

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA, sez. I, 16 luglio 2008 - Pres. Greco - Rel. Bazzo

CONSOB. In caso di acquisto di strumenti finanziari derivati non è ammissibile che la qualifica di operatore qualificato della società acquirente sia connessa alla sola dichiarazione per iscritto del legale rappresentante della medesima società senza che sia verificato il possesso da parte della clientela dei requisiti richiesti dall'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/98

(Omissis)

I motivi di opposizione si possono sintetizzare nei seguenti rilievi:

illegittimità del procedimento sanzionatorio, posto che, sebbene articolato in distinte fasi, con la nuova disciplina dell'art. 195 del Tuif, sia la funzione istruttoria che quella decisoria (in passato affidata al Ministero dell'Economia e delle Finanze) sono concentrate nella medesima autorità (Consob), derivandone un procedimento per sua natura viziato, essendo anzi prospettata la violazione degli artt. 97 e 3 (sotto il profilo della ragionevolezza) della Costituzione;

violazione del divieto di venire *contra factum proprium*, atteso che le autorità di controllo erano da anni a conoscenza delle attività di negoziazione in materia di derivati (svolte dalla Banca A fin dal 2003, e dalla collegata a Banca B a fine 1999);

violazione del termine perentorio di giorni 90 stabilito dall'art. 14, co. 2°, della l. n. 689/1981, essendo stata la relazione ispettiva della Banca d'Italia chiusa già in data 2.9.2005, giorno dal quale doveva decorrere il termine di legge;

perplexità tra gli atti del procedimento in merito al periodo oggetto dell'attività ispettiva, dapprima limitato al 1.3.2003 - 30.4.2005, ed invece esteso nelle lettere di contestazione fino al 21 luglio 2005;

violazione del disposto dell'art. 6 del Tuif, avendo la Consob disatteso il potere regolamentare attribuitole, per aver predisposto con l'art. 56 del regolamento meri principi o finalità, senza minimamente provvedere alla loro indispensabile specificazione;

indeterminatezza del precetto nonché violazione dei principi del giusto procedimento e di quello di legalità, in quanto se l'art. 190 del Tuif prevede l'irrogazione di sanzioni amministrative anche per l'inosservanza delle disposizioni normative, generali o particolari, emanate dalla Banca d'Italia o dalla Consob, ciò presuppone che l'autorità di riferimento integri le norme di base, determinandone la parte precettiva con specificazione dell'illecito, al fine di salvaguardare la *ratio* di certezza connaturata alla riserva di legge in tema di sanzioni, laddove l'art. 21, co. 1° lett. d) del testo unico non reca una disposizione immediatamente precettiva, così come anche l'art. 56 del regolamento Consob ha un contenuto del tutto vago, con l'effetto che nella fattispecie la valutazione della Consob era avvenuta in un'ottica (non *ex ante*) *ex post*,

contrassegnata da eventi esogeni, non ricollegabili al comportamento dell'intermediario;

eccesso di potere, in particolare per difetto del presupposto e per sviamento, avendo la Consob esercitato il potere sanzionatorio in mancanza di previo esercizio del potere regolamentare, avendo anzi usato il primo a scopi regolamentari (atteso che solo a fine 2006 aveva provveduto ad individuare e precisare il contenuto delle richieste, utilizzando i poteri di intervento di cui all'art. 7 del Tuif nell'ambito del procedimento sanzionatorio, e trascurando di valorizzare gli adempimenti subito posti in essere, giusta il verbale del consiglio di amministrazione del 22.1.2007), e - nella sostanza - in via sostitutiva e correttiva del mancato intervento nella sede propria della vigilanza regolamentare;

insussistenza delle specifiche contestazioni, formulate in assenza di qualsivoglia adeguato precetto, evidenziando che le operazioni sui derivati erano regolari, non essendovi alcuna norma che vieti di porre in essere contratti speculativi, né che imponga all'intermediario di verificare la correttezza e la corrispondenza al vero della dichiarazione resa dal cliente ai sensi dell'art. 31 del regolamento Consob, o di applicare discrezionalmente uno *spread*, essendo l'intermediario solo tenuto ad informare il cliente - nei rapporti qui in esame instaurati con operatori qualificati - non appena si sia verificata una perdita pari o superiore al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia;

