

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE CIVILE

Composta dagli ill.mi Sigg.ri Magistrati.

Dott. BERTUZZI Mario - PRESIDENTE

Dott. CARRATO Aldo – CONSIGLIERE

Dott. GUIDA Riccardo – RELATORE

Dott. BESSO MARCHEIS Chiara – CONSIGLIERE

Dott. OLIVA Stefano - CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 5376/2019 proposto da:

CONSOB

- Ricorrente -

CONTRO

A.A. S.p.a., B.B., C.C., D.D.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Perugia n. 515/2018 depositata il 04/07/2018.

Udita la relazione svolta dal Consigliere Riccardo Guida nella pubblica udienza del 14 marzo 2024.

Udito il Sostituto Procuratore Generale Tommaso Basile che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Udito l'avvocato Gianfranco Randisi. Udito l'avvocato Mario Stella Richter.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con delibera n. 19810 del 13/12/2016, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa ("Consob") irrogò a A.A. Spa ("A.A.") la sanzione amministrativa pecuniaria di Euro 30.000,00, per la violazione degli obblighi di informativa al pubblico di cui al combinato disposto degli artt. 114, comma 5, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("T.U.F."), 5, commi 1, 3, 6, del Regolamento sulle Operazioni con Parti Correlate ("reg. OPC"), emanato con delibera Consob n. 17221 del 12/03/2010, attuativo dell'art. 2391-bis, cod. civ.

L'operazione con parte correlata, nella persona di E.E. ("E.E."), consisteva nel disinvestimento della partecipazione nel Gruppo F.F., ossia nella rimozione degli effetti del contratto di investimento concluso, nel 2015, da A.A. tramite un aumento di capitale riservato agli azionisti di F.F., da sottoscrivere senza esborso in denaro mediante il conferimento a A.A. delle azioni F.F., e l'assegnazione ai soci di F.F. delle azioni A.A., nella misura del 15% del capitale sociale, in caso di conferimento del 100% delle azioni F.F.

L'operazione si era concretizzata con l'assegnazione del 14,57% del capitale sociale di A.A., con contestuale acquisizione di azioni F.F., in misura pari al 96,63% del capitale sociale di quest'ultima. Nel corso dell'operazione, la parte correlata E.E., ex socio e presidente di F.F., era stato nominato membro del consiglio di amministrazione ("CdA") di A.A., ed aveva assunto il ruolo di vicepresidente esecutivo.

2. Con altra delibera, la n. 19809 del 13/12/2016, il competente ufficio della Consob inflisse la sanzione di Euro 40.000,00, ai tre componenti del collegio sindacale di A.A., B.B., D.D. e C.C., per violazione del dovere di vigilanza ex art. 149, comma 1, lett. a), T.U.F.

La delibera, inoltre, ingiungeva a A.A., in qualità di soggetto responsabile in solido ex art. 195, comma 9, T.U.F., il pagamento della sanzione complessiva di Euro 120.000,00.

3. I soggetti sanzionati, con distinti ricorsi, hanno proposto opposizione avverso le due delibere alla Corte d'appello di Perugia, la quale, riuniti i ricorsi, ha rigettato le pretese sanzionatorie della Consob, così motivando la propria decisione:

(a) l'operazione di disinvestimento, in astratto, è qualificabile come operazione di maggiore rilevanza con parte correlata, nella persona di E.E., che era uno degli amministratori di A.A..

Tuttavia, non si era verificata (pag. 8 della sentenza) "almeno formalmente" una violazione della disciplina delle operazioni con parti correlate, che si perfeziona al momento dell'approvazione di una operazione senza la previa acquisizione del parere del comitato OPC.

Nella fattispecie in esame, infatti, in data 07/08/2015, al momento dell'approvazione dell'operazione di disinvestimento, E.E. non era più parte correlata perché, nella stessa seduta, poco prima della delibera si era dimesso, con efficacia immediata ex art. 2385, primo comma, cod. civ.;

b) la violazione non ricorre nemmeno ove venga fatta applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma su cui si fonda la tesi accusatoria dell'autorità di vigilanza.

