

Civile Sent. Sez. 2 Num. 10726 Anno 2017

Presidente: PETITTI STEFANO

Relatore: ORILIA LORENZO

Data pubblicazione: 03/05/2017

SENTENZA

sul ricorso 12987-2015 proposto da:

BALDININI GIMMI, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLE FORNACI 38, presso lo studio dell'avvocato FABIO ALBERICI, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati ALFONSO CELLI, RENZO COSTI;

- *ricorrente* -

2017

contro

639

CONSOB - COMMISSIONE NAZ.PER LA SOCIETÀ E LA BORSA 80204250585, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA G.B. MARTINI, 3 C/O CONSOB, presso lo studio dell'avvocato GIULIA PATRIGNANI, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati SALVATORE PROVIDENTI,



GIANFRANCO RANDISI;

- **controricorrente** -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA,
depositate il 25/02/2015; (84 506/15);

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 07/03/2017 dal Consigliere Dott. LORENZO
ORILIA;

uditi gli Avvocati CELLI Alfonso, COSTI RENZO difensori
del ricorrente che hanno chiesto l'accoglimento del
ricorso;

uditi gli Avvocati PATRIGNANI Giulia, RANDISI
Gianfranco, difensori del resistente che hanno chiesto
il rigetto del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. PIERFELICE PRATIS che ha concluso per il
rigetto del ricorso.

9

2

RITENUTO IN FATTO

1 La Corte d'Appello di Bologna con decreto 25.2.2015 ha respinto l'opposizione proposta da Gimmi Baldinini avverso la delibera CONSOB n. 18576/2013 con la quale gli era stata irrogata, in qualità di legale rappresentante della omonima srl, la sanzione amministrativa pecuniaria di complessivi €. 60.000,00, per avere compiuto due operazioni su azioni consistenti, rispettivamente nell'acquisto di azioni e nella sottoscrizione di un patto con l'offerente avente ad oggetto il riacquisto dei titoli (operazione "put") senza darne la prescritta comunicazione prevista dagli artt. 103 comma 4 lett. b) del D.Lvo n. 58/1998 (T.U.F.) e 41 comma 2 lett. b) del Regolamento n. 11971/1999 (Regolamento Emittenti).

Per giungere a tale conclusione la Corte d'Appello, dopo aver premesso che la trattazione in pubblica udienza e l'audizione dell'interessato erano state disposte per conformarsi ai principi elaborati dalla CEDU, ha osservato:

- che l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di collegamento tra Baldinini e la MBFG non costituiva violazione del principio del contraddittorio da, ma solo una diversa qualificazione del fatto in sede di delibera, essendo rimasto inalterato il nucleo fattuale nei suoi elementi soggettivi e oggettivi;

- che nel caso di specie sussisteva un collegamento puro indiretto tra le società Baldinini e la società offerente che aveva determinato una influenza notevole di quest'ultima, con conseguente obbligo di informazione per il Baldinini.

2 Il Baldinini ricorre per cassazione contro il decreto sulla base di sette motivi a cui resiste la CONSOB con controricorso.

Le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 cpc.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1 Col primo motivo il ricorrente deduce violazione e/o falsa applicazione dell'art. 195 comma 2 DLgs n. 58/98 in relazione all'at. 111 Cost. e all'art. 360 comma 1 n. 3 cpc, dolendosi della mancata comunicazione del rapporto finale redatto dall'Ufficio Sanzioni Amministrative (U.S.A.), il che aveva comportato l'adozione della delibera senza possibilità di difesa.

Il motivo è infondato.

La questione non è nuova ed è stata risolta in senso sfavorevole alla tesi dell'odierno ricorrente dalla recente pronuncia di questa sezione n. 770/2017, a cui senz'altro si rinvia: in sostanza si è ribadito, nel solco della pronuncia delle sezioni unite n. 20935/2009, che in tale ipotesi non sussiste nessuna violazione del principio del contraddittorio, essendo sufficiente la previa contestazione dell'addebito e la valutazione delle eventuali controdeduzioni dell'interessato. La citata sentenza n. 770/2017 ha affrontato anche la compatibilità della normativa nazionale con i principi elaborati dalla CEDU secondo l'interpretazione delle sezioni ed ha concluso in senso positivo, rimarcando il dato essenziale rappresentato dalla possibilità di impugnare il provvedimento davanti ad un giudice indipendente e imparziale quale è, indubbiamente, la Corte d'Appello.