infondatezza del rilievo sulle procedure aziendali seguite (per avere la Consob contestato l'adeguatezza delle stesse in mancanza di una verifica *ex ante* dell'effettiva idoneità dei prodotti a corrispondere alle esigenze dei clienti, la cui competenza ed esperienza non sarebbe stata individuata, ed in difetto di idonee giustificazioni quanto alle condizioni economiche applicate, per di più in assenza di una vigilanza sul servizio reso in *outsourcing* dalla Banca C), dovuto ad un'inesatta valutazione della vicenda e dei rapporti;

mancata valutazione dell'elemento soggettivo, in generale, e quanto alla colpa dei singoli esponenti, avendo la Consob affermato la responsabilità soltanto sulla base della carica ricoperta, senza nemmeno valorizzare la buona fede degli organi aziendali, dimostrata dalla pronta esecuzione delle indicazioni pervenute da Consob;

incensurabilità, in particolare, dell'operato di X, avendo questi ricoperto la carica di responsabile della direzione derivati solo in data 13.12.2004 (di tal che al 30.4.2005 non erano ancora decorsi i sei mesi di permanenza in carica che, per consolidata prassi della Consob, sono ritenuti necessari per l'irrogabilità di sanzioni);

assenza di responsabilità in capo a Y, non avendo essa avuto alcun ruolo nella "vicenda derivati", trattandosi di consigliere di amministrazione indipendente e senza deleghe, atteso che non è ammissibile una responsabilità sostanzialmente oggettiva correlata ad un generico dovere di vigilanza (con richiesta, in ogni caso, in via di estremo subordine, di una riduzione della sanzione relativa ai predetti coobbligati, e ciò avuto riguardo al principio di proporzionalità della sanzione).

Le doglianze di cui sopra sono infondate.

(*Omissis*)

Quanto alle censure relative alla "sostanza" delle condotte sanzionate, si osserva innanzi tutto che queste riguardano il periodo 1.3.2003 - 21.7.2005, come specificato nelle lettere di contestazione (dovendosi rigettare dunque la deduzione di perplessità sul punto espressa nell'opposizione), ed attengono alle ritenute carenze delle procedure

interne quanto alle operazioni su contratti derivati "Otc", in relazione a vari profili contestati: a) mancanza di adeguata procedura per individuare l'idoneità dei derivati alle esigenze del cliente, la procedura essendo soltanto diretta alla gestione del rischio "solvibilità" del cliente; b) mancanza di verifica sulla dichiarazione di "operatore qualificato" resa dal cliente, rilevante ai sensi dell'art. 31 del reg. Consob n. 11.522/98, onde assicurare l'effettiva esperienza e competenza dello stesso e dunque la comprensione della complessa struttura delle operazioni proposte; c) assenza di direttive per delimitare la discrezionalità degli operatori di altro istituto del medesimo gruppo, ossia Banca C, incaricata di predisporre i derivati, non essendo inoltre prevista la comunicazione di informazioni sul meccanismo di *pricing*; d) difetto di adeguata vigilanza sulle operazioni in esame concluse in forza del mandato conferito alla predetta Banca A, onde valutare nel continuo il servizio svolto direttamente da quest'ultima per i clienti. In ordine a tali addebiti a ben vedere le critiche dell'impugnante non si rivelano in grado di scalfire le inequivoche risultanze dell'atto di accertamento, e dunque gli specifici rilievi già in detto atto compiutamente formulati, risultando in definitiva condivisibili le obiezioni svolte dalla Consob circa l'inconsistenza delle critiche relative allo "stretto merito".

