

**CORTE DI APPELLO DI TRENTO, SEZ. II, 5 MARZO 2009** - PRES. NUZZI – REL. PLATANIA – B. S.A.S (AVV. PANTEZZI) C. U.B.D.I. S.P.A. (AVV.TI DALMARTELLO, PEDINELLI)

**Disciplina degli intermediari – Servizi e attività di investimento – Svolgimento dei servizi e delle attività – Rapporti tra intermediari e speciali categorie di investitori – Operatori qualificati.**

(REGOLAMENTO CONSOB 1° LUGLIO 1998, N. 11522, ART. 31)

*La dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 da parte del legale rappresentante di una società non può essere autoreferenziale ma deve essere attestativa di esperienze che devono poi, da parte della banca, essere ragionevolmente valutate al fine di accertare che tali esperienze siano effettivamente in grado di far comprendere alla società la natura dei contratti che si vanno a stipulare.*

*(Omissis).*

Ciò posto, il punto effettivamente nodale della vicenda ruota intorno al valore da attribuire alla dichiarazione autoreferenziale effettuata dal B. quale legale rappresentante della società appellante.

La dichiarazione (contenuta nel contratto normativo datato Lavis 4 dicembre 2002) era del seguente tenore: “il cliente ... in persona del sottoscritto legale rappresentante dichiara di rientrare nella categoria degli operatori qualificati ai sensi dell'art. 31 secondo comma regolamento Consob ... essendo in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di contratti in strumenti finanziari con particolare riferimento ai contratti menzionati nel presente accordo normativo”.

Sull'idoneità della dichiarazione autoreferenziale, com'è noto, si sono formati in giurisprudenza due diversi orientamenti di merito (mancando un precedente della Cassazione), il primo dei quali (sostanzialmente facente capo alla giurisprudenza milanese, che, però, è meno monolitica di quel che si afferma) ritiene sostanzialmente sufficiente la mera dichiarazione della parte (ovviamente in relazione al regolamento Consob vigente all'epoca), mentre il secondo (per comodità di esposizione, riferibile ai tribunali piemontesi) ritiene non sufficiente l'autodichiarazione ai fini di escludere la normativa di garanzia prevista dalle norme del testo unico della finanza e del regolamento Consob.

In questo quadro giurisprudenziale è, però, intervenuta un'importante decisione della Corte d'appello di Venezia, sulla quale le parti sono state invitate a discutere già in sede di precisazione delle conclusioni da parte di questa Corte (ancorché ciò non emerga dal verbale dell'udienza) e che ha affrontato un tema differente da quello oggetto del presente giudizio ma che ha rilevanza indiretta ai fini di dare una corretta interpretazione della norma in questione.

In primo luogo si osserva che la posizione rigidamente formalistica seguita dalla Corte d'appello di Milano (la cui decisione risale all'ottobre 2007, ben prima, pertanto, dello scoppio "dell'emergenza derivati", circostanza che certamente ha avuto influenza sulla decisione della Corte milanese e che certamente avrà influenza sulle decisioni che verranno in futuro assunte dai giudici di merito e anche, non se ne dubita, dalla Corte di cassazione che verrà sicuramente chiamata a decidere anche la presente fattispecie, come è assolutamente logico) secondo cui "il tenore letterale della norma e la differente disciplina prevista per le persone fisiche e le società e persone giuridiche non rientranti nella prima categoria porta ad escludere che anche per queste ultime il possesso dei requisiti di operatore qualificato debba essere documentato" non è neppure completamente seguita dal Tribunale di Milano (il cui orientamento è pure invocato dalla banca) che, infatti, nella sentenza 15 ottobre 2008 (rinvenibile ne *ilcaso.it*, sez. I giurisprudenza, p. 1413) non condivide l'orientamento di quel giudice d'appello specificando in particolare che l'intermediario "in considerazione della rilevanza della dichiarazione prevista dall'ultima parte dell'art. 31, comma 2°. reg. Consob doveva informare la controparte del significato della dichiarazione e delle sue conseguenze; l'intermediario dunque, perché possa dirsi che abbia rispettato i doveri di cui all'art. 21 co. 1 lett. a) tuf, doveri di carattere generali validi anche quando la sua controparte è un operatore qualificato, doveva prima di raccogliere la dichiarazione di cui all'art. 31 co. 2 ultima parte avvertire la cliente persona giuridica o società del significato della dichiarazione e delle conseguenze che da essa ne derivano in termini di minore protezione quanto agli obblighi di informazione. È evidente poi che l'intermediario doveva, in quel primo contatto con la cliente, avere la ragionevole certezza che la sua controparte avesse compreso l'avvertimento e la comunicazione data. Una volta che l'intermediario, in termini di assoluta trasparenza e correttezza, avesse spiegato al cliente il significato, la portata della dichiarazione e la diminuzione di protezione che ne conseguiva (atteso che essa con la dichiarazione ammetteva di potere comprendere autonomamente la portata e i rischi delle operazioni finanziarie richieste all'intermediario) non era tenuto a verificare l'effettiva sussistenza della conoscenza ed esperienza dichiarata, sempreché non fosse del tutto evidente che la società o persona giuridica ignorava completamente il settore finanziario e quindi salvo sempre il dovere dell'intermediario di tenere conto della conoscenza effettiva che aveva della controparte".

