



Civile Sent. Sez. 1 Num. 4114 Anno 2016

Presidente: FORTE FABRIZIO

Relatore: TERRUSI FRANCESCO

Data pubblicazione: 02/03/2016

SENTENZA

sul ricorso 5906-2011 proposto da:

UNICREDIT BANK AG SUCCURSALE DI MILANO, già BAYERISCHE
HYPO-UND VEREINSBANK AG (c.f./p.i. 09144100154), in
persona dei legali rappresentanti pro tempore, e RATI
ROBERTO (c.f. RTARRT66E14I138M), elettivamente
domiciliati in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 269,
presso l'avvocato ROMANO VACCARELLA, che li
rappresenta e difende unitamente agli avvocati ENRICO
ZATTONI, GUIDO MOTTI, ANTONIO SEGNI, FEDERICO
VERMICELLI, giusta procure in calce al ricorso;

2016

129

- **ricorrenti** -



contro

CONSOB - COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA (C.F. 80204250585), in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G.B. MARTINI 3, presso l'avvocato FABIO BIAGIANTI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati GIANFRANCO RANDISI, SALVATORE PROVIDENTI, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositato il 14/07/2010, n. 1103/09 v.6.;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/01/2016 dal Consigliere Dott. FRANCESCO TERRUSI;

uditi, per i ricorrenti, gli Avvocati R. VACCARELLA e A. SEGNI che hanno chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato G. RANDISI che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALBERTO CARDINO che ha concluso per l'accoglimento del quarto motivo.



5906-11

Svolgimento del processo

Unicredit Bank AG (*hinc* solo Ucb), già Bayerische Hypo-Und Vereinsbank AG, e il proprio funzionario Roberto Rati hanno proposto ricorso per cassazione avverso il decreto col quale la corte d'appello di Milano ha rigettato la loro opposizione nei riguardi della delibera della Consob n. 16969-09. Con tale delibera era stata applicata la sanzione di euro 100.000,00 a *latere* dell'operazione di quotazione in borsa di Aicon s.p.a., per esser mancata la rappresentazione, nel prospetto, delle informazioni relative ai rischi derivanti da carenze e criticità nel sistema di controllo di gestione della società, ancorché sussistenti alla data di pubblicazione del medesimo.

Per quanto ancora di interesse in questa sede, la corte d'appello ha rigettato (i) le eccezioni di illegittimità della delibera della Consob per violazione dell'art. 191 del T.u.f. e per errata applicazione del principio di personalità della sanzione; (ii) la doglianza afferente la valutazione dei fatti alla base della contestazione; (iii) la doglianza relativa alla insussistenza dell'elemento soggettivo.

I ricorrenti hanno articolato quattro motivi di censura, ