

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato in data 8 ottobre 1998, il signor Alessandro Russo citò la Costa Crociere s.p.a. davanti al Tribunale di Genova, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'inadempimento da parte della convenuta alle disposizioni dell'art. 4.1. del Regolamento del prestito obbligazionario Costa Crociere 6,75% 1994-2000, con warrant azioni di risparmio n.c.. Espose che la società aveva anticipato dal 30 novembre 1999 al 31 dicembre 1997 il termine ultimo per la conversione del warrant previsto dal regolamento, e che egli, titolare di 100.000 warrant azioni di risparmio, era stato costretto ad aderire suo malgrado all'OPA lanciata da Il Ponte s.p.a. a condizioni svantaggiose su tutti i warrant della Costa Crociere.

La convenuta resistette alla domanda, eccependo che l'anticipazione si era verificata per causa ad essa non imputabile.

Con sentenza non definitiva 12 aprile 2001, il tribunale accertò l'inadempimento della convenuta e la condannò al risarcimento del danno da liquidare in prosieguo di giudizio. Contro la sentenza la parte soccombente propose appello. Ricostruendo i fatti, osservò che, a seguito di OPA svoltasi nel 1997, Airtours PLC e Carnival Corporation,

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

le quali avevano acquisito anche l'intero capitale de Il Ponte, titolare di una consistente quota del capitale sociale di Costa Crociere s.p.a., erano giunte a detenere direttamente o indirettamente il 98,3% del capitale ordinario, il 93,3% del capitale di risparmio e il 46,8% dei warrant emessi. La riduzione del flottante residuo del capitale al di sotto del 10% aveva obbligato le due società, a norma dell'art. 10 comma 9 della legge n. 149 del 1992, a lanciare, attraverso la controllata Il Ponte, l'OPA residuale sulle azioni ordinarie, e secondo la prassi auspicata dalla CONSOB, esse avevano esteso l'offerta anche al flottante residuo delle azioni di risparmio n.c. e ai warrant su azioni di risparmio n.c. L'OPA residuale avrebbe comportato necessariamente la revoca della quotazione in borsa, e, con ciò l'impossibilità di emettere nuove azioni di risparmio, e, per i titolari di warrant su tali azioni, di esercitare il relativo diritto. Di ciò il consiglio di amministrazione della Costa Crociere, agendo in conformità delle indicazioni della CONSOB, e a soli fini di trasparenza dell'informazione, aveva dato notizia al pubblico con largo anticipo sull'OPA residuale. Non vi era stato dunque né inadempimento né negligenza, bensì impossibilità sopravvenuta.

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

Con sentenza 28 ottobre 2003, la Corte d'appello di Genova respinse il gravame. Premesso che le obbligazioni contrattuali in relazione all'esercizio del warrant non erano oggetto di contestazione, la corte respinse la tesi dell'impossibilità sopravvenuta. L'impegno di convertire i warrants entro la scadenza del termine originariamente fissato poteva essere mantenuto, dagli organi della Costa Crociere s.p.a., deliberando un aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione, che avrebbe ricostituito il flottante e consentito il mantenimento della quotazione in borsa. L'OPA residuale di cui all'art. 10, comma 9 della legge n. 149 del 1992, imposta dalla CONSOB con le relative conseguenze nei rapporti contrattuali con gli investitori, non costituiva una conseguenza obbligata della prima OPA, ma una conseguenza della scelta degli offerenti di non procedere al ripristino della condizione di diffusione minima dei titoli prescritta dalla legge. Il fatto del terzo, vale a dire dei nuovi soci offerenti, non poteva essere confuso con la condotta della stessa società appellante, che è soggetto giuridico distinto dai soci, i quali sono tenuti a subire la volontà espressa dai suoi organi sociali, sicché la società doveva rispondere del fatto di non aver deliberato, come pure avrebbe potuto, un

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

nuovo aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione.

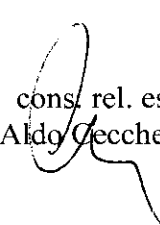
Per la cassazione della sentenza ricorre la Costa Crociere s.p.a., con atto notificato il 13 dicembre 2004, per due motivi.