Il lungo stralcio della sentenza del Tribunale di Milano è stato riportato al fine di dimostrare non solo che l'orientamento invocato dalla banca a sostegno della sua tesi è tutt'altro che monolitico ma soprattutto per evidenziare che esso è chiaramente in evoluzione anche (e forse soprattutto) in relazione all'emergenza di casi nei quali, in modo eclatante, le operazioni finanziarie più speculative sono state proposte a clienti che non erano in grado affatto di valutare la complessità dei contratti che pure venivano loro proposti.

Ciò posto, ritiene la Corte che la questione debba muovere da una corretta, obiettiva (e non funzionale a interessi settoriali) interpretazione del più volte richiamato art. 31 del regolamento Consob (all'epoca vigente) per il quale, come unanimemente ritenuto, si prevedevano tre diverse categorie di operatori qualificati: la prima composta da soggetti che professionalmente operavano nel settore finanziario; la seconda da persone fisiche che documentavano il possesso dei requisiti

di professionalità previsti per i soggetti che svolgono funzione di amministrazione; la terza composta dalle società e persone giuridiche (anche pubbliche) in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante.

Bisogna notare che la norma regolamentare non era ben costruita (come, invece, è l'odierno regolamento) perché non separava nettamente le tre categorie, avendo collocato dopo le persone fisiche (rientranti nella seconda categoria di soggetti), le fondazioni bancarie (certamente rientranti nella prima delle categorie prima indicate); tuttavia tale imprecisione "costruttiva" non sempre particolarmente significativa apparendo sufficientemente chiaro che la disposizione dell'art. 31 reg. Consob regolava tre, e solo tre, diverse categorie di operatori.

Alle tre categorie, come prima individuate, corrispondevano tre diversi livelli di protezione; per gli operatori finanziari (quelli più propriamente professionali) la norma regolamentare non predisponeva strumenti di tutela endogena; ciò era certamente logico poiché la garanzia era data proprio e soltanto dalla loro stessa natura. Eppure non è affatto privo di significato notare che tale categoria era prevista come composta da soggetti facilmente identificabili come "professionali"; si trattava, infatti, di soggetti "certificati" come professionali perché tutti iscritti a vario titolo in albi professionali o facilmente identificabili per avere strumenti finanziari quotati (intermediari autorizzati, società di gestione del risparmio, Sicav, fondi pensione, assicurazioni, società straniere omologabili ai soggetti prima indicati, società emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, società iscritte negli elenchi previsti dalla legge bancaria, fondazioni bancarie).

Il soggetto bancario che contrattava con tali soggetti non doveva far altro che constatare (in modo agevolissimo) l'appartenenza dei soggetti a una delle categorie professionali indicate.

