



Civile Sent. Sez. 2 Num. 9963 Anno 2016

Presidente: BUCCIANTE ETTORE

Relatore: MANNA FELICE

Data pubblicazione: 16/05/2016

SENTENZA

sul ricorso 3464-2011 proposto da:

CONSOB COMMISSIONE NAZIONALE SOCIETA' BORSA
80204250585, IN PERSONA DEL PRESIDENTE E LEGALE
RAPP.TE P.T., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA
G.B.MARTINI 3, presso lo studio dell'avvocato FABIO
BIAGIANTI, che la rappresenta e difende unitamente
agli avvocati SALVATORE PROVIDENTI, GIANFRANCO
RANDISI;

2016

233

- *ricorrente* -

contro

BERNESCHI GIOVANNI ALBERTO BRNGNN37L25D969E, BANCA



CARIGE CASSA RISPARMIO GENOVA & IMPERIA SPA,
03285880104, IN PERSONA DEL DIRETTORE GENERALE,
elettivamente domiciliati in ROMA, VIA SALARIA N.259,
presso lo studio dell'avvocato MARCO PASSALACQUA, che
li rappresenta e difende unitamente agli avvocati
VITTORIO LUPOLI, FRANCO BONELLI;

- **controricorrenti** -

nonchè contro

PROCURA GENERALE REPUBBLICA PRESSO CORTE D'APPELLO
GENOVA;

- **intimata** -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di GENOVA,
depositato il 19/12/2009; (889/09 v.g.)

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 03/02/2016 dal Consigliere Dott. FELICE
MANNA;

udito gli Avvocati Biagianti Fabio, Randisi Gianfranco
e Providenti Salvatore difensori della ricorrente i
quali hanno chiesto l'accoglimento del ricorso e delle
difese esposte;

udito l'Avv. Lupoli Vittorio difensore dei
controricorrenti che ha chiesto l'accoglimento delle
difese esposte ed in atti;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. SERGIO DEL CORE che ha concluso per il
rigetto del ricorso.

2



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con delibera n. 16868 del 16.4.2009 la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob sanzionava Giovanni Alberto Berneschi, all'epoca presidente del consiglio d'amministrazione della Banca Carige - Cassa di risparmio di Genova e Imperia s.p.a., per la violazione dell'art. 122, commi 1 e 5 D.Lgs. n. 58/98 recante il T.U. delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria (TUF). A base del provvedimento, che ingiungeva alla Carige, quale debitrice in solido, il pagamento della sanzione, la mancata pubblicazione di un patto parasociale stipulato il 4.7.2005 con la Compagni Assicuratrice Unipol s.p.a., avente ad oggetto l'acquisto concertato di azioni ordinarie della Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. – BNL, per il successivo esercizio di un'influenza dominante su quest'ultima banca. Il tutto nel contesto di un'azione concertata di contrasto dell'offerta pubblica di scambio promossa dal Banco di Bilbao e Vizcaya Argentaria – BBVA per acquisire l'intero capitale della BNL, scandita secondo la Consob in due fasi: una prima finalizzata all'acquisto di azioni BNL, perfezionatasi il 4.7.2005; ed una seconda, in cui con un autonomo accordo erano stati meglio definiti gli accordi relativi alla gestione di detta partecipazione azionaria, con la definizione degli impegni di *lock up*, di non adesione all'OPA di BBVA, di prelazione e di opzione *put*.

Contro tale provvedimento Giovanni Alberto Berneschi e la Carige proponevano opposizione ai sensi dell'art. 195 TUF. Sostenevano nel merito che ogni contatto tra Carige e Unipol anteriormente al 18.7.2005 (data di comunicazione del patto parasociale) era rimasto nell'ambito delle trattative, e che dunque il patto parasociale si era formato in tutti i suoi elementi essenziali

3



ed accessori in tale data. Patto che, secondo gli opposenti, non poteva essere retrodatato al 4.7.2005 per effetto di una presunzione derivante dal fatto che in quest'ultima data Carige avesse acquistato l'1,485% del capitale BNL, trattandosi di operazione diretta unicamente a produrre plusvalenze.

La Corte d'appello di Genova accoglieva l'opposizione con decreto n. 889/09, annullando il provvedimento sanzionatorio.