La Consob sostiene che vi sarebbe stata una violazione sostanziale del precetto della preventiva acquisizione del parere motivato dell'apposito comitato in quanto E.E. avrebbe influenzato l'approvazione del disinvestimento intervenuta nella riunione del CdA di A.A. del 07/08/2015, per avere rinunciato alla carica amministrativa solo qualche momento prima dell'adozione della relativa delibera.

In realtà, non è provato che un intervento di E.E. abbia influenzato la decisione dell'organo amministrativo, assunta dopo che egli si era dimesso.

(c) del resto, quella del 07/08/2015, era una (ibidem, pag. 11) "delibera di massima", mentre la vera delibera, datata 02/10/2015, preceduta, secondo l'incontestata affermazione della difesa degli oppositori, dall'approfondimento della materia, anche attraverso l'acquisizione di pareri indipendenti, determinava, con precisione, l'oggetto dello scambio di azioni.

Ebbene, prosegue la sentenza, nel dispositivo della delibera consiliare effettiva del 02/10/2015, si puntualizza che "la transazione non configura una operazione con parti correlate, dal momento che nessuno degli ex soci F.F. si trova in alcuna delle condizioni di cui all'allegato 1 del Regolamento adottato dalla Consob".

4. La Consob ha proposto ricorso per cassazione, con quattro motivi. A.A. Spa, B.B., D.D. e C.C. hanno resistito con controricorso.

5. Questa Corte, in diversa composizione, con ordinanza interlocutoria n. 32694/2023, all'esito dell'adunanza camerale del 21/11/2023, vista "la particolare rilevanza delle questioni sollevate, unitamente all'assenza di precedenti di questa Corte sul tema specifico delle procedure inerenti operazioni con parti correlate", ha ravvisato l'opportunità della trattazione del ricorso in pubblica udienza.

Le parti hanno depositato memorie sia per la camera di consiglio che per la pubblica udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso - "Violazione e/o falsa applicazione della disciplina in materia di operazioni con parti correlate di cui all'art. 2391-bis c.c., così come attuato dall'art. 7 del Regolamento Consob OPC, e dall'art. 4 della Procedura Interna di A.A. (art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c.)" - ascrive alla sentenza impugnata l'erronea applicazione della disciplina in materia di OPC, ritenendo che i presidi da essa approntati valgano a partire dal momento in cui una determinata operazione è sottoposta all'organo amministrativo per la sua approvazione, mentre è evidente che essi entrano in gioco in una fase anteriore (il che trova conferma negli artt. 7, reg. OPC, 4, Procedura Interna di A.A.), sicché, nella specie, la verifica circa l'esistenza o meno di parti correlate tra i soggetti coinvolti nell'operazione avrebbe dovuto essere compiuta ben prima della riunione del 07/08/2015 - nel corso della quale il CdA di A.A. ha approvato la dismissione delle azioni F.F. - e, ove effettuata, si sarebbe senz'altro conclusa con esito positivo.

2. Il secondo motivo - "Violazione e/o falsa applicazione della disciplina in materia di operazioni con parti correlate di cui all'art. 2391-bis c.c., così come attuato dal Regolamento Consob OPC, con particolare riferimento al combinato disposto dei punti 1 e 3 dell'Allegato 1 del medesimo Regolamento che fornisce la definizione di "parte correlata" (art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c.)" - in subordine rispetto al motivo precedente, addebita alla Corte territoriale la violazione del principio della "prevalenza della sostanza sulla forma", enunciato dall'allegato 1, punto 3.1., reg. OPC, alla luce del quale deve essere letto il plesso normativo di riferimento.