Resiste il signor Russo con controricorso notificato il 19 gennaio 2005.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso si denuncia la violazione degli artt. 1256 e 1218 c.c. Ricordando come anche la controparte avesse riconosciuto che la società non aveva violato alcun precetto normativo decidendo di non ricostituire il flottante, si censura la sentenza impugnata nel capo in cui ha ritenuto la sussistenza di un inadempimento imputabile alla società ricorrente, la quale non avrebbe esperito tutte le possibilità utili ad impedire la verifica del danno in capo al Russo, e non avrebbe usato la diligenza per rimuovere l'ostacolo all'adempimento posto dal fatto del terzo. Nella vicenda la società aveva avuto un ruolo esclusivamente passivo, e l'intero meccanismo dell'OPA era riferibile esclusivamente ai soggetti offerenti e non alla società Costa Crociere. La revoca della quotazione in borsa, da parte della CONSOB, discendeva da norme di legge, rispetto alle quali la volontà della società era estranea, e il divieto di

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini



emissione di azioni di risparmio per le società non quotate era a sua volta stabilito dalla legge.

La questione sollevata dal motivo verte sulla corretta interpretazione dell'art. 1256 c.c., circa l'imputabilità al debitore dell'impossibilità sopravvenuta, costituita dal provvedimento dell'autorità. Si muove dalla qualificazione del divieto di emissione di azioni di risparmio - conseguente, per la società ricorrente, alla revoca della quotazione in borsa, a sua volta provocata dall'esecuzione dell'offerta pubblica di acquisto residuale - quale causa sopravvenuta d'impossibilità della prestazione promessa (conversione delle obbligazioni in azioni di risparmio). Sulla base di tale incontestata premessa, il dibattito processuale si è sviluppato, nei gradi di merito, sull'imputabilità alla stessa società emittente dei titoli della causa d'impossibilità sopravvenuta. A giudizio della corte genovese, l'imputabilità discende dalla possibilità, non utilizzata dalla società medesima, di deliberare l'emissione di azioni prive del diritto di opzione, in modo da riportare la frazione flottante del capitale sociale oltre la soglia del dieci per cento: questa operazione finanziaria, di segno contrario alla concentrazione delle azioni in corso, avrebbe evitato la revoca della quotazione in borsa.

Al riguardo, al fine di identificare con precisione, i termini della questione che si pone nel caso concreto, è opportuno premettere che nella fattispecie la causa

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

sopravvenuta, che rendeva impossibile la prestazione, è stata individuata pacificamente nella revoca della quotazione in borsa della società emittente; e tale fatto, conseguenza della verifica di presupposti indicati dalla legge, e formalmente consacrato da un provvedimento della CONSOB, era direttamente imputabile non ad un comportamento della stessa società, bensì al fatto del terzo, e precisamente all'operazione che aveva condotto due soci a detenere una quota del capitale sociale superiore al novanta per cento.

Si tratta dunque di stabilire se, essendo sopravvenuta all'emissione, da parte di una società quotata in borsa, di obbligazioni convertibili in azioni di risparmio una situazione nella quale l'ordinamento prescrive ai nuovi soci di controllo un'offerta pubblica di acquisto delle azioni residue, rientri nella diligenza della società debitrice l'obbligo di contrastare il fatto del terzo (offerta di acquisto), legittimo ma potenzialmente idoneo ad impedire la successiva emissione di azioni di risparmio; e di farlo con un'offerta di vendita al pubblico di azioni di nuova emissione.