Per quanto ancora rileva in questa sede di legittimità, la Corte ligure osservava che la caratteristica comune dei patti rilevanti ai sensi dell'art. 122 TUF era quella di essere volti a stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società, mentre la finalità della pubblicità era quella di garantire la trasparenza degli assetti proprietari della società quotata, a tutela del mercato. Nella specie, la contestazione dell'addebito, per come riformulata dalla Consob con lettera del 31.12.2008, atteneva alla realizzazione non di un mero patto per l'acquisto, bensì di un patto funzionale a favorire l'acquisizione dell'influenza dominante da parte di Unipol ovvero a contrastare l'acquisizione del capitale BNL da parte di BBVA. Infatti, con detta nuova contestazione la Consob aveva sostenuto che la circostanza per cui le trattative per definire le clausole del patto parasociale erano proseguite fino al 18.7.2005, seppur pienamente provata, non escludeva la sussistenza di un preventivo impegno tra Unipol e Carige volto all'acquisto della partecipazione in BNL ovvero di uno specifico accordo a contenuto parasociale intercorso tra le parti interessate. Pertanto, proseguiva la Corte territoriale, secondo la Consob tra Unipol e Carige sussisteva ancor prima del 18.7.2005 un patto parasociale occulto non scritto per l'acquisto ed il successivo esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla banca



stessa, patto di cui l'acquisto di azioni BNL effettuato da Carige il 4.7.2005 costituiva attuazione. Ad esso avevano poi fatto seguito gli accordi relativi alla gestione della suddetta partecipazione, con la definizione degli impegni di *lock up*, di non adesione all'OPS di BBVA e di prelazione, nonché delle specifiche condizioni dell'opzione *put*.

Riteneva, quindi, la Corte che così come riformulata la contestazione, doveva aversi riguardo alla fattispecie contrattuale a formazione progressiva, nella quale l'accordo delle parti su tutte le clausole si raggiunge gradatamente e il momento del perfezionamento è di regola quello dell'accordo finale; e che, in sostanza, secondo la stessa prospettazione della Consob alla data del 4.7.2005 non erano stati perfezionati non soltanto gli accordi relativi alla *governance* della BNL e al successivo esercizio congiunto di un'influenza dominante sulla banca stessa, ma neppure gli accordi prevedenti opzioni per il trasferimento delle azioni acquistate da Carige con l'obbligo della gestione concordata della partecipazione e neppure lo stesso accordo di non adesione all'OPS di BBVA. Il che, però, portava necessariamente ad affermare che secondo i fatti così come esposti e posti da Consob a base della contestazione, l'impegno vincolante a tenere la partecipazione acquisita a disposizione del progetto di Unipol era intervenuto soltanto in data 18.7.2005, data in cui il patto era stato reso pubblico.

Per la cassazione di tale provvedimento la Consob propone ricorso, affidato a due motivi.

Resistono con controricorso Giovanni Berneschi e Banca Carige.

Consob e Banca Carige hanno depositato memoria.

5



La Procura generale presso la Corte d'appello di Genova non ha svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Il primo motivo denuncia la violazione degli artt. 122, commi 1 e 5, e 193 TUF, in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c.

Sostiene la Consob che vi sarebbe un sostanziale fraintendimento della portata precettiva della norma, e che sarebbe fuorviante il riferimento operato dalla Corte alla fattispecie del contratto a formazione progressiva. Per contro, ai fini della norma rileva ogni accordo parasociale per l'acquisto concertato di azioni, indipendentemente dal fatto che lo stesso possa rientrare in una cornice negoziale più ampia, comprensiva di accordi ulteriori, che in ipotesi siano ancora oggetto di trattative fra le parti.

Pertanto, sarebbero assoggettati agli adempimenti informativi i patti con cui le parti concordino l'acquisto di azioni di una società quotata, anche nel caso in cui le stesse non abbiano contestualmente definito le modalità attraverso cui pervenire in concreto all'esercizio dell'influenza dominante sulla società quotata.

2. - Il secondo mezzo d'annullamento lamenta l'omessa o quanto meno insufficiente motivazione in relazione ai fatti, controversi e decisivi, che hanno indotto la Consob a ritenere sussistenti alla data del 4 luglio 2005 i presupposti del patto per l'acquisto previsto dall'art. 122, comma 1, lett. c), TUF, in relazione agli artt. 111 Cost. e 360, n. 5 c.p.c.