2-3 Col secondo motivo si denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 195 comma 7 DLgs n. 58/98 in relazione all'art. 111 Cost. e all'art. 6 par. 1 CEDU e 360 n. 3 cpc – Non manifesta incostituzionalità dell'art. 195 comma 7 D.Lvo n. 58/98: si censura l'avvenuto mutamento del rito, da camerale in pubblica udienza, rilevandosi che tale mutamento è consentito al giudice solo in caso di errore da parte del ricorrente nella scelta del rito.

Col terzo motivo si ripropone la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 195 comma 7 T.U.F. in relazione all'art. 117 Cost. e art. 6 par. 1 CEDU, disattesa dalla Corte d'Appello: osserva il ricorrente che il dettato della norma che impone la trattazione del procedimento in camera di consiglio è chiaro ed inequivoco e non passibile di alcuna interpretazione adeguatrice, pena lo svolgimento della stessa; di talchè –secondo il ricorrente – l'unica possibilità di adeguare l'art. 197 comma 7 T.U.F. alla disposizione sovraordinata dell'art. 6 par. 1 CEDU è quella della modifica della legge riservata al legislatore, ovvero della dichiarazione di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione alla citata norma CEDU.

Le due censure, ben suscettibili di esame unitario, sono inammissibili per difetto di interesse (art. 100 cpc).

Come ripetutamente affermato da questa Corte, l'interesse ad impugnare va apprezzato in relazione all'utilità concreta che deriva alla parte

4

dall'eventuale accoglimento dell'impugnazione stessa, non potendo esaurirsi in un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica, priva di riflessi pratici sulla decisione adottata (tra le tante, Sez. 2, Sentenza n. 15353 del 25/06/2010 Rv. 613939 - 01; Sez. L, Sentenza n. 13373 del 23/05/2008 Rv. 603196 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 11844 del 19/05/2006(Rv. 589392).

Nel caso di specie il ricorrente non chiarisce quale pregiudizio abbia subito in concreto da una decisione adottata dalla Corte d'Appello all'esito di una trattazione svoltasi in pubblica udienza (e non in sede camerale), cioè secondo un rito notoriamente caratterizzato da maggiori garanzie per l'interessato ed è perciò assolutamente irrilevante nel caso in esame anche la questione di illegittimità costituzionale oggi riproposta, proprio perché si appunta su una norma che prevede un rito nella specie non applicato.

4 Col quarto motivo il ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 cpc, 2359 comma 1 n. 1 cc e 93 comma 1 T.U.F. con riferimento all'affermazione della Corte d'Appello secondo cui il controllo interno di diritto sulla società Baldinini fosse esercitato dalla *Antichi Pellettieri srl (AP)* (e tramite essa dalla *Mariella Burani Family Group -MBFG*), circostanza invece esclusa dalla stessa Consob nella memoria di costituzione e in quella del 12.3.2015; rileva in ogni caso la violazione dell'art. 2359 comma 1 n. 1 cc con riferimento al concetto di società controllata, precisando che nel caso di specie la presunzione di controllo di cui all'art. 2359 cc risultava superata dallo Statuto societario che, all'art. 14, stabilisce una maggioranza qualificata per ogni tipo di decisione, rendendo così di fatto impossibile il controllo del socio di maggioranza della Baldinini (detentore del 60% della quota di partecipazione).

Il motivo è infondato sotto entrambi i profili in cui si articola.

Come più volte affermato da questa Corte, il mutamento dei termini della contestazione non è causa di illegittimità del provvedimento sanzionatorio qualora riguardi soltanto la qualificazione giuridica del fatto oggetto dell'accertamento, sulla base della quale l'ente irrogatore della sanzione ritenga di passare dalla contestazione di un illecito ad un altro, purché a

5

fondamento dell'addebito rettificato non sia posto alcun fatto nuovo; in questa ipotesi, infatti, non si verifica alcuna violazione del diritto di difesa, mantenendo il trasgressore la possibilità di contestare l'addebito in relazione all'unico fatto materiale accertato nel rispetto delle garanzie del contraddittorio (Sez. 2, Sentenza n. 4725 del 10/03/2016 Rv. 639147; Sez. 2, Sentenza n. 6638 del 20/03/2007 Rv. 596263; v. anche Sez. 2, Sentenza n. 9790 del 04/05/2011 Rv. 617642).

