

Civile Sent. Sez. 2 Num. 18846 Anno 2018

Presidente: PETITTI STEFANO

Relatore: CORTESI FRANCESCO

Data pubblicazione: 16/07/2018

### SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 27804/2016 R.G. proposto da  
CAPECE MINUTOLO DEL SASSO MASSIMILIANO, rappresentato e  
difeso dagli Avv.ti Umberto MORERA e Bruno MANZONE,  
elettivamente domiciliato presso il primo a Roma, in I.go Giuseppe  
Toniolo n. 6

– *ricorrente* –

contro

CONSOB - COMMISSIONE NAZIONALE PER LA SOCIETÀ E LA  
BORSA, in persona del Presidente e legale rapp.te pro tempore,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore PROVIDENTI,  
Gianfranco RANDISI ed Elisabetta CAPPARIELLO, elettivamente  
domiciliata presso la propria sede a Roma in via G.B. Martini n. 3;

– *controricorrente* –

avverso il decreto della Corte d'Appello di Firenze n. 690/2016,  
depositato il 27.4.2016, non notificato.

729/18

Udita la relazione svolta nella pubblica udienza del 20.2.2018 dal Consigliere dott. Francesco CORTESI;  
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Alessandro PEPE che ha concluso per il rigetto del ricorso;  
uditi gli Avv.ti MORERA e MANZONE per il ricorrente e gli Avv.ti RANDISI e CAPPARIELLO per l'intimata.

#### FATTI DI CAUSA

1. Con delibera n. 18924 del 21.5.2014 la Commissione nazionale per le società e la borsa - Consob ha applicato sanzioni amministrative pecuniarie ai componenti degli organi di amministrazione e controllo della banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (d'ora innanzi MPS) per la violazione degli artt. 94, commi 2 e 13, e 113, comma 1 TUF, dopo aver accertato, all'esito del procedimento, la sussistenza di carenze informative ed errori di contabilizzazione nella documentazione d'offerta relativa a strumenti finanziari cd. *non equity* pubblicata nel periodo 25.7.2008-10.8.2012.

1.1. La relativa indagine era stata avviata in seguito all'aumento di capitale di MPS deliberato nel novembre 2007 in due *tranches*, rispettivamente di 5 miliardi ed 1 miliardo di euro, necessario a finanziare l'acquisto del 100% delle azioni di Banca Antonveneta s.p.a. da Banco Santander s.a..

La seconda *tranche* di detto aumento era stata riservata alla banca americana JP Morgan Chase (d'ora innanzi JPM), che per la relativa sottoscrizione aveva ottenuto da Bank of New York (d'ora innanzi BNY) l'emissione di strumenti finanziari- convertibili in azioni MPS- denominati "Fresh" (*Floating Rate Equity- linked Subordinated Hybrid*), da collocare presso investitori istituzionali e convertibili in azioni ordinarie della banca; le sottostanti azioni venivano concesse da JPM in usufrutto trentennale a MPS a fronte del pagamento di un canone.

Di tale complessiva operazione MPS aveva dato notizia nel prospetto informativo del 2008.

1.2. Le indagini avevano tuttavia consentito di appurare in seguito che la Fondazione Monte dei Paschi- azionista di maggioranza assoluta di MPS- aveva stipulato con vari istituti di credito contratti derivati di tipo *swap* denominati "Tror" (*Total rate of return swap*) funzionali alla sottoscrizione dei titoli "Fresh", procedendo a successive rinegoziazioni di tali contratti, con ciò partecipando indirettamente all'aumento di capitale di MPS; la circostanza non era mai stata indicata né nel prospetto informativo del 2008, né in quelli successivi fino al 2011.

Era poi emerso che gli organi e la dirigenza di MPS erano al corrente dell'esistenza dei "Tror"; che i canoni periodici di usufrutto delle azioni sottostanti ai "Fresh" erano stati scorrettamente contabilizzati; che in occasione dell'assemblea dei sottoscrittori dei "Fresh" MPS aveva concesso a BNY una manleva (cd. *indemnity side letter*) per eventuali azioni legali connesse alle modifiche introdotte nel regolamento dei titoli convertibili; che nei bilanci compresi fra il 2008 ed il 2011 erano state scorrettamente contabilizzate, senza menzione degli accordi collaterali sottostanti, alcune operazioni in strumenti finanziari derivati denominate "Alexandria", "Santorini" e "Nota Italia", in relazione alle quali nel consiglio di amministrazione del 6.2.2013 la banca MPS aveva deliberato di correggere le annotazioni, evidenziando un impatto negativo di 730 milioni di euro sul patrimonio netto.

1.3. Le contestazioni- ed il trattamento sanzionatorio conseguente al procedimento accertativo scaturitone- derivavano da tale inadeguata rappresentazione delle vicende nei prospetti informativi quanto alla stipulazione dei contratti "Tror" ed alla contabilizzazione delle operazioni in strumenti finanziari derivati denominate "Alexandria", "Santorini" e "Nota Italia".