Il criterio della decisione, in casi di questo tipo, nei quali si tratti di porre a confronto l'impossibilità della prestazione per fatto altrui e la colpa dell'obbligato, è stato ripetutamente indicato da questa corte nella prevedibilità. Si è deciso, infatti, che il contraente non potrebbe assumere, come causa di forza

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

maggiore, l'evento di cui era data la ragionevole prevedibilità all'atto della stipulazione del contratto (Cass. 23 febbraio 2000 n. 2059; 28 novembre 1998 n. 12093; 5 giugno 1976 n. 2046; 7 gennaio 1970 n. 44; 24 giugno 1968 n. 2105). Con riguardo a questo insegnamento, tuttora attuale, è solo da aggiungere che la prevedibilità è un elemento necessario del fatto, il cui accertamento è riservato al giudice di merito, e deve essere condotto con specifico e puntuale riferimento alla vicenda giudicata. Ne consegue che la prevedibilità di un'offerta pubblica di acquisto, con la successiva revoca della quotazione in borsa della società, già emittente delle obbligazioni convertibili in azioni di risparmio, non potrebbe essere argomentata dalla mera esistenza di norme di diritto che consentono quell'operazione. La ricognizione del quadro giuridico nel quale la vicenda contrattuale si è svolta, infatti, offre dati validi per la generalità dei soggetti, e opera su un piano distinto da quello dell'accertamento di fatto della prevedibilità dell'evento nel caso concreto. Deducendo l'obbligo (inadempito) della società debitrice dalle evenienze consentite dall'ordinamento giuridico, invece, si modificherebbe la stessa obbligazione di conversione pattuita, dandole un contenuto valevole in ogni caso di obbligazioni convertibili in azioni di risparmio (nel senso che l'obbligo di diligenza imposto dall'art. 1176 c.c. non è invocabile per identificare il contenuto di

un'obbligazione, che è determinato invece dalla fonte che lo costituisce, v. Cass. 13 febbraio 1998 n. 1560).

Sulla base di queste premesse il giudice di merito, avendo individuato la sopravvenuta causa d'impossibilità nel fatto del terzo il quale, raggiungendo il controllo totalitario della società, ne aveva provocato la cessazione della quotazione di borsa, non avrebbe potuto imputarla alla società debitrice, se non sul presupposto della sua concreta prevedibilità al momento dell'emissione del prestito obbligazionario. Questo accertamento, invece, è mancato, né risulta che il fatto (la concreta prevedibilità dell'offerta pubblica di acquisto) fosse stato allegato a fondamento della domanda. In tal modo resta assorbita la questione, che si sarebbe altrimenti posta per la verifica della portata degli obblighi contrattuali assunti dalla società emittente, dell'identificazione dell'interesse sociale che avrebbe dovuto giustificare, a norma dell'art. 2441 comma 5, c.c. (nel testo anteriore alla riforma del 2005), l'esclusione del diritto di opzione, con specifico riferimento ai soci di minoranza, a fronte del vantaggio dei nuovi soci di controllo, di evitare i costi aggiuntivi dell'offerta pubblica di acquisto.

Ritiene tuttavia il collegio che, pur all'interno dei limiti della censura di violazione dell'art. 1256 c.c., altre considerazioni, imposte dai termini stessi nei quali la vicenda è stata ricostruita nell'impugnata sentenza ed è sottoposta al collegio dal ricorso, s'impongano nella

fattispecie, circa il comportamento al quale si sarebbe dovuta conformare la società debitrice, per salvaguardare la prestazione promessa. Essendo questa costituita dall'emissione di azioni di risparmio, consentita esclusivamente alle società quotate, non può condividersi l'assunto che un aumento di capitale, diretto a riportare il flottante al di sopra della soglia del 10 per cento, fosse per la società debitrice un'azione idonea a salvaguardare la convertibilità dei titoli in precedenza emessi, e per ciò stesso obbligata. Così argomentando si trascura il fatto che nelle possibilità della società non vi è quella di aumentare il suo capitale, bensì soltanto di deliberare tale aumento (con esclusione del diritto di opzione); e che l'aumento stesso avviene a seguito della sottoscrizione delle nuove azioni da parte degli investitori (non soci), evento che sfugge al potere dispositivo della società. L'azione della società debitrice, dunque, non avrebbe avuto da sola l'efficacia supposta, di mantenere la quotazione in borsa della società, minacciata dai trasferimenti delle azioni e dalla loro concentrazione; con la conseguenza che la sua omissione non può essere posta in relazione causale con la revoca della quotazione di borsa, e, in modo peraltro mediato, con l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Deve ancora aggiungersi che la sottoscrizione di azioni ordinarie di nuova emissione, in una situazione nella quale