Ora, nel caso in esame, si è fuori dalla violazione denunciata perché il fatto storico originariamente contestato alla società (rappresentato dalle operazioni sui titoli e dalla mancanza di segnalazione alla Consob) è rimasto assolutamente invariato, e si è modificata solo l'individuazione del rapporto tra le società.

Quanto alla presunzione di controllo in capo al socio che dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea – che secondo la tesi del ricorrente integra una presunzione *iuris tantum* e risulta pertanto nel caso di specie superata dalla previsione statutaria in tema di maggioranze qualificate per le più importanti decisioni (articolo 14) - va osservato che l'art. 2359 cc (richiamato dall'art. 93 T.U.F.) considera società controllate "le società in cui un'altra società dispone della maggioranza di voti esercitabili nell'assemblea ordinaria" (v. art. cit. n. 1): trattasi dunque di una presunzione assoluta e quindi appare giuridicamente corretta la conclusione della Corte d'Appello che ha ritenuto ininfluyente, ai fini che interessano, la particolare previsione dello Statuto circa le maggioranze richieste. Lo sforzo interpretativo della difesa del ricorrente per escludere il controllo della *Antichi Pellettieri* (e quindi della emittente *MBFG*) è apprezzabile, ma si scontra inevitabilmente col chiaro disposto normativo.

5 Col quinto motivo il ricorrente denuncia ai sensi dell'art. 360 n. 3 cpc, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2359 comma 1 n. 2 cc, e 93 comma 1 T.U.F., 2729 e 2497 cc. con riferimento al ritenuto "controllo di fatto" della A.P. sulla società *Baldinini* desunto dalla Corte d'Appello da una serie di elementi (bilanci A.P. , comunicazioni ex art. 125 reg. emittenti, dichiarazione *Baldinini* del 2005 di "inizio controllo", menzione in apertura Bilancio 2008 della

Baldinini). A suo avviso, non ricorreva nessuno degli elementi per ritenere l'esistenza di un controllo interno e la Corte d'Appello ha violato anche il dettato dell'art. 2729 cc nel prendere in considerazione le circostanze in modo unitario e non atomistico. Contesta la ritenuta sussistenza di un rapporto di direzione –coordinamento.

Il motivo, così come articolato, è inammissibile perché, anche se formalmente rubricato sotto la violazione di norme di legge (art. 360 n. 3 cpc), si risolve in sostanza in una critica alla motivazione della Corte d'Appello, (definita "illogica") e alla valutazione di circostanze di fatto oggetto, a dire del ricorrente "di completo travisamento", cioè ad un vizio ormai non più denunciabile in cassazione per effetto della nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 cpc.

6 Col sesto motivo si denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2359 comma 3 cc, in relazione all'art. 195 comma 2 T.U.F.: secondo la tesi del ricorrente, la delibera Consob, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'Appello, doveva ritenersi nulla per avere ravvisato, rispetto al fatto contestato (esistenza di un "rapporto di controllo" tra la società Baldinini e la e l'emittente MBFG), un fatto diverso, cioè un "rapporto di collegamento" tra le due società, con conseguente violazione del principio del contraddittorio.

Il motivo è infondato: il nucleo della contestazione era il compimento di operazioni su titoli azionari senza dare comunicazioni alla Consob ed è rimasto invariato; si richiamano in proposto le stesse considerazioni esposte nella trattazione del quarto motivo alle quali, pertanto, si rinvia.