1.4. Fra i destinatari delle sanzioni vi è Massimiliano Capece Minutolo Del Sasso, consigliere di amministrazione di MPS dal

29.4.2009 al 27.4.2012, al quale la Consob ha intimato il pagamento dell'importo di € 45.000,00.

2. L'opposizione proposta da quest'ultimo è stata respinta dalla Corte d'Appello di Firenze con decreto depositato il 27.4.2016.

La corte, in particolare e per quanto qui ancora di interesse, ha ritenuto:

- l'irrelevanza, ai fini della responsabilità in questione, del fatto che l'opponente non aveva incarichi esecutivi (trattandosi di amministratore non munito di delega), poiché il consiglio di amministrazione mantiene la funzione di valutare e dirigere la gestione della società e dunque anche di impedire atti ad essa pregiudizievoli, avuto riguardo al fatto che quello contestato era un illecito a condotta libera, e considerato altresì che l'opponente era membro del comitato per il controllo interno di MPS;

- che il decorso di oltre un anno fra il momento in cui la Consob aveva ricevuto la relazione di MPS da cui emergeva la commissione dell'illecito e l'avvio del procedimento di contestazione non avesse importato alcuna decadenza per perenzione del termine di 180 giorni di cui all'art. 195 TUF; detto termine, infatti, inizia a decorrere nel momento in cui ragionevolmente la constatazione può essere tradotta in accertamento, e nel caso di specie, le indagini avevano presentato caratteri di particolare complessità e laboriosità, essendo progressivamente emerse problematiche via via bisognose di adeguato approfondimento in relazione all'articolata serie di operazioni negoziali, tant'è che- ad esempio- la vera natura delle operazioni in strumenti derivati era emersa unicamente nel marzo 2013, dopo la trasmissione all'autorità di vigilanza del verbale del consiglio di amministrazione del febbraio precedente nel quale era stato rettificato il valore delle poste corrispondenti;

- che, infine, non potesse essere disposta, come richiesto dall'opponente, la riunione del procedimento con altri due- relativi al prospetto del 2011- sì da darsi luogo al cd. cumulo giuridico delle



sanzioni, sussistendo nella specie più condotte violative delle stesse disposizioni, con conseguente doverosa applicazione del cumulo materiale.

3. Contro tale decreto Massimiliano Capece Minutolo Del Sasso propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi, illustrato da successiva memoria. Resiste la Consob con controricorso, anch'esso seguito da memoria.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il *primo motivo* il ricorrente- denunciando violazione degli artt. 2381 e 2392 cod. civ.- lamenta l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui ha ritenuto sussistente la sua responsabilità pur in assenza di incarichi esecutivi.

Sotto un primo profilo assume che la corte avrebbe erroneamente fatto riferimento agli obblighi di vigilanza del sindaco, certamente più penetranti di quelli dell'amministratore privo di delega in relazione alla fattispecie contestata; ed altrettanto erroneamente avrebbe evocato il fatto che egli era membro del comitato per il controllo interno, organo endoconsiliare cui era essenzialmente attribuito il compito di vigilare sull'efficace applicazione del modello organizzativo di cui alla l. n. 231 del 2001, e perciò non tale da incidere sul contenuto del dovere di diligenza proprio del consigliere non delegato.

Sotto altro profilo contesta poi la ricostruzione dell'illecito, operata dalla corte come illecito a condotta libera, richiamando i più recenti sviluppi giurisprudenziali inerenti alla responsabilità dei consiglieri d'amministrazione per fatti commessi dagli amministratori delegati, circoscritta alle ipotesi nelle quali i primi siano a conoscenza delle condotte dei secondi od abbiano omesso di attivarsi per agire informati.

A tale proposito, attribuisce rilievo al fatto che egli non era in carica al momento dell'emersione degli indici di anomalia

prodromici agli illeciti contestati, dal che deduce il proprio legittimo affidamento sull'operato dei precedenti amministratori- fondato sulla "presunzione di legittimità dell'azione sociale"- di cui peraltro denuncia il carattere doloso.

2. Con il *secondo motivo* il ricorrente- denunciando violazione degli artt. 195 TUF, 14, comma 2, l. n. 689 del 1981, 326 cod. pen. e 329 cod. proc. pen.- assume che la corte avrebbe errato nel ricostruire il momento in cui poteva dirsi compiuto, da parte della Consob, l'accertamento dei fatti, con conseguente decorrenza del termine di decadenza per l'avvio del procedimento di contestazione.

Osserva al riguardo che un congruo *spatium deliberandi* poteva essere riconosciuto alla Consob nel tempo strettamente necessario in relazione all'obbligo di cui all'art. 329 cod. proc. pen., ovvero immediatamente dopo la rimozione del segreto investigativo.

3. Con il *terzo motivo* il ricorrente deduce infine violazione dell'art. 8 della l. n. 689 del 1981, dolendosi del mancato riconoscimento, nella specie, di un'ipotesi di concorso formale di illeciti, sussistendo plurime violazioni della medesima disposizione in presenza di un'unica condotta omissiva.

4. Il ricorso dev'essere rigettato.

4.1. È infondato il primo motivo.

Erra, in particolare, il ricorrente nel ritenere che la corte d'appello abbia ommesso di tener conto che, per effetto della riforma dell'art. 2381 cod. civ., gli amministratori privi di delega non risultano più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza, quando invece il decreto impugnato risulta aver correttamente distinto tale ultimo dal diverso "dovere di agire informati" che permane in capo ai medesimi amministratori e che si traduce in obblighi di attivazione e controllo a fronte di vicende di particolare rilievo per la gestione della società.

Ed infatti, nel ricostruire la responsabilità del ricorrente- al di là del riferimento ai doveri del sindaco che pare frutto di un errore materiale- il decreto richiama compiutamente (v. pag. 6, p.to 4.3.1) il contenuto di tale dovere, delineandolo in termini corretti e conformi all'orientamento ormai consolidato di questa corte.

Tale orientamento (si vedano, in particolare, Cass. 4.9.2014, n. 18683; Cass. 5.2.2013, n. 2737) si attesta nel senso di ritenere che il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dall'art. 2381, commi 3 e 6, e dall'art. 2392 cod. civ., non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del *business* bancario, ed essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega.

Le medesime pronunzie hanno sottolineato, al riguardo, che l'art. 2381, comma 3, nel testo sostituito ad opera del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, prevede che il consiglio di amministrazione "può sempre impartire direttive agli organi delegati ed avocare a sè operazioni rientranti nella delega" e "valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione"; mentre il comma 6 della medesima disposizione sancisce l'obbligo di tutti gli amministratori di "agire in modo informato", attribuendo a ciascuno di essi il potere di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società".

Il nuovo art. 2392 cod. civ., infine, continua a prevedere che gli amministratori siano "solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose".

Si deve poi ritenere che il contenuto di tale dovere sia particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost. la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile. La diligenza richiesta agli amministratori risente, infatti, della "natura dell'incarico" ad essi affidato ed è commisurata alle "loro specifiche competenze" (in tal senso si v. ancora l'art. 2392 cod. civ.).

Facendo buon governo di tali principi, la corte d'appello ha ritenuto che a fronte di una vicenda di assoluta rilevanza per la gestione della società- quale un'offerta al pubblico finalizzata ad un aumento di capitale per valore prossimo a quello del patrimonio netto della società (il decreto parla in tal senso di operazione "colossale" in quanto "suscettibile di stravolgere gli equilibri economico-patrimoniali della banca", cfr. pag. 7 p.to 4.3.3)- sussistesse in capo all'intera compagine amministrativa il dovere di attivarsi, e perciò la connessa rilevanza della loro condotta omissiva nella causazione dell'illecito.

Tale rilievo, di portata decisiva nell'affermazione della responsabilità oggetto di sanzione, non è superato dalla censura, che va dunque disattesa senza necessità di disamina degli ulteriori profili in cui si articola.

4.2. Quanto al secondo motivo, dev'essere richiamato il consolidato orientamento di questa corte (per tutte v. Cass., 3.5.2016, n. 8687), secondo cui in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività soggetta al controllo ed alla vigilanza della Consob, il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte di quest'ultima

decorre dal momento in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento, dovendosi a tal fine tener conto, oltre che della complessità della materia, delle particolarità del caso concreto anche con riferimento al contenuto ed alle date delle operazioni.

A tale ultimo riguardo, ogni indagine attinente alla congruità del tempo impiegato nel corso dell'acquisizione informativa per giungere alla contestazione costituisce apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito e come tale sottratto al sindacato di legittimità, se non limitatamente al vizio di cui all'art. 360 n. 5) cod. proc. civ., tuttavia non dedotto dal ricorrente.

4.3. Quanto, infine, al terzo motivo di ricorso, è appena il caso di rilevare che le condotte contestate in questa sede agli amministratori MPS in questa sede differivano, sotto il profilo materiale e cronologico, da quelle interessate dai diversi procedimenti, attinenti ad altri prospetti informativi; va pertanto condiviso il rilievo operato dalla corte d'appello (pag. 11, p.to 4.5) secondo cui, trattandosi di distinte condotte omissive riguardanti le medesime disposizioni, non poteva aver luogo il cd. cumulo giuridico delle sanzioni.

5. In definitiva, il ricorso va rigettato; le spese del presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo; sussistono i presupposti di cui all'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002.

#### **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e pone a carico del ricorrente le spese del presente giudizio di legittimità, che liquida in € 5.000,00 per compensi ed € 200,00 per esborsi, oltre spese generali nella misura del 15% sui compensi ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della II Sezione Civile della Corte di Cassazione in data 20.2.2018.

Il Consigliere Estensore



Il Presidente



Il Funzionario Giudiziario  
Dot.ssa Donatella D'ANNA