In particolare, passando all'esame delle condotte censurate, va evidenziato che, in effetti, non risulta documentata l'adozione di alcuno specifico accorgimento procedurale atto a verificare il possesso da parte della clientela dei requisiti richiesti dall'art. 31 del su citato regolamento, di tal che la veste di operatore qualificato era connessa - con ogni relativo effetto - alla sola dichiarazione per iscritto del legale rappresentante della società (soluzione di per sé non ammissibile, avuto riguardo alla già accennata sofisticazione dei prodotti finanziari negoziati, la cui gestione, nemmeno immune da profili di azzardo, doveva comportare ogni opportuno controllo preliminare sulla clientela). Inoltre, quanto alla procedura "semaforica" di controllo e di verifica del profilo del cliente, invocata dalla Banca A, la suddetta non appare adeguatamente preordinata alla necessaria tutela delle esigenze della clientela, comportando in concreto valutazioni dirette a porre in luce il "rischio cliente", ma soprattutto nell'ottica di tutelare la banca intermediaria, nel caso di difficoltà finanziarie del cliente stesso, più che al ben diverso fine - come invece imposto dagli obblighi di correttezza - di assicurare al medesimo un prodotto finanziario corrispondente alle di lui specifiche esigenze. Inoltre, dagli accordi tra Banca C e Banca A non emerge affatto che fosse stata prevista ed attuata una prassi improntata a trasparenza quanto alle modalità di calcolo degli "*spread*" (non comunicate al cliente); per di più, a carico della Banca A era soltanto prescritta la trasmissione alla Banca A degli estremi delle operazioni con i clienti, quanto ai contratti derivati distribuiti dalla prima, senza che fosse al contempo prevista una necessaria procedura di vigilanza sull'operato della mandataria, in merito alla gestione del rapporto, così da poter verificare - costantemente od almeno per campione - l'andamento del servizio *de quo*, alla stregua delle esigenze della clientela. Del resto, è emerso che solo a seguito dell'avvio del procedimento sfociato nell'irrogazione della sanzione qui impugnata, ed in particolare dopo la convocazione del Consiglio di amministrazione della Banca A, risultano in effetti adottate procedure aziendali migliorative, imposte sulla natura (di estremo rischio) degli strumenti finanziari in esame. Anche la critica relativa all'omessa valutazione dell'elemento soggettivo non ha alcun fondamento. Si osserva che, alla stregua del principio desumibile dall'art. 3 della l. n. 680/1981, la coscienza e volontà della condotta - nella

fattispecie omissiva - va senz'altro presunta, in difetto di prova di un'incolpevole ignoranza del dovere di intervenire da parte del soggetto cui la legge imponga l'obbligo relativo, quando il comportamento richiesto sia comunque desumibile alla stregua dei criteri di ordinaria diligenza (cfr. in generale, ex *plurimis*, Cass. Sez. Un. 6.10.1995 n. 10.508 e - nella presenta materia - il decreto 22.12.1998 di questa Corte, nonché Cass. 8.3.2001 n. 8343; 25.5.2001 n. 7143; 16.3.2004 n. 5304; 18.7.2005 n. 15.155). Nel caso di specie non è stata fornita alcuna prova contraria, essendo ovviamente prive di rilievo le iniziative assunte in corso di procedimento, a distanza di molto tempo dopo il periodo oggetto di contestazione. Quanto alle uniche due posizioni oggetto di una specifica trattazione, relativamente a X ed a Y, si osserva che le critiche non sono nemmeno esaminabili (come già osservato), stante l'inammissibilità dell'opposizione dei singoli esponenti aziendali. Peraltro, anche a voler valutare dette posizioni, nell'ambito della sanzione complessivamente determinata a carico della Banca A - ma solo per mera completezza di motivazione (ed a prescindere dal rilievo assorbente di cui sopra) - si osserva che X ebbe la responsabilità della direzione derivati fin dal 13.12.2004; con la conseguenza che, sia pure soltanto per l'ultimo periodo in contestazione, il predetto non può essere ritenuto estraneo alle deficienze accertate fino al 21 luglio 2005. Per quanto riguarda infine Y, consigliere di amministrazione, il di lei ruolo apicale non consente affatto di escludere la responsabilità propria degli amministratori per l'omessa vigilanza, risultando a tal riguardo irrilevante la modifica del testo dell'art. 2392 c. c. (giusta la recente novella entrata in vigore dall'1.1.2004, ossia a cavallo del periodo in esame), essendo soltanto più intenso il dovere di diligenza - siccome richiesto dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze - in caso di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto delegate, senza che assuma un rilievo scriminante l'assenza di specifiche deleghe (avuto riguardo ai compiti di vigilanza sull'andamento della gestione sociale istituzionalmente spettanti a ciascun componente del consiglio di amministrazione della società). Ciò premesso, in ogni caso non è condivisibile nemmeno l'assunto - come già detto di per sé irrilevante - circa la mancata ponderazione delle specifiche condotte e delle diverse attribuzioni in capo ai singoli, atteso che in concreto gli illeciti accertati appaiono adeguatamente apprezzati ai fini sanzionatori, nell'ambito della responsabilità propria dell'intermediario, come può desumersi dai puntuali criteri indicati a pag. 83 dell'atto di accertamento.

L'opposizione della Banca A va dunque respinta».