

10 febbraio 2009 - n. 3251 (ud. 16 dicembre 2008) - sentenza - Corte di Cassazione sezione II civile (controllo sulla legittimità della gestione delle società per azioni quotate in borsa - doveri informativi dei sindaci nei confronti della Consob)

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. SCHETTINO Olindo Presidente
Dott. ODDO Massimo Consigliere rel.
Dott. ATRIPALDI Umberto Consigliere
Dott. MALPICA Emilio Consigliere
Dott. PETITTI Stefano Consigliere
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso n. ... proposto il 6 settembre 2004 da:
Consob - Commissione Nazionale per le Società e la Borsa ...;
- ricorrente -
contro
(A) S.p.A. ...;
- controricorrente -
e
Ministero dell'Economia e delle Finanze ...;
- controricorrente -

nonché
Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Milano ...;
- intimato -
e
sul ricorso n. ... proposto il 13 ottobre 2004 da Ministero dell'Economia e delle Finanze ...;
- controricorrente ricorrente incidentale -
contro
(A) S.p.A. ...;
- intimata -
e
Consob - Commissione Nazionale per le Società e la Borsa ...;
- intimata -

avverso il decreto della Corte d'Appello di Milano n. ... del 21 giugno 2003 - non notificato;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16 dicembre 2008 dal Consigliere Dott. Massimo Oddo;
udito per la ricorrente Consob l'avv. ... e per la controricorrente T S.p.A. l'avv. ...;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. LECCISI Giampaolo, che ha concluso per l'accoglimento di entrambi i ricorsi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Consob - Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - contestò il ... a ..., sindaci della (A) S.p.A. in carica all'epoca dei fatti, la violazione del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, articolo 149, comma 3, (T.U.F.), per non avere comunicato alla Consob che l'amministratore delegato della società, e, in un caso, anche un consigliere di amministrazione, non aveva riferito tempestivamente al collegio sindacale, e comunque oltre il termine di tre mesi prescritto, alcune delle operazioni contemplate nell'articolo 150, Decreto Legislativo cit..

In particolare non avevano comunicato che:

- l'amministratore delegato ed un consigliere d'amministrazione avevano manifestato il loro potenziale conflitto d'interessi nell'operazione di acquisizione da parte della (A) S.p.A. delle azioni della società' ... soltanto nella riunione del consiglio di amministrazione (e del collegio sindacale) della società' tenuta il ..., quando invece avrebbero dovuto rendere nota la circostanza sin dalla prima delle tre riunioni, che il consiglio di amministrazione aveva ad essa dedicato il ..., nella quale era stato dato atto che era stato già raggiunto un accordo di massima con la compagine azionaria della società' ..., che possedeva dette azioni;
- l'amministratore delegato aveva dato notizia al consiglio di amministrazione della società' (ed al collegio sindacale) soltanto il ... dell'acquisto tra il ... ed il ... da parte della (A) S.p.A. di una quantità di azioni della società' ..., pari a circa l'1 % del capitale sociale, per un controvalore di circa lire ... miliardi;
- l'amministratore delegato aveva dato notizia al consiglio di amministrazione (ed al collegio sindacale) soltanto in data ... di un intervento negoziale effettuato dalla (A) S.p.A. nel mese di ... in favore della società' ..., al fine di consentirle l'acquisto di una partecipazione di maggioranza nella società' (A) S.p.A. AG.. mediante proprie azioni di nuova emissione; intervento consistito nell'acquisto di azioni della ... per un importo di circa lire ... al fine di garantire l'alienante società' ... contro il rischio che il prezzo di vendita pattuito potesse subire variazioni in peius in dipendenza dell'eventuale fluttuazione del valore delle azioni.

Successivamente la Consob, valutate le informazioni raccolte e le deduzioni degli interessati, propose al Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica (ora Ministero dell'Economia e delle Finanze) l'applicazione a ciascun sindaco della sanzione prevista per le violazioni contestate dall'articolo 193, commi 2 e 3, Decreto Legislativo cit., e dette sanzioni vennero applicate dal Ministero con decreto n. ... del ..., che ne ingiunse il pagamento alla società' (A), con obbligo di regresso nei confronti dei responsabili.