Alla seconda categoria corrispondeva il più alto livello di protezione; le persone fisiche per potere essere considerate operatori qualificati dovevano "documentare il possesso dei requisiti di professionalità previsti per l'assunzione di funzioni di amministratore di società di intermediazione finanziaria"; in altre parole le persone fisiche dovevano fornire alle banche le prove del possesso dei requisiti indicati nel d.m. 11 novembre 1998 n. 468 e, quindi, fondamentalmente la maturazione di una esperienza complessiva di almeno un triennio attraverso l'esercizio di attività di amministrazione o di controllo presso imprese; attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo; attività d'insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche; svolgimento di funzioni amministrative o dirigenziali presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo.

Alla terza categoria (quella che più interessa la presente fattispecie) corrispondeva un livello intermedio di garanzia; non quello minimo degli operatori professionali; non quello massimo delle persone fisiche.

Il legislatore regolamentare aveva previsto, infatti, per le società e persone giuridiche, come per tutti gli altri operatori, il possesso di una specifica competenza, competenza che, non potendo essere desunta dall'iscrizione a particolari albi professionali (o per essere emittenti di strumenti finanziari in mercati regolamentati), doveva essere "dichiarata per iscritto dal legale rappresentante".

Se si accedesse alla tesi propugnata dalla banca (e dalla Corte di appello di Milano, ma non dal Tribunale di Milano, nei suoi più recenti pronunciamenti) per cui sarebbe bastata la sola generica dichiarazione della parte “di rientrare nella categoria degli operatori professionali” perché avente una “specificata competenza ed esperienza” (come si esprime, letteralmente, la dichiarazione del B., come prima riportata) si otterrebbe l’inaccettabile conseguenza che la categoria collocata a livello intermedio di protezione, come prima individuata, avrebbe goduto di una tutela addirittura inferiore a quella degli stessi operatori “tecnici” il cui possesso di esperienza era comprovato in via esterna e obiettiva dalla loro iscrizione in albi professionali tenuti da soggetti pubblici chiamati anche a verificare la sussistenza dei parametri di iscrizione, mentre per tali soggetti la qualifica sarebbe risultata solo da una mera dichiarazione autonoma.

In altre parole, accedendo alla tesi della banca sarebbe bastato per essi quell’autodichiarazione che non sarebbe stata sufficiente neppure per i soggetti “apertamente professionali” che erano considerati tali non perché così autodichiaratisi ma perché fondamentalmente le loro qualificazioni emergevano da tutto il complesso della loro attività tanto da essere tutti identificabili in base all’iscrizione in speciali albi (ovvero per essere emittenti di strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati).

È, però, vero che il livello di protezione delle società e delle persone giuridiche doveva essere inferiore rispetto a quella delle persone fisiche che dovevano “documentare il possesso dei requisiti per essere amministratori di sim”.

Nel senso indicato dalla norma, il documentare non era ovviamente fine a se stesso ma per provare, per consentire all’intermediario di effettuare valutazioni sui documenti proposti; e ciò significa che da un lato le persone fisiche dovevano produrre alle banche la documentazione comprovante il possesso dei requisiti e dall’altro le banche avevano l’obbligo di valutare che la documentazione loro fornita fosse idonea ad accertare l’idoneità astratta del loro cliente ad assumere le funzioni di amministratore di sim.

Il livello di protezione delle società si doveva collocare, quindi, a un livello intermedio: non era necessario che la parte documentasse, cioè provasse qualcosa, ma era necessario, però, che dichiarasse non la propria competenza (che costituisce il risultato finale del giudizio), ma le proprie esperienze in misura idonea a ritenere di essere in grado di comprendere la complessità dei contratti che si venivano a proporre in ragione della esperienza dichiarata.

La banca, quindi, non doveva accertare la veridicità del “*curriculum*” esposto dal cliente né preoccuparsi di acquisire la documentazione comprovante le dichiarazioni della parte; doveva, però, accertarsi che il cliente dichiarasse delle esperienze che la banca stessa avesse potuto assumere (con un giudizio di ragionevolezza) come sufficienti per comprendere la straordinaria complessità dei contratti che proponeva. Solo così, infatti, poteva essere interpretato il dato letterale della disposizione che considerava operatori qualificati “le società in possesso di una specifica competenza ed esperienza ... espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante”.