La Consob puntualizza che detta disciplina, attraverso l'imposizione di regole procedurali e di trasparenza, mira a contrastare il compimento di operazioni non rispondenti all'interesse delle società che fanno ricorso al capitale di rischio.

Nello specifico, come risulta dal verbale del CdA 07/08/2015, E.E., nella veste di principale ex socio di F.F., dopo aver presentato a A.A. la proposta di disinvestimento, e, quindi, dopo avere contribuito a operare gli approfondimenti avviati con il ricevimento della proposta, ha rassegnato le proprie

dimissioni un attimo prima che si aprisse la discussione del CdA, conclusasi con l'accettazione della proposta.

La sentenza è errata, innanzitutto, là dove esclude che un vicepresidente esecutivo sia in grado di orientare la scelta del consiglio di amministrazione - anche nel caso in cui (come nella specie) egli non partecipi alla decisione dell'organo - dovendosi al riguardo valorizzare il ruolo del soggetto apicale nell'attività preparatoria, a cominciare dalla scelta, durante l'istruttoria, degli esperti e dei consulenti incaricati di approfondire gli elementi concernenti il rapporto costi/benefici dell'operazione da sottoporre all'organo amministrativo.

Le regole procedurali e di trasparenza previste dalle disposizioni OPC mirano a scongiurare la potenziale commistione tra l'emittente quotato (cioè, A.A.) e i soggetti che entrano in rapporto con esso, a prescindere dall'effettivo concretizzarsi del rischio, con la conseguenza che è ultronea la disquisizione, da parte della Corte d'appello, sull'effettiva influenza esercitata dall'amministratore sull'organo deliberativo.

3. Il terzo motivo - "Violazione e/o falsa applicazione della disciplina in materia di operazioni con parti correlate di cui all'art. 2391-bis c.c., così come attuato dal Regolamento Consob OPC, nonché della disciplina sui contratti di cui agli artt. 1321 e segg. c.c. - Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.)" - censura la sentenza impugnata nella parte in cui afferma che, ai fini della tutela sostanziale degli interessi coinvolti nell'operazione di disinvestimento, non sarebbero ravvisabili profili critici in ragione del fatto che - argomenta la Corte di Perugia - la definitiva approvazione dell'operazione è avvenuta nella riunione del CdA del 02/10/2015, a distanza di alcuni mesi dalla seduta del 07/08/2015, nel corso della quale E.E. si era dimesso.

Per la Consob, invece, la decisione di accettare la proposta di disinvestimento era già stata assunta nella seduta del 07/08/2015, come si desume dagli obblighi contrattuali stabiliti dalla scrittura privata sottoscritta dalle parti (appunto) subito dopo la decisione del CdA del 07/08/2015, sottovalutata dal giudice di merito, e in particolare dall'art. 6 di tale scrittura privata in tema di "obbligazioni delle parti". La ricorrente fa valere anche il vizio di cui al n. 5 dell'articolo 360, per l'omessa valutazione, da parte della Corte di Perugia, degli aspetti fattuali sopra delineati.

4. Il quarto motivo - "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., posto che la sentenza impugnata presenta argomentazioni contrastanti tali da non permettere di comprendere la "ratio decidendi" che sorregge il decisum adottato (art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.)" - denuncia come

contraddittoria e incomprensibile l'interpretazione restrittiva del principio sostanzialistico adottata dal giudice di merito.

Infatti, da un lato, la sentenza afferma l'equivalenza tra il rapporto giuridico previsto dalla fattispecie normativa e altri rapporti giuridici che conducono al medesimo risultato; dall'altro lato, ritiene tale interpretazione contrastante con il principio della certezza dei rapporti giuridici, potendo valere (così si esprime la Corte di Perugia) il richiamo alla lesione sostanziale solamente in senso "scriminante", ossia nel senso di escludere la violazione quando - pur essendosi la fattispecie formalmente perfezionata - non sia stato in concreto leso l'interesse tutelato.