Premessa la tempestività della notifica delle contestazioni e della conclusione del procedimento sanzionatorio, osservarono i giudici che era fondata l'eccezione dell'opponente dell'illegittima applicazione delle sanzioni "sulla base di un'indebita estensione interpretativa della norma incriminatrice", giacché:

- il Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 149 comma 3, nel disporre che "il collegio sindacale comunica senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza e trasmette i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione", pone a carico dei sindaci l'obbligo di comunicare all'ente di controllo le irregolarità che essi "non possono

non conoscere" in ragione della loro qualita';

- in forza del principio di stretta interpretazione delle norme punitive l'applicazione della sanzione per la violazione dell'obbligo di comunicazione, prevista dal successivo articolo 193, comma 3, lettera a), Decreto Legislativo cit., non puo' essere estesa all'inosservanza da parte dei sindaci dell'obbligo di vigilanza sulla gestione della societa', anche se da tale inosservanza la violazione tragga fondamento, ed ai casi di semplice sospetto del carattere irregolare delle operazioni riscontrate, come diversamente previsto in materia bancaria e creditizia dal Decreto Legislativo n. 385 del 1993 articolo 52;

- era discutibile, quanto alla prima operazione, che i sindaci "non potessero non aver percepito" la tardivita' della comunicazione di un potenziale conflitto di interessi (non solo perche' ipotetico, ma anche perche' non dimostrato) in relazione ad una fattispecie negoziale in itinere ed abbozzata solo con accordi di massima;

- non era certo, quanto alle altre due operazioni, il "maggiore rilievo economico, finanziario e patrimoniale" e la conoscenza di esso, al quale il Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 150 comma 1, ricollega l'obbligo degli amministratori di riferirne tempestivamente, e con periodicit  almeno trimestrale, al collegio sindacale, rientrando per il loro ammontare nel potere di delibera e firma sino a ... miliardi conferito all'amministratore delegato.

La Consob e' ricorso con cinque motivi per la cassazione della sentenza, la (A) ha resistito con controricorso ed il Ministero ha notificato controricorso, proponendo un contestuale complesso motivo di ricorso incidentale.

Tutte le parti hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A norma dell'articolo 335 c.p.c., va disposta la riunione dei ricorsi proposti in via principale ed incidentale avverso il medesimo decreto.

Il ricorso principale denuncia, con il primo motivo, la nullita' del decreto impugnato per violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articoli 149, 150 e 193 e dei principi di legalita' e di colpevolezza, in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3, e articolo 111 Cost..

Deduce che erroneamente la pronuncia avrebbe esaminato e risolto negativamente la questione se dal Decreto Legislativo n. 58 del 1997, articolo 149, comma 3, fosse ricavabile un obbligo dei sindaci di denunciare alla Consob non solo tutte le irregolarita' di cui essi avessero avuto effettiva contezza, ma anche quelle che un sindaco diligente non avrebbe mancato di rilevare, giacche' del ritardo, rispetto alle previsioni dell'articolo 150, Decreto Legislativo cit., con il quale gli amministratori avevano comunicato le "operazioni di maggiore rilievo economico, finanziario e patrimoniale" e quella "in potenziale conflitto di interessi", essi avevano avuto conoscenza assistendo alle riunioni del consiglio di amministrazione nelle quali le comunicazioni erano state fatte.

Con il secondo motivo, per radicale mancanza e contraddittoriet  della motivazione per travisamento dei fatti, in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 5, articolo e 111 Cost., non essendo conferente il richiamo del decreto alla non punibilit  dei sindaci per l'ignoranza delle irregolarita' commesse dagli amministratori a fronte della contestata omessa denuncia di irregolarita' da essi riscontrate.

