai particolare della polizza di carico, che costituisce uno strumento proprio del commercio internazionale volto a disciplinare un rapporto che coinvolge almeno tre persone e un titolo negoziabile che consente al proprietario di cedere le merci, durante il loro trasporto, a un acquirente che diviene il titolare di tutti i diritti e di tutte le obbligazioni del caricatore nei confronti del vettore³⁶.

55. Tale giurisprudenza è fondata su una concezione del contratto di trasporto quale contratto trilaterale, che non ritengo trasponibile all'ipotesi dell'emissione di titoli, quali i CLN oggetto del procedimento principale, che rientrano nella categoria dei titoli di credito. Neppure la soluzione elaborata per l'azionista di una società può essere trasposta al portatore di un titolo di credito, il quale, a differenza dell'azionista, titolare di un diritto sul capitale della società, dispone solo di un diritto di credito. L'eccezione in materia societaria si spiega con l'idea che le persone che hanno aderito alla persona giuridica mediante l'acquisto di azioni sono divenute parti del contratto costitutivo di quest'ultima. Tale giustificazione non è rinvenibile nel contesto dell'acquisto di titoli, quali i CLN oggetto del procedimento principale.

56. Sono queste le ragioni che mi inducono a rispondere alla seconda parte della seconda questione nei seguenti termini: l'articolo 23 del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che una clausola attributiva di giurisdizione, contenuta nel documento informativo redatto unilateralmente dall'emittente di strumenti finanziari, può essere opposta al terzo che ha acquistato tali strumenti da un intermediario finanziario solo qualora sia dimostrato che il terzo in parola ha prestato effettivamente il proprio consenso a detta clausola alle condizioni enunciate nell'articolo sopra citato.

34 — V., in tal senso, sentenza *Kolassa* (C-375/13, EU:C:2015:37), pronunciata in un particolare contesto relativo all'acquisto di certificati al portatore.

35 — C-543/10, EU:C:2013:62.

36 — Punto 35.

3. Sulla terza parte della seconda questione

57. La terza parte della seconda questione non sembra porre particolari difficoltà, in quanto ha già trovato ampiamente risposta nella giurisprudenza della Corte.

58. A tal proposito, per quanto riguarda la portata dell'accertamento dell'esistenza di un uso vigente nel commercio internazionale, conosciuto dalle parti, la Corte ha statuito che il consenso dei contraenti alla clausola attributiva di competenza si presume esistente se il loro comportamento corrisponde a un uso vigente nel settore del commercio internazionale in cui essi operano e se tali contraenti conoscevano quest'uso o avrebbero dovuto conoscerlo³⁷. L'esistenza di un uso che le parti avrebbero dovuto conoscere vale quindi come presunzione di consenso alla clausola attributiva di giurisdizione. È stato altresì statuito, per quanto riguarda l'accertamento dell'esistenza di un uso, che spetta al giudice nazionale valutare se il contratto di cui trattasi rientri nell'ambito del commercio internazionale e verificare l'esistenza di un uso nel settore del commercio internazionale in cui le parti in questione operano³⁸.

59. La Corte ha tuttavia fornito ai giudici nazionali indicazioni generali sul modo di procedere all'accertamento dell'esistenza di un uso e della conoscenza del medesimo in capo alle parti.

60. Da un lato, l'esistenza di un uso, che deve essere accertata nel settore commerciale in cui i contraenti esercitano la loro attività, è dimostrata quando un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori in tale settore nell'ambito della conclusione di contratti di un certo tipo³⁹.

61. D'altro lato, la conoscenza effettiva o «presunta» dell'uso da parte dei contraenti può essere attestata, segnatamente, mediante la prova del fatto che i contraenti avevano in precedenza allacciato rapporti commerciali tra di loro o con altre parti operanti nel settore considerato oppure che, in tale settore, un determinato comportamento, in quanto generalmente e regolarmente seguito nel contesto della conclusione di un certo tipo di contratti, è sufficientemente noto per poter essere considerato come una prassi consolidata⁴⁰. Pertanto, contrariamente a quanto la Commissione ha lasciato intendere in udienza, da tale giurisprudenza emerge chiaramente che la conoscenza dell'uso non è stata provata, in quanto essa può essere presunta quando è dimostrato che la parte alla quale tale uso viene opposto «avrebbe dovuto» conoscerlo.

62. L'applicazione di tali regole porta a rispondere alla terza parte della seconda questione nel senso che l'inserimento di una clausola di proroga della competenza nel documento destinato a definire le condizioni di emissione di titoli, quali i CLN oggetto del procedimento principale, può ritenersi una forma ammessa da un uso vigente nel commercio internazionale, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 44/2001, che permette di presumere il consenso di colui al quale tale clausola viene opposta, purché sia in particolare dimostrato – ciò che spetta al giudice nazionale verificare –, da un lato, che un siffatto comportamento viene generalmente e regolarmente seguito dagli operatori nel settore considerato nell'ambito della conclusione di contratti di questo tipo e, dall'altro, che i contraenti intrattenevano, in precedenza, rapporti commerciali tra di loro o con altre parti operanti nel settore considerato oppure che il comportamento in questione è sufficientemente noto per poter essere considerato come una prassi consolidata.

37 — V. sentenze MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punto 19), e Castelletti (C-159/97, EU:C:1999:142, punto 21).

38 — Ibidem (rispettivamente punto 21 e punto 23).

39 — Ibidem (rispettivamente punto 23 e punto 26).

40 — V. sentenza MSG (C-106/95, EU:C:1997:70, punto 24).

C – Sulla terza questione

63. Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se debba essere considerata rientrante nella «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, l'azione diretta a ottenere l'annullamento di un contratto e la restituzione delle somme versate sul fondamento dell'atto nullo.

64. Escluderò anzitutto la possibilità di ammettere la natura contrattuale dell'azione esercitata dalla Profit nei confronti della Commerzbank, dato che, in assenza di un vincolo contrattuale tra le stesse, l'azione della prima nei confronti della seconda non può, a prescindere dal risultato cui è diretta, essere qualificata come «contrattuale». La questione si pone quindi, a mio avviso, soltanto nei rapporti tra la Profit e la Redi.

65. Nell'esame di tale questione occorre richiamare la giurisprudenza applicabile.

66. Nella sentenza Sanders⁴¹, che riguardava la competenza dei giudici dello Stato in cui è situato l'immobile, in materia di contratti di locazione di immobili, la Corte ha dichiarato che la competenza esclusiva permane anche in caso di contestazione relativa all'esistenza del contratto costituente l'oggetto della controversia⁴².

67. Inoltre, la Corte, investita di una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente, in sostanza, sulla questione se debba applicarsi la competenza speciale in materia contrattuale qualora il convenuto, contro il quale sia stata promossa un'azione di esecuzione di un'obbligazione contrattuale, sollevi un'eccezione di incompetenza contestando l'esistenza stessa del contratto, ha rilevato, nella sentenza Effer⁴³, che «la competenza del giudice nazionale a decidere delle questioni concernenti un contratto include quella a valutare l'esistenza degli elementi costitutivi del contratto stesso, essendo tale valutazione indispensabile al giudice nazionale adito per verificare la propria competenza»⁴⁴. Essa ne ha dedotto che «il ricorrente fruisce del foro dell'adempimento (...) anche qualora l'esistenza del contratto su cui si fonda la domanda sia controversa [tra le parti]»⁴⁵.

68. La prima questione che si pone è se tale soluzione, elaborata nel caso in cui la contestazione dell'esistenza del contratto sia eccepita a propria difesa contro un'azione diretta all'esecuzione di quest'ultimo, possa essere applicata al caso di un'azione principale di nullità del contratto.

69. La seconda questione consiste nel determinare, in caso di risposta positiva alla prima questione, se il giudice che esamina l'eventuale nullità del contratto sia altresì competente a statuire sulle conseguenze di tale nullità e, in particolare, sulle restituzioni conseguenti alla sua pronuncia.

70. Proporrò di rispondere in senso affermativo alla prima questione. Al riguardo, possono essere dedotti cinque argomenti.

41 — 73/77, EU:C:1977:208.

42 — Punto 22 che, in realtà, desume la soluzione dall'espressa formulazione dell'articolo 16 della Convenzione di Bruxelles.

43 — 38/81, EU:C:1982:79.

44 — Punto 7.

45 — Punto 8.

71. In primo luogo, un argomento di ordine teorico può essere rinvenuto nel fatto che la nullità è la sanzione prevista per la violazione delle regole di formazione del contratto⁴⁶. La domanda di dichiarazione di nullità, che è fondata sulla violazione di tali regole, le quali rientrano nella materia contrattuale, è certamente collegata a un contratto, anche se tende a ottenere non già l'esecuzione di quest'ultimo, bensì che ne sia dichiarata la nullità. Secondo la formula utilizzata da un autore in dottrina, «una controversia sulla validità del contratto è sempre una controversia “in materia contrattuale”»⁴⁷.

72. In secondo luogo, un altro argomento teorico può essere rinvenuto nel principio secondo cui qualsiasi giudice, quando è investito di una domanda, ha competenza, per questo motivo, a statuire sulla propria competenza. Orbene, accade spesso che la determinazione della competenza implichi l'esame preliminare di questioni di merito, tra le quali figurano quelle riguardanti l'esistenza o la validità del contratto. Negare al giudice cui sia stata sottoposta una questione incidentale di competenza la possibilità di statuire su tale punto equivarrebbe a impedirgli di statuire sulla propria competenza. Tale è, del resto, l'argomento al quale si riferisce la Corte quando rileva, nella sentenza Effer⁴⁸, che la valutazione dell'«esistenza degli elementi costitutivi del contratto stesso»⁴⁹ è «indispensabile al giudice nazionale adito per verificare la propria competenza»⁵⁰, essendo poco rilevante, a tal riguardo, che la nullità sia invocata dall'attore o dal convenuto.

73. In terzo luogo, un argomento di analogia può essere tratto dall'articolo 10, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)⁵¹. Secondo tale disposizione, che precisa l'ambito della legge applicabile al contratto, l'esistenza e la validità del contratto medesimo o di una sua disposizione si stabiliscono, in via di principio, in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del citato regolamento se il contratto o la disposizione fossero validi. Se dunque per le condizioni di validità del contratto non opera un particolare criterio di collegamento ed esse vengono valutate secondo la legge del contratto, è logico ritenere, in via analogica, che l'azione di nullità, intesa a far sanzionare la violazione di dette condizioni, rientri nella materia contrattuale.

74. In quarto luogo, mi sembra che un altro argomento di analogia possa essere tratto dalla giurisprudenza della Corte relativa alla competenza in materia di azione di accertamento negativo diretta a far constatare l'assenza di responsabilità extracontrattuale. Nella sentenza Folien Fischer e Fofitec⁵², la Corte ha incluso tale azione nell'ambito della «materia [degli] illeciti civili dolosi o colposi», ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001, ritenendo che l'inversione dei ruoli abitualmente conosciuti in materia di illeciti civili non dovesse essere presa in considerazione⁵³. Se l'azione positiva di responsabilità e l'azione di accertamento negativo formano i due aspetti della stessa materia degli illeciti civili, non è forse logico ritenere, parimenti, che l'azione di esecuzione e l'azione di nullità di un contratto costituiscano le due facce della stessa materia contrattuale?

75. In quinto luogo, tale analisi è suffragata da un argomento di opportunità. Non ravviso, infatti, alcuna ragione particolare per privare l'attore dell'opzione di competenza riconosciuta a suo favore adducendo come pretesto che egli agisce non già per l'esecuzione del contratto, bensì al fine di ottenere che sia dichiarata la nullità di quest'ultimo.

46 — V. Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, 9^a ed., PUF, Parigi, 2011, che definisce la nullità come la «[s]anzione che colpisce un atto giuridico (...) inficiato da un vizio di forma (...) o da un'irregolarità sostanziale (...), consistente nella cancellazione dell'atto».

47 — V. nota di Huet, A., *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, Parigi, vol. n. 2, 1982, pag. 383, in particolare pag. 398.

48 — 38/81, EU:C:1982:79.

49 — Punto 7.

50 — Idem.

51 — GU L 177, pag. 6, e, per rettifica, GU 2009, L 309, pag. 87.

52 — C-133/11, EU:C:2012:664.

53 — Punti 43 e 44. V. anche, in tal senso, sentenza Tatry (C-406/92, EU:C:1994:400), in cui si statuisce che la domanda intesa ad ottenere che il convenuto venga dichiarato responsabile di un danno e condannato al risarcimento ha lo stesso titolo e lo stesso oggetto di una precedente domanda del medesimo convenuto volta a far constatare che egli non è responsabile di detto danno (punto 45).

76. Sono queste le ragioni per le quali ritengo che l'attore che agisce per ottenere la dichiarazione di nullità del contratto benefici dell'opzione di competenza contemplata dall'articolo 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001.

77. Fornirò parimenti una risposta affermativa alla seconda questione, vertente sulla possibilità per il giudice di statuire sulle conseguenze della declaratoria di nullità del contratto.

78. La prima ragione è di ordine teorico. Se, come suggerisco, bisogna ammettere che constatare la nullità del contratto significa statuire in materia contrattuale, lo stesso deve valere, a fortiori, quando si tratta di trarre le conseguenze di tale nullità. Infatti, il diritto di una parte di ottenere la restituzione di una prestazione presuppone che essa abbia precedentemente eseguito, in forza del contratto, la prestazione di cui chiede la restituzione, cosicché si rientra senz'altro nella materia contrattuale, secondo il significato autonomo che presenta tale nozione nell'ambito del regolamento n. 44/2001.

79. La Commerzbank ritiene, tuttavia, che l'azione di restituzione, distinta e autonoma rispetto all'azione di nullità, non sia fondata su un'obbligazione contrattuale liberamente assunta in quanto, essendo fondata sull'assenza di causa dell'apporto patrimoniale, troverebbe la propria fonte direttamente nella legge.

80. Tale argomento non mi convince. Infatti, va ricordato che la «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001, è oggetto di un'interpretazione autonoma, che non può dipendere dal fondamento giuridico dell'azione secondo il diritto nazionale applicabile, cosicché poco importa che l'azione di restituzione possa avere una base legale secondo tale diritto. Se non fosse esistito alcun vincolo contrattuale liberamente assunto tra le parti, l'obbligazione non sarebbe stata eseguita e non sussisterebbe alcun diritto alla restituzione. Tale nesso causale tra il diritto alla restituzione e il vincolo contrattuale è sufficiente a far rientrare l'azione di restituzione nella sfera contrattuale.

81. La seconda ragione è di ordine pratico. Ritenere che il giudice adito in applicazione dell'articolo 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001 debba, in caso di nullità del contratto, limitarsi a dichiarare la propria incompetenza a statuire nel merito equivarrebbe a obbligare l'attore ad adire un altro giudice affinché possano essere tratte le conseguenze pratiche di tale constatazione. La frammentazione del contenzioso tra due giudici di cui uno constaterrebbe la nullità mentre l'altro ne trarrebbe le conseguenze non sarebbe conforme né all'interesse di una buona amministrazione della giustizia né all'interesse dei singoli.

82. La terza ragione è di ordine analogico. Essa è ricavata dall'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), del regolamento n. 593/2008, il quale stabilisce che la legge applicabile al contratto ai sensi di tale regolamento disciplina, in particolare, le conseguenze della nullità del contratto stesso. Come suggerisce il governo del Regno Unito, mi sembra pertinente ragionare per analogia con tale disposizione, che scaturisce dalla volontà del legislatore dell'Unione di assoggettare a un'unica legge tutte le controversie relative al contratto, riconoscendo che l'azione di restituzione deve essere esercitata dinanzi al medesimo foro contrattuale quando l'attore sceglie di esercitare l'opzione di competenza.

83. Tuttavia, prima di proporre alla Corte di rispondere in senso affermativo alla terza questione sollevata dal giudice del rinvio, occorre esaminare una difficoltà pratica con la quale l'applicazione del disposto dell'articolo 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001 all'azione di nullità potrebbe scontrarsi.

84. Essa attiene alla circostanza che la competenza giurisdizionale ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001 è stabilita in funzione del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita. Orbene, l'applicazione di tale disposizione a una domanda di dichiarazione di nullità del contratto si scontra con il problema, di ordine tecnico, relativo all'individuazione dell'obbligazione dedotta nel giudizio di annullamento.

85. Tale domanda non avrebbe come fondamento un'obbligazione determinata, poiché sarebbe diretta a ottenere la cancellazione del vincolo contrattuale nel suo insieme, con tutte le obbligazioni che lo stesso comporta. Pertanto, la competenza potrebbe spettare a ciascuno dei giudici nel cui distretto una qualsiasi delle obbligazioni contrattuali è stata o dovrebbe essere eseguita. Per giunta, qualora, nel caso di un contratto di compravendita come quello di cui trattasi nel procedimento principale, fosse necessario individuare un'obbligazione determinata, sarebbe lecito provare un'esitazione tra l'obbligazione di consegnare il bene venduto, che rappresenta l'obbligazione caratteristica del contratto, e l'obbligazione di pagare il corrispettivo, che sarebbe dedotta nel giudizio di restituzione. Senza negare tale difficoltà, mi sembra possibile ammettere che, nel caso particolare di un'azione di nullità, l'obbligazione dedotta in giudizio è l'obbligazione caratteristica.

86. Ritengo quindi giusta l'osservazione del giudice del rinvio secondo cui, se l'applicabilità dell'articolo 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001 fosse riconosciuta, diventerebbe decisiva l'individuazione del luogo in cui i CLN acquistati dalla Profit sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati.

87. Queste diverse considerazioni mi inducono a ritenere che debba essere considerata come rientrante nella «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, l'azione diretta a ottenere la declaratoria di nullità di un contratto e la restituzione delle somme versate sul fondamento dell'atto nullo.

D – *Sulla prima questione*

88. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che, affinché sussista una connessione tra due domande presentate contro una pluralità di convenuti, è sufficiente che l'eventuale accoglimento di una di esse sia potenzialmente idoneo a riflettersi sull'entità dell'interesse a tutela del quale l'altra domanda è stata proposta, ancorché diversi siano l'oggetto e il titolo delle due domande e tra esse non intercorra una relazione di subordinazione o di incompatibilità.

89. In concreto, per la Corte suprema di cassazione, la difficoltà consiste nello stabilire se esista un nesso di connessione tra la domanda di dichiarazione di nullità e di restituzione del prezzo, che essa ritiene diretta esclusivamente contro la Commerzbank e la Redi, aventi la sede sociale in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana, e la domanda di risarcimento danni, fondata sulla cattiva gestione addebitata alla Profit Holding. Pur sottolineando che la censura diretta contro quest'ultima può valere indipendentemente dalla questione di sapere se il contratto di compravendita dei CLN sia valido o, al contrario, nullo, il giudice del rinvio osserva che l'eventuale accoglimento della domanda di restituzione del prezzo potrebbe ripercuotersi sulla valutazione del danno concretamente subito dalla Profit. Esso si chiede, pertanto, se la possibilità per il giudice di estendere la sua competenza in caso di pluralità di convenuti sia fondata su un criterio di mera opportunità, relativo all'interesse a una trattazione e a una decisione uniche, o su un parametro più rigoroso, relativo al rischio di decisioni tra loro incompatibili sul piano logico e giuridico.

90. Al riguardo, occorre ricordare che la Corte ha già preso più volte posizione sulla portata della regola di competenza speciale di cui all'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, che deroga al principio della competenza del foro del domicilio del convenuto enunciato all'articolo 2 di tale regolamento, prevedendo che un convenuto possa essere citato in giudizio, in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica per evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili.