5. Il primo e il terzo motivo, suscettibili di esame congiunto per connessione, sono fondati, con conseguente assorbimento del secondo e del quarto motivo.

6. Questa, in sintesi, la cornice normativa e la giurisprudenza di legittimità di riferimento:

(i) l'art. 2391-bis, cod. civ., ("Operazioni con parti correlate"), dispone, al primo comma: "Gli organi di amministrazione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio adottano, secondo principi generali indicati dalla Consob, regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate e li rendono noti nella relazione sulla gestione; a tali fini possono farsi assistere da esperti indipendenti, in ragione della natura, del valore o delle caratteristiche dell'operazione".

L'articolo, al secondo comma, dispone: "I principi di cui al primo comma si applicano alle operazioni realizzate direttamente o per il tramite di società controllate e disciplinano le operazioni stesse in termini di competenza decisionale, di motivazione e di documentazione. L'organo di controllo vigila sull'osservanza delle regole adottate ai sensi del primo comma e ne riferisce nella relazione all'assemblea".

(ii) la Consob, con delibera n. 17221 del 12/03/2010 (applicabile *ratione temporis*) ha adottato un "regolamento operazioni con parti correlate", il cui art. 4 ("Adozione di procedure"), comma 1, stabilisce che: "I consigli di amministrazione o i consigli di gestione delle società adottano, secondo i principi indicati nel presente regolamento, procedure che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate".

L'articolo 7, reg. OPC, con riferimento alle operazioni di minore rilevanza, dispone che le procedure prevedano almeno:

a) che, prima dell'approvazione dell'operazione, un comitato, anche appositamente costituito, composto esclusivamente da amministratori non esecutivi e non correlati, in maggioranza indipendenti, esprima un motivato parere non vincolante sull'interesse della società al compimento dell'operazione nonché sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni.

Tale parere è allegato al verbale della riunione del comitato;

b) la facoltà del comitato di farsi assistere, a spese della società, da uno o più esperti indipendenti di propria scelta. Lo stesso comitato verifica preventivamente l'indipendenza degli esperti;

c) che all'organo competente a deliberare sull'operazione e al comitato indicato nella lettera a) siano fornite con congruo anticipo informazioni complete e adeguate.

(iii) l'art. 4 della Procedura Interna di A.A. - localizzato in maniera congrua nel primo motivo di ricorso che, pertanto, al contrario di quanto si eccepisce in controricorso (pag. 10), soddisfa il requisito dell'autosufficienza poiché richiama "l'allegato B del fascicoletto" che appunto reca la "procedura per le OPC" di A.A. -, in applicazione delle prescrizioni del regolamento Consob, stabilisce:

(4.1.) "prima dell'approvazione delle operazioni con parti correlate soggette alla disciplina del Regolamento n. 17221/2010, un comitato appositamente costituito, composto da tre amministratori indipendenti deve esprimere un motivato parere non vincolante sull'interesse della Società al compimento dell'operazione nonché sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni";

(4.3.) "l'amministratore delegato assicura che i componenti del comitato ricevano, tempestivamente ed in ogni caso almeno tre giorni prima della riunione del consiglio, via e-mail o fax, complete e adeguate informazioni in merito alle operazioni con parti correlate".

7. Questa Corte, in precedenti pronunce, ha sottolineato che la finalità delle norme è quella di approntare una regolamentazione idonea a preservare evidenti esigenze di trasparenza sia all'interno che all'esterno della società, in presenza di fenomeni connotati potenzialmente da una situazione di conflitto di interessi, e in ragione del compimento di operazioni che, proprio per la presenza di parti correlate, possono essere piegate agli interessi di coloro che gestiscono la società a detrimento degli investitori.