Con il terzo motivo, per violazione e falsa applicazione delle regole generali e dei principi sulle sanzioni amministrative e, in particolare, della Legge n. 689 del 1981, articolo 3 in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3, e articolo 111 Cost., avendo alluso la decisione ad una incolpevolezza dei sindaci per essere incorsi in errore, bench  un errore di diritto nell'interpretazione del D.Lgs, n. 58 del 1998, articolo 149 non potesse valere ad escluderne la responsabilit  e l'efficacia scriminante

di un errore di fatto fosse subordinata ad una non rilevata scusabilità'.

Con il quarto motivo, per violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 149, e radicale mancanza motivazione, in relazione agli articoli 3 e 5 c.p.c., e articolo 111 Cost., giacché ha ritenuto:

- discutibile la (in) tempestività della comunicazione del potenziale conflitto di interessi fatta dagli amministratori contestualmente a quella della stipulazione dei contratti, pur essendo stati gli stessi sindaci rese edotti in precedenza a due riprese delle trattative in corso e degli accordi già raggiunti;
- (in) certo il maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale delle altre due operazioni comunicate dall'amministratore delegato al collegio sindacale dopo oltre tre mesi dal loro compimento, nonostante il loro valore complessivo superasse i limiti dei poteri di delibera e di firma a lui conferiti e l'interpretazione fornita del Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 150 comma 1, indebitamente limitasse il potere di vigilanza dei sindaci alla sola attività rimasta nelle competenze del consiglio di amministrazione.

Con il quinto motivo, per violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 149 avendo ritenuto, equivocando sulla condotta sanzionata e sulla ratio della disposizione di consentire un controllo indiretto della Consob sulla correttezza dell'amministrazione delle società quotate, che fosse sanzionata esclusivamente l'omessa comunicazione dei fatti che i sindaci a loro esclusivo giudizio avessero riscontrati irregolari e non anche di quelli dei quali avrebbero dovuto riscontrare l'irregolarità, ove avessero fatto uso della diligenza imposta nello svolgimento della loro attività di vigilanza e nell'esercizio dei poteri ad essi riconosciuti dagli articoli 150 e 151, Decreto Legislativo cit..

Con l'unico motivo, il ricorso incidentale lamenta la violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 149 comma 3, per avere il decreto limitato la violazione dell'obbligo di comunicazione alle sole irregolarità nella quali il collegio sindacale si fosse accidentalmente imbattuto e, a suo insindacabile giudizio, avesse ritenuto irregolari ed escluso che detto obbligo comportasse, nell'ambito del sistema dei controlli introdotto dal Decreto Legislativo n. 58 del 1998 a tutela delle minoranze societarie e del pubblico risparmio, anche il dovere dei sindaci di acquisire e comunicare con la diligenza del mandatario ogni elemento utile ad una corretta valutazione dei comportamenti degli amministratori.

Preliminarmente, essendo il decreto emesso dalla corte di appello ai sensi del Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 195 impugnabile esclusivamente con il ricorso straordinario per cassazione ex articolo 111 Cost., ed essendo stati proposti il ricorso principale e quello incidentale nel regime anteriore alla sostituzione dell'articolo 360 c.p.c., da parte del Decreto Legislativo n. 40 del 2006, articolo 2 devono essere dichiarate inammissibili le censure rivolte alla decisione impugnata in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 5, laddove non assurgono a denuncia della violazione dell'obbligo della motivazione materiale od ideologica, che, ai sensi dell'articolo 737 c.p.c., costituisce un requisito di forma indispensabile del provvedimento censurato.

Precede nell'ordine logico l'esame del quinto motivo di ricorso principale e dell'unico motivo di quello incidentale, che attengono all'individuazione della fattispecie sanzionata dal Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 149 comma 3, e articolo 193, comma 3, lettera a), nel testo in vigore all'epoca delle violazioni contestate ai sindaci, che non prevedeva anteriormente alla sua sostituzione con la Legge n. 262 del 2005, articolo 2 la punibilità anche delle irregolarità commesse dai sindaci nell'adempimento dei generali doveri di vigilanza di cui all'articolo 149, comma 1 cit..