91. Per quanto riguarda la valutazione del contenuto del vincolo di connessione, ossia del rischio di decisioni incompatibili in caso di trattazione separata delle domande, la Corte ha ritenuto che spetti al giudice nazionale valutare l'esistenza di tale rischio e, a tal fine, prendere in considerazione tutti gli elementi del fascicolo occorrenti⁵⁴. Ritengo che la Corte abbia stabilito saggiamente tale regola, visto quanto dipende tale valutazione dalla particolare configurazione di fatto e di diritto di ciascuna delle domande presentate al giudice nazionale.

92. La Corte ha elaborato, tuttavia, alcuni criteri grazie ai quali il giudice nazionale potrà pronunciarsi.

93. Nella sentenza Roche Nederland e a.⁵⁵, essa ha considerato che, «affinché due decisioni possano essere considerate contraddittorie, non è sufficiente che sussista una divergenza nella soluzione della controversia, essendo inoltre necessario che tale divergenza si collochi *nel contesto di una stessa fattispecie di fatto e di diritto*»⁵⁶. Affinando il criterio dell'identità della situazione di diritto, nella sentenza Freeport⁵⁷ essa ha puntualizzato che l'identità dei fondamenti giuridici delle azioni proposte contro i vari convenuti non rientrava fra le condizioni previste per l'applicazione dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001⁵⁸.

94. Tali direttive generali non forniscono indicazioni molto chiare quanto alla portata della condizione attinente all'incompatibilità delle decisioni. Vero è che la valutazione del vincolo di connessione dipende in gran parte dalle circostanze di fatto di ciascun caso di specie, il che rende difficile la determinazione di un criterio chiaro che consenta di tracciare la linea di demarcazione tra ciò che rientra nella connessione giustificante la deroga al foro abituale e ciò che ne è escluso.

95. Escludo, anzitutto, la possibilità per il giudice nazionale di estendere la propria competenza nei confronti di convenuti ulteriori domiciliati all'estero solo in base a considerazioni di mera opportunità, per quanto legittime esse siano, relative alle esigenze di una buona amministrazione della giustizia. Subordinare l'estensione della competenza del giudice adito unicamente alla condizione che tale estensione sia giustificata dall'interesse di una buona amministrazione della giustizia equivarrebbe, infatti, a privare di qualsiasi significato il principio giurisprudenziale, sancito all'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, secondo il quale l'estensione della competenza è subordinata alla condizione che sussista il rischio di decisioni incompatibili. Per di più, tale disposizione riflette la volontà del legislatore dell'Unione di realizzare un equilibrio tra le esigenze di una buona amministrazione della giustizia e la necessaria osservanza del principio generale della competenza dei giudici dello Stato membro in cui il convenuto è domiciliato, sancito all'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001.

96. Ritengo inoltre che non sia sufficiente, affinché due domande dirette contro convenuti diversi possano essere considerate connesse, che la decisione adottata riguardo a una di esse sia idonea a influire sulla risposta da dare all'altra. Il requisito di una divergenza che si inserisce nell'ambito di una medesima situazione di fatto e di diritto induce a verificare se le decisioni che potrebbero essere pronunciate da due diversi fori potrebbero essere incoerenti e contraddittorie, sebbene non sia necessario dimostrare che esse produrranno effetti giuridici radicalmente incompatibili.

97. Al riguardo, condivido la tesi propugnata dal giudice del rinvio, secondo la quale la trattazione e la decisione separate della domanda di dichiarazione di nullità e di restituzione per squilibrio contrattuale, insufficienza o difetto di causa, diretta contro la Commerzbank e la Redi, e dell'azione di responsabilità diretta principalmente contro la Profit Holding a motivo della cattiva gestione addebitata a tale società non comportano il rischio di condurre a decisioni incompatibili.

54 — V. sentenza Solvay (C-616/10, EU:C:2012:445, punto 23 e la giurisprudenza ivi citata).