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

l'ordinamento impone ai nuovi soci di controllo un'offerta pubblica di acquisto residuale, si configura non già come esito normale, o almeno probabile dell'operazione, ma, al contrario, come inverosimile (in assenza di uno specifico contrario accertamento di fatto sul punto). L'imposizione dell'offerta pubblica di acquisto è giustificata, infatti, proprio dall'esigenza, fortemente avvertita dagli azionisti di minoranza, di liberarsi di partecipazioni che sul mercato sono gravemente penalizzate dalla situazione venutasi a creare; sicché è difficile ipotizzare che l'offerta di azioni di nuova emissione troverebbe dei sottoscrittori, inclini a porsi volontariamente nella situazione dalla quale i possessori delle residue azioni flottanti trovano difficoltà a liberarsi.

Le considerazioni di principio che precedono comportano l'accoglimento del motivo, e la cassazione della sentenza impugnata per violazione dell'art. 1256 c.c., rimanendo assorbito il secondo motivo. La causa, inoltre, può essere decisa nel merito, non richiedendosi a tal fine ulteriori indagini di fatto, per le ragioni qui di seguito esposte, attinenti alla titolarità stessa di un diritto al risarcimento del danno in capo all'attore, odierno resistente.

Trattandosi di decidere su una domanda di risarcimento del danno dell'obbligazionista, che agisce per l'inadempimento dell'obbligo di convertibilità assunto al momento del prestito, infatti, occorre preliminarmente

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

verificare la titolarità del diritto posto a fondamento dell'azione. Ora, l'attore ha accettato - com'è nelle premesse del presente giudizio - l'offerta pubblica di acquisto residuale delle obbligazioni di cui era titolare, fatta dai nuovi soci di controllo, ad un prezzo che non era quello, penalizzato, risultante dalle contrattazioni di mercato, bensì un prezzo indicato dalla CONSOB - sulla base di un'interpretazione estensiva, ispirata alla tutela degli obbligazionisti, dell'art. 10, comma nove della legge 12 febbraio 1992 n. 149, allora vigente - e da lui implicitamente ritenuto conveniente, e idoneo a soddisfarlo anche in relazione al connesso e inscindibile diritto alla conversione in azioni di risparmio.

A seguito dell'accettazione dell'offerta di acquisto, le obbligazioni convertibili in questione cedute ai nuovi soci non si sono estinte, essendo entrate nella titolarità e disponibilità dei cessionari, e continuano a regolare interamente i rapporti tra gli obbligazionisti (cessionari) e la società emittente. In tale situazione deve escludersi la configurabilità di ulteriori diritti dei cedenti nei confronti della società, ed a maggior ragione di crediti derivanti da inadempimento delle obbligazioni cedute, con riguardo alla loro convertibilità; diritti che, semmai configurabili, farebbero capo - anche come crediti di tipo risarcitorio - in ogni caso ai nuovi titolari. In altre parole, con la cessione delle obbligazioni convertibili, l'attore ha ceduto l'intera sua posizione contrattuale ad

Il cons. rel. est.
dr. Aldo Ceccherini

altri soggetti, e non ha titolo per agire nei confronti della debitrice ceduta. La domanda, pertanto, deve essere rigettata per difetto di titolarità dell'azione.

La novità delle questioni dibattute nel giudizio giustifica la compensazione delle spese processuali di tutti i gradi.

P. q. m.

La corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, e, decidendo nel merito, rigetta la domanda proposta in causa. Compensa le spese di tutti i gradi del giudizio tra le parti.

Così deciso a Roma, nella camera di consiglio della prima sezione della Corte suprema di cassazione, il giorno 24 marzo 2010.

Il Consigliere estensore

Aldo Ceccherini
Aldo Ceccherini

Il Presidente.

Corrado Carnevale

Depositato in Canc. Corte

7 MAR 2010

IL CANCELLIERE
Andrea Bianchi

CANCELLIERE
Andrea Bianchi

Il cons. rel. est.
dr. *Aldo Ceccherini*