I motivi sono fondati.

Il Decreto Legislativo n. 58 del 1998 ribadendo la funzione di controllo sulla legittimità della gestione delle società per azioni quotate in borsa, già attribuita in via principale al collegio sindacale dal Decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1975, n. 136, ha sostituito all'articolo 149, l'espressione "deve controllare", originariamente contenuta nell'articolo 2403 c.c., con quella "vigila" (sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo; sul rispetto dei principi di corretta amministrazione; sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo contabile, nonché

sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione) ed ha ridisegnato i doveri informativi dei sindaci nei confronti della Consob ad essa connessi, sanzionando civilmente la complessiva inosservanza dei loro doveri (articolo 152, comma 2), amministrativamente l'omessa comunicazione senza indugio delle irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza (articolo 193, comma 3) e penalmente le false comunicazioni e l'ostacolo eventualmente frapposto all'esercizio delle funzioni dell'ente di controllo (articolo 174 - abr. dal Decreto Legislativo n. 61 del 2002).

In particolare, quanto alla comunicazione dei fatti rilevati nell'esercizio dell'attività di vigilanza, fa richiamo al Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 149 comma 3, il quale, limitandosi a richiedere il riscontro della loro irregolarità, da un lato non subordina il sorgere dell'obbligo di comunicazione ad una valutazione discrezionale dei sindaci ed all'accertamento da parte di essi dei requisiti oggettivi e soggettivi di una violazione della legge o dell'atto costitutivo ovvero del mancato rispetto da parte degli organi sociali dei principi di corretta amministrazione o dell'adeguatezza della struttura organizzativa della società, dei quali l'irregolarità rappresenta un sintomo -, dall'altro, configurando l'obbligo come un corollario del dovere di vigilanza, esclude che l'omissione della comunicazione possa ritenersi non punibile ove i sindaci non provino che la loro inosservanza dell'obbligo di comunicazione sia dovuta ad un'impossibilità di riscontrare l'irregolarità conseguente a caso fortuito o forza maggiore, giacché la Legge n. 689 del 1981, articolo 3 pone una presunzione (sia pure relativa) di colpevolezza della condotta.

A tale principio, da ritenere di rigorosa applicazione in quanto funzionale alla tutela del risparmio e del mercato garantita dalla Consob attraverso il controllo mediato sulle società quotate, non si è adeguata la decisione impugnata, giacché, dopo aver correttamente rilevato che oggetto della comunicazione prescritta dal Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 149 comma 3, erano i fatti che i soggetti obbligati ad eseguirla "non possono non conoscere" in ragione della loro qualità, è pervenuta ad affermare che i sindaci potevano non conoscere fatti dei quali avevano avuto immediata e diretta cognizione nell'esercizio della funzione di vigilanza ad essi commessa con la necessaria assistenza alle riunioni del consiglio di amministrazione e che l'incertezza obiettiva o subiettiva sulla ravvisabilità negli stessi fatti di una violazione del Decreto Legislativo n. 58 del 1998, articolo 150 comma 1, valeva di per sé ad escludere il loro obbligo di comunicare le irregolarità in essi riscontrate o riscontrabili ovvero a negare, quanto meno, la loro responsabilità per l'omissione addebitata.

Alla fondatezza dei due motivi segue la cassazione del decreto impugnato con rinvio, anche per le spese del giudizio di legittimità, ad altra sezione della Corte di appello di Milano.

Resta assorbito l'esame degli altri motivi nella parte in cui deve riconoscersene l'ammissibilità.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi.

Accoglie il quinto motivo del ricorso principale, assorbiti ed inammissibili gli altri, ed il ricorso incidentale.

Cassa il decreto impugnato e rinvia, anche per le spese del giudizio, ad altra sezione della Corte di appello di Milano.