In tale ottica si prevede una disciplina in gran parte affidata all'integrazione tramite il potere normativo secondario della Consob, che assicuri la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate, con una complessità procedimentale che risulta calibrata a seconda delle caratteristiche delle

operazioni, assegnando tuttavia un ruolo centrale alla preventiva approvazione delle operazioni di maggiore rilevanza da parte di un comitato consultivo composto da amministratori indipendenti, con un parere che, per quanto non vincolante, consente all'assemblea di poter a sua volta esprimersi, sempre in maniera non vincolante, circa la fattibilità dell'operazione, rimettendo in tal modo alla discrezione degli amministratori il suo compimento, e chiamando quindi in causa la loro responsabilità, ma nel rispetto della competenza in capo all'organo di amministrazione in merito alle scelte ritenute strategiche per la società (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2639 del 04/02/2021).

8. La normativa persegue l'obiettivo, fissato dall'art. 2391-bis, cod. civ., di assicurare la correttezza sostanziale delle operazioni con parti correlate, dando la prevalenza alla sostanza dei rapporti rispetto alla loro forma giuridica, nell'ottica della tutela del mercato e degli investitori.

Da qui la necessità di stringenti procedure di controllo, alle quali non sono estranei i sindaci (Cass. Sez. 2 - Sentenza n. 5357 del 07/03/2018, Rv. 647847 - 01; Sez. 2 - Sentenza n. 1601 del 26/01/2021, Rv. 660376 - 01; Sez. 2 -, Sentenza n. 31239 del 03/11/2021, Rv. 662708 - 01).

Sul punto, questa Corte (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 14708 del 10/07/2020 , Rv. 658472 - 01), ha chiarito che " in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, sebbene non rientri tra i doveri dei sindaci interloquire sulla opportunità delle operazioni con parti correlate e sulle prospettive vantaggiose o meno delle stesse, cionondimeno i medesimi non possono limitarsi ad una verifica estrinseca del rispetto delle procedure legali, avendo l'obbligo di relazionare all'assemblea circa le criticità emerse per difetto di "correttezza sostanziale" delle dette operazioni".

9. Ora, passando all'esame dei motivi di ricorso, la Corte di Perugia ha negato la violazione della disciplina delle operazioni con parti correlate in ragione del fatto che, al momento dell'approvazione della delibera di disinvestimento, la parte correlata E.E. non era più vicepresidente esecutivo poiché aveva poco prima rassegnato le dimissioni dalla carica, con effetto immediato.

La statuizione è in contrasto con la procedura sopra descritta, secondo cui le regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale delle operazioni con parti correlate debbono essere adottate - e ciò appare ovvio - in una fase anteriore a quella della delibera dell'organo gestorio, ossia durante la fase istruttoria che precede ed è prodromica all'approvazione dell'operazione che compete al CdA dell'ente emittente quotato in borsa.

In altri termini, nella fattispecie concreta, dopo che la parte correlata E.E., per conto di F.F., in data 31/07/2015, aveva proposto a A.A., della quale era vicepresidente esecutivo, l'operazione di

disinvestimento, quest'ultima società, destinataria della proposta, avrebbe dovuto immediatamente adottare le regole idonee ad assicurare la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale dell'operazione, vale a dire: demandare al "comitato" appositamente costituito, composto da tre amministratori indipendenti, il compito di esprimere un motivato parere (non vincolante) sull'interesse di A.A. all'operazione e sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle relative condizioni; ancora, lo stesso E.E., quale vicepresidente esecutivo di A.A., avrebbe dovuto assicurare che i componenti del comitato ricevessero, tempestivamente, e in ogni caso almeno tre giorni prima della riunione del consiglio complete e adeguate informazioni in merito all'operazione di disinvestimento con parte correlata.

10. Le precedenti considerazioni appaiono dirimenti rispetto alle censure del secondo motivo, formulato subordinatamente al primo, che concernono la violazione del principio della "prevalenza della sostanza sulla forma", di cui all'allegato 1, punto 3.1., reg. OPC, secondo cui "nell'esame di ciascun rapporto con parti correlate l'attenzione deve essere rivolta alla sostanza del rapporto e non semplicemente alla sua forma giuridica".