7 Col settimo ed ultimo motivo si denuncia infine violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2359 comma 3 cc: erroneamente la Corte d'Appello, per ritenere la sussistenza del collegamento societario, ha applicato la proprietà transitiva che invece opera per i casi di controllo, come si ricava dall'art. 2359 cc che prevede solo la figura del collegamento "diretto". Anche qualora non si dovesse escludere un'influenza notevole della *Antichi Pellettieri* sulla *Baldinini*, ciò non significa che questa notevole influenza possa essere attribuita anche alla controllante di quest'ultima, cioè la *MBFG*. Osserva in subordine il ricorrente che un collegamento indiretto potrebbe sussistere solo le ipotesi di

7

"influenza notevole" tramite società fiduciaria o tramite interposta persona e non già tramite società collegata o controllata.

Anche tale motivo è privo di fondamento.

Secondo la previsione dell'articolo 2359 terzo comma cc "sono collegate le società sulle quali un'altra società esercita una influenza notevole" L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentari".

Si considerano dunque collegate le società quando, reciprocamente o non, su ciascuna di esse l'altra esercita una influenza notevole. Il valore precettivo espresso dalla suddetta norma (che, peraltro, stabilisce una regola generale valida per tutte le società di capitali, ancorché essa si collochi nella disciplina della società per azioni), è, quindi, nel senso che il collegamento deve consistere in un rapporto intercorrente tra società o imprese, tale da giustificare la situazione della "influenza notevole" (v. Sez. 3, Sentenza n. 7554 del 2011 non massimata).

Sostiene il ricorrente che la tesi adottata dalla Corte d'Appello (esistenza di un collegamento indiretto puro) confligge col tenore letterale della norma, perché l'art. 2359 comma 2 prevede la natura diretta della relazione di collegamento.

Osserva il Collegio che è la tesi del ricorrente a non poter essere condivisa: la formula adottata dal legislatore nell'ultimo comma dell'articolo 2359 cc per definire il collegamento societario è molto ampia e si basa sulla sussistenza un unico elemento di fatto, l'influenza notevole dell'una sull'altra, a prescindere dalle concrete modalità in cui essa si manifesti.

Di conseguenza, è ben possibile che anche un collegamento del tipo di quello riscontrato dalla Corte d'Appello (collegamento effettuato da parte di una società tramite il controllo di diritto di una società a sua volta collegata di diritto ad altra) possa dar luogo a fenomeni di influenza notevole tra la prima e l'ultima società.

La previsione contenuta nei commi precedenti non è pertanto argomentato idoneo a suffragare la tesi del ricorrente.

§

E' stato affermato in giurisprudenza che il collegamento societario postula la sussistenza di particolari vincoli e rapporti negoziali tra i soggetti collegati, per cui è logico ritenere che l'accertamento della persistente esistenza di tali rapporti e dei comportamenti, nei quali il collegamento si realizza, costituisce una tipica *qaestio facti*, rimessa, come tale, all'apprezzamento del giudice del merito e sindacabile in sede di legittimità solo per aspetti di contraddizione interna all'iter logico formale della decisione ovvero per l'omesso esame di elementi determinanti (sez. 3, Sentenza n. 15879 del 2007 non massimata).

Nel caso in esame, come già detto, la Corte d'Appello ha riscontrato l'esistenza di un collegamento diretto in base al criterio dell'influenza notevole desumendola a sua volta dal "*controllo di diritto di una società che a sua volta è di diritto collegata e quindi esercita influenza notevole sull'altra*" ed ha fatto riferimento alle diverse disposizioni settoriali citate da Consob nella memoria del 12.3.2014.

Il problema si sposta allora sulla motivazione che la Corte di merito ha adottato per ravvisare l'influenza notevole, ma il vizio di motivazione non è stato dedotto, e non è comunque più neppure denunziabile in cassazione, in considerazione della nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 cpc.

Consegue il rigetto del ricorso con addebito di ulteriori spese.

Considerato infine che il ricorso per cassazione è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è stato rigettato, sussistono le condizioni per dare atto — ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato-Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1 - quater all'art. 13 del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 — della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

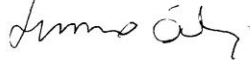
rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida in €. 6.200,00 di cui €. 200,00 per esborsi.

8)

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 - quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art.1,comma 17, della legge n. 228 del 2012, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 -bis dello stesso art. 13.

Roma, 7.3. 2017.

Il Cons. est.



Il Presidente



Il Funzionario Giudiziario
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Roma, 03 MAG. 2017