55 — C-539/03, EU:C:2006:458.

56 — Punto 26. Il corsivo è mio.

57 — C-98/06, EU:C:2007:595.

58 — Punti 38 e 47.

98. Dubito già che esista una situazione di fatto identica, sebbene le due domande riguardino nel complesso le conseguenze della sottoscrizione dei CLN da parte della Profit. Infatti, l'azione di responsabilità si fonda, secondo il giudice del rinvio, su una circostanza di fatto distinta dalla sola sottoscrizione summenzionata, relativa al fatto che la società controllante avrebbe ideato e condotto un'operazione nel proprio interesse o nell'interesse di terzi, agendo intenzionalmente a danno degli interessi della controllata.

99. Soprattutto non credo che esista una situazione di diritto identica, in quanto le azioni promosse sono distinte non solo per il loro fondamento giuridico, ma anche per il loro oggetto. Pertanto, come rileva il giudice del rinvio, l'azione di responsabilità potrebbe essere accolta indipendentemente dall'esito positivo o negativo dell'azione di nullità.

100. Il semplice fatto che l'eventuale restituzione del prezzo pagato, derivante dall'accoglimento dell'azione di nullità, possa incidere sull'ammontare del danno subito dalla Profit, in caso di riconoscimento del suo diritto a risarcimento contro la Profit Holding, non mi pare che configuri un rischio di decisioni incompatibili.

101. Suggestisco quindi di rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, affinché sussista una connessione tra due domande presentate contro una pluralità di convenuti, non è sufficiente che l'eventuale accoglimento di una di esse sia potenzialmente idoneo a riflettersi sull'entità dell'interesse a tutela del quale l'altra domanda è stata proposta.

IV – **Conclusioni**

102. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere alle questioni sollevate dalla Corte suprema di cassazione nel modo seguente:

- 1) L'articolo 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che:
 - in caso di inserimento di una clausola di proroga della competenza nel prospetto di emissione di titoli, quali i «credit linked notes» oggetto del procedimento principale, il requisito della forma scritta stabilito dal paragrafo 1, lettera a), dell'articolo sopra citato risulta soddisfatto soltanto se il contratto firmato dalle parti menziona l'accettazione di tale clausola ovvero contiene un rinvio espresso al suddetto prospetto, e
 - una clausola di proroga della competenza contenuta nel prospetto di emissione di titoli, quali i «credit linked notes» oggetto del procedimento principale, redatto unilateralmente dall'emittente di tali titoli, può essere opposta al terzo che li ha acquistati da un intermediario finanziario solo qualora sia dimostrato che il terzo in parola ha prestato effettivamente il proprio consenso a detta clausola alle condizioni enunciate nell'articolo sopra citato.

Tuttavia, l'inserimento di una clausola di proroga della competenza nel prospetto di emissione di titoli, quali i «credit linked notes» oggetto del procedimento principale, può ritenersi una forma ammessa da un uso vigente nel commercio internazionale, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 44/2001, che permette di presumere il consenso di colui al quale tale clausola viene opposta, purché sia in particolare dimostrato – ciò che spetta al giudice nazionale verificare –, da un lato, che un siffatto comportamento viene generalmente e regolarmente seguito dagli operatori nel settore considerato nell'ambito della conclusione di contratti di questo tipo e, dall'altro, che i

contraenti intrattenevano, in precedenza, rapporti commerciali tra di loro o con altre parti operanti nel settore considerato oppure che il comportamento in questione è sufficientemente noto per poter essere considerato come una prassi consolidata.

- 2) Deve essere considerata come rientrante nella «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, lettera a), del regolamento n. 44/2001, l'azione diretta a ottenere la declaratoria di nullità di un contratto e la restituzione delle somme versate sul fondamento dell'atto nullo.
- 3) L'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, affinché sussista una connessione tra due domande presentate contro una pluralità di convenuti, non è sufficiente che l'eventuale accoglimento di una di esse sia potenzialmente idoneo a riflettersi sull'entità dell'interesse a tutela del quale l'altra domanda è stata proposta.