11. Da una diversa angolazione giuridica, incorre nel vizio di cui al n. 5, dell'articolo 360, "omesso esame circa un fatto decisivo" (seconda censura del terzo motivo), l'ulteriore ratio decidendi della pronuncia del giudice di merito, lì dove si afferma che, in realtà, quella del 07/08/2015 "era ancora una delibera di massima" in quanto il CdA, in quella seduta, si era riservato di verificare se la transazione configurasse o meno una operazione con parti correlate, salvo poi sciogliere la riserva in senso negativo con la delibera effettiva del 02/10/2015, nella quale si constatava che nessuno degli ex soci di F.F. si trovava in alcuna delle condizioni di cui all'allegato 1, reg. OPC.

12. La Corte di Perugia ha trascurato le disposizioni del codice civile in materia contrattuale (artt. 1321 e seguenti, cod. civ.) e, in particolare, quelle attinenti al perfezionamento del contratto e che dal verbale della riunione del CdA del 07/08/2015, allegato (per autosufficienza) al ricorso per cassazione, risulta che il Consiglio di amministrazione ha deliberato di "accogliere la proposta dei principali ex Soci di F.F., ricevuta in data 31 luglio 2015, finalizzata alla rimozione degli effetti del contratto di investimento sottoscritto il 1° agosto 2014 e comunicato al mercato il 4 agosto 2014" e di "conferire la delega al Presidente Avv. G.G. per la sottoscrizione dell'accettazione della Proposta Irrevocabile presentata dai principali ex Soci di F.F. il 31 luglio 2015".

La decisione del CdA è stata subito attuata mediante la sottoscrizione, sempre in data 07/08/2015, della scrittura privata che con la quale A.A. e gli ex azionisti di F.F. si impegnavano alla stipula del successivo contratto di disinvestimento.

Si tratta di fatti che prima facie si appalesano idonei a gettare sull'intera operazione di dismissione della partecipazione F.F. da parte di A.A. una luce completamente diversa da quella che ha orientato il giudice di merito verso l'annullamento delle sanzioni Consob.

Si aggiunga che la Corte di Perugia (pag. 5 della sentenza) riconosce che l'operazione di disinvestimento era già in fase di attuazione prima della riunione del CdA del 07/08/2015, ossia prima che intervenissero le dimissioni (in pari data) di E.E., lì dove, nel dare conto dei fatti di causa pacifici, riferisce, tra l'altro, che in data 06/08/2015 il Presidente del CdA di A.A. aveva comunicato alla Consob "il ritiro dell'istanza presentata il 23/06/2015, di autorizzazione alla pubblicazione del prospetto informativo relativo all'ammissione a quotazione in borsa delle azioni A.A. di nuova emissione, motivata con gli "elementi di novità" contenuti in detta proposta".

Sicché, in definitiva, al giudice del rinvio è demandato un nuovo scrutinio della fattispecie concreta, che tenga conto delle regole procedurali e dei canoni di diritto sopra enunciati, a cominciare dal principio interpretativo secondo cui, in ciascun rapporto con parti correlate, l'attenzione deve essere rivolta alla sostanza del rapporto.

In questa prospettiva, ai fini della verifica circa la legittimità o meno delle sanzioni, dovrà essere esaminato il comportamento della parte correlata E.E., che ha proposto a A.A. la dismissione delle azioni F.F., salvo dimettersi dal CdA pochi minuti prima della discussione e dell'approvazione della già avviata operazione di disinvestimento.

13. In conclusione, accolti il primo e il terzo motivo, assorbiti il secondo e il quarto motivo, la sentenza è cassata, con rinvio al giudice a quo, anche per le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Perugia, diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione.

Conclusione,

Così deciso in Roma, in data 14 marzo 2024.

Depositato in Cancelleria il 28 marzo 2024.