Si può evidentemente criticare il fatto che il legislatore abbia usato il singolare “dichiarata” con riferimento ai sostantivi femminili “competenza ed esperienza” dovendo semmai essere utilizzato il plurale femminile “dichiarate”; ma l’improprietà

linguistica è significativa proprio della volontà del legislatore di collegare la dichiarazione all'elencazione degli elementi da cui desumere "l'esperienza". Dichiarare l'esperienza significava indicare i fatti da cui poteva desumersi l'esperienza e non auto esprimere il risultato di un giudizio (tanto più se basato su fatti neppure dichiarati).

Si ribadisce ancora una volta che aderire alla tesi della difesa della banca significa puramente e semplicemente azzerare il livello di protezione di soggetti che nella scala prevista dal legislatore avevano, però, un grado di protezione intermedio.

Si tratta di una posizione espressamente fatta propria da una parte della giurisprudenza di merito, non solo Trib. Novara 18 gennaio 2007 (in *Società*, 2008, 755), ma anche e soprattutto dalla Corte d'appello di Venezia 16 luglio 2008 (in *Corr. mer.*, 2008, 1261 ss.) che ha deciso una questione differente rispetto a quella oggetto del presente giudizio, ma comunque assai rilevante.

Premesso che il tentativo di sminuire la portata dell'indicata decisione della Corte d'appello di Venezia proposta dalla difesa della banca in comparsa conclusionale appare, sia detto senza alcuna nota polemica, espressione più di un imbarazzo che di legittima non condivisione della statuizione, il vero significato della decisione della Corte d'appello sta tutta nel fatto che essa ha confermato la sanzione irrogata dalla Consob proprio all'istituto di credito oggi appellato in ragione della "mancanza di verifica sulla dichiarazione di operatore qualificato resa dal cliente, rilevante ai sensi dell'art. 31 reg. Consob onde assicurare l'effettiva esperienza e competenza dello stesso e dunque la comprensione della complessa struttura delle operazioni proposte".

Il fatto che non fossero state attuate procedure di verifica non è stato, dunque, considerato fonte di responsabilità sola da parte di qualche autorità giudiziaria di merito (ancorché ciò non sarebbe comunque irrilevante), ma dalla stessa Consob, ovvero esattamente dall'autorità che il regolamento in questione ha emanato.

Si può criticare la scelta del legislatore di affidare il giudizio sulle violazioni delle norme regolamentare allo stesso soggetto che le norme regolamentari emana, ma tale scelta (ancorché mitigata da normative dirette a tutelare l'indipendenza dei vari uffici interessati all'irrogazione delle sanzioni) è stata posta a tutela degli operatori finanziari e non certo a tutela dei soggetti che con gli operatori finanziari trattano; e ciò costituisce ulteriore motivo per valutare con attenzione la sanzione irrogata nella specie e le sue motivazioni.

La rilevanza della decisione (come la banca e la sua difesa hanno in realtà perfettamente compreso) sta, pertanto, nel fatto che essa smentisce in modo assoluto l'interpretazione del regolamento data dalla banca tanto da essere stata sanzionata dalla Consob (con deliberazione avallata dalla Corte d'appello chiamata a conoscere del controllo del procedimento sanzionatorio) la prassi di meramente recepire la dichiarazione stessa.

Anche la Consob nella sostanza ha fatto completamente propria la tesi che qui si propugna con forza e cioè che la dichiarazione non era autoreferenziale ma attestativa di esperienze che dovevano, poi, da parte della banca essere ragionevolmente valutate al fine di accertare che tali esperienze fossero effettivamente in grado di far comprendere alla società la natura dei contratti che si andavano a stipulare.

È facile sottolineare che la dichiarazione del B. (come sopra riportata nella sua interezza) non attestava alcuna esperienza; anzi esprimeva una valutazione giuridica

(la natura professionale) laddove, invece, la dichiarazione doveva avere per oggetto solo la comunicazione delle esperienze al fine di consentire alla banca di avere la certezza di avere a che fare con un soggetto professionale ai sensi e per gli effetti dell'art. 31.

Le considerazioni che precedono, che, se non ci si inganna, trovano fondamento in una rigorosa esegesi delle disposizioni di legge, determinano l'effetto che ai contratti si dovevano applicare le norme ordinarie e non quelle speciali previste per gli operatori professionali.

*(Omissis).*