Sostiene parte ricorrente che la Corte territoriale ha sostanzialmente svalutato le intese intervenute alla data del 4 luglio 2005, ritenute meri accordi intermedi sulla strada di un'intesa complessiva conclusa soltanto il 18.7.2005,

6



pervenendo a una conclusione sprovvista di un adeguato apparato motivazionale. Gli stessi consolidati insegnamenti giurisprudenziali richiamati dalla Corte d'appello ammettono, infatti, che gli accordi di carattere intermedio possano integrare talora un regolamento definitivo del rapporto e non un impegno preparatorio. E sebbene l'apprezzamento del giudice di merito sia insindacabile in sede di legittimità, non è dato di comprendere come il decreto impugnato abbia assiomaticamente escluso che questo fosse il caso degli accordi intercorsi tra Unipol e Carige in merito all'acquisto della partecipazione in BNL. Non è chiaro perché, prosegue parte ricorrente, la Corte territoriale abbia ritenuto che la prosecuzione di trattative fino alla data del 18.7.2005 in merito ad aspetti afferenti alla gestione della partecipazione appena acquistata da Carige in BNL, in appoggio alla scalata progettata dalla compagnia Bolognese, debba far escludere che le parti avessero inteso concludere già prima un'intesa di carattere vincolante. E soprattutto non è chiaro il significato attribuito a numerosi elementi di fatto addotti dalla Consob, quali le dichiarazioni rese dai protagonisti della vicenda (Boni, Fiorani e Consorte), che indicavano in Carige uno degli alleati di Unipol nell'operazione, e il verbale del comitato esecutivo di Carige in data 1.7.2005, che autorizzava la direzione generale ad incrementare la quota di azioni possedute in BNL.

3. - I due motivi, da esaminare congiuntamente per la loro stretta connessione, sono infondati.

L'art. 122 TUF stabilisce che i patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano sono soggetti a varie forme di comunicazione

7



e pubblicazione (tra cui la comunicazione alla Consob) entro cinque giorni dalla stipulazione (primo comma); e che, in difetto, essi sono nulli (terzo comma) e non consentono l'esercizio del diritto di voto inerente alle azioni quotate per le quali non sono stati adempiuti detti obblighi (quarto comma).

Il richiamo alla nozione di "patto" e le espresse sanzioni di nullità ed esclusione del diritto di voto comminate da tale articolo, conducono a ritenere che i previsti obblighi di propalazione sorgano per effetto di accordi riconosciuti e riconoscibili come tali tra le parti; e che questi rilevino proprio se ed in quanto abbiano raggiunto la soglia (non solo del rilevante, ma anche) del vincolo giuridico.

A tal riguardo è noto che la giurisprudenza di questa Corte non esclude affatto che nell'ambito di un procedimento negoziale complesso e a formazione progressiva si possano dare intese intermedie che, per quanto serventi e funzionali all'accordo finale e definitivo, svolgano esse stesse un'autonoma funzione fondante di un vincolo contrattuale (cfr. Cass. nn. 2720/09, 16016/03, 2472/99 e 77/93).

Così come, per contro, pure si afferma che l'accordo su alcuni punti essenziali del contratto non esaurisce la fase delle trattative, perché, al fine di perfezionare il vincolo contrattuale, è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa sugli elementi costitutivi, sia principali che secondari, dell'accordo (v. Cass. nn. 367/05, 1691/82 e 457/79).

Fra tali indirizzi non v'è alcun contrasto, perché (come chiarisce bene Cass. n. 2720/09) per discriminare tra l'una e l'altra ipotesi ben può il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati dagli artt. 1362 e segg. c.c., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti, operazione che



non assume carattere diverso quando sia questione, invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d'interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del *nomen iuris* e della lettera dell'atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre (in senso analogo, v. anche Cass. nn. 23949/08, 14267/06 e 910/05).

Ben si comprende, allora, che salvo nette affermazioni teoriche di segno opposto che nel caso di violazione dell'art. 122 TUF neghino *a priori* l'una o l'altra prospettiva, la decisione di merito che nell'interpretare un patto parasociale a formazione progressiva pervenga alla conclusione per cui il consenso sui punti qualificanti dell'accordo si sia formato solo con la conclusione della trattativa, può esporsi, alternativamente, alla violazione dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. o al vizio motivazionale (declinabile ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c. nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche di cui al D.L. n. 83/12, convertito in legge n. 134/12). Non anche alla violazione dell'art. 122 TUF, non essendo in questione la corretta interpretazione di detta norma.

3.1. - Nella specie, va esclusa la violazione degli artt. 1362 e ss. c.c., vuoi in quanto non denunciata, vuoi perché ad ogni modo la censura svolta non deduce neppure implicitamente il malgoverno di uno o più dei canoni di ermeneutica contrattuale (violazione che va allegata e adeguatamente dimostrata, secondo la giurisprudenza costante di questa Corte: v. per tutte, Cass. 17168/12).

9



Resta la verifica del vizio motivazionale, che tuttavia nello specifico è agevole escludere in ciascuna delle sue prospettazioni (omissione o insufficienza della motivazione).

Nel decreto impugnato, infatti, si osserva che “qualora si realizzi in qualsiasi forma un accordo tra più soggetti per l’effettuazione di acquisti di partecipazioni, all’apparenza separatamente ma, in realtà, in modo coordinato, al fine di esercitare congiuntamente il controllo sulla società al termine dell’operazione, o a trasferire le partecipazioni al soggetto “capofila”, si è in presenza di un patto parasociale rilevante ai sensi dell’art. 122 TUF indipendentemente dalla realizzazione degli acquisti, ma non necessariamente è dato il reciproco, e cioè che la mera acquisizione di azioni seguita da un successivo accordo parasociale non necessariamente implica di per se sola che il patto sia stato stipulato fin dal momento dell’acquisto, dovendosi a tal fine individuare gli elementi che consentano di ritenere raggiunto l’accordo parasociale e riconducibile all’attuazione di esso l’acquisto stesso”; e che “un patto, anche nullo, esiste quando vi sia un accordo socialmente riconoscibile tra le parti su un rapporto patrimoniale, e ciò implica che l’elemento discrezionale è dato dalla percepibilità oggettiva della “vincolatività” dell’accordo per le parti, indipendentemente dalla giuridica validità e dalla stessa efficacia dell’obbligo”.

Quindi, nello specifico della contestazione, la Corte distrettuale così motiva: “in sostanza, secondo la stessa prospettazione Consob, non erano perfezionati alla data del 4.7.2005 non soltanto gli accordi relativi alla *governante* di BNL e al “*successivo esercizio anche congiunto di un’influenza dominante sulla banca stessa*”, ma neppure gli accordi prevedenti opzioni per



il trasferimento delle azioni acquistate da Carige a Unipol o l'obbligo della gestione concordata della partecipazione e neppure lo stesso accordo di non adesione all'OPS di BBVA; ma ciò necessariamente porta ad affermare che secondo i fatti come esposti da Consob a fondamento della contestazione (ri)formulata, l'impegno vincolante a tenere la partecipazione acquisita a disposizione del progetto di Unipol intervenne soltanto in data 18.7.2005, data in cui il patto venne reso pubblico, e ciò rende qualificabile come mera affermazione non sostenuta dagli stessi fatti indicati, l'affermazione dell'esistenza del concerto per l'acquisizione dell'influenza dominante in BNL".

Tale motivazione, specifica sui fatti controversi della violazione amministrativa contestata, è da ritenersi sufficiente, perché mirata agli aspetti qualificanti del vincolo contrattuale. Né è criticabile in questa sede di legittimità la non considerazione (o la considerazione in senso difforme dalle aspettative della parte ricorrente) di taluni elementi istruttori, essendo noto e fermo l'indirizzo di questa Corte in base al quale il disposto dell'art. 360, primo comma, n. 5), c.p.c. non conferisce alla Corte di cassazione il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico-formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione data dal giudice del merito al quale soltanto spetta individuare le fonti del proprio convincimento, e, in proposito, valutarne le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza e scegliere, tra le risultanze probatorie, quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione, senza che lo stesso giudice del merito incontri alcun limite al riguardo, salvo che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, non essendo peraltro tenuto a

11



vagliare ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive, dovendo ritenersi implicitamente disattesi tutti i rilievi e le circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, risultino logicamente incompatibili con la decisione adottata (così e per tutte, Cass. n. 9234/06).

4. - In conclusione il ricorso va respinto.

5. - Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza della parte ricorrente.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la parte ricorrente alle spese, che liquida in € 10.200,00, di cui 200,00 per esborsi, oltre spese forfetarie ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 3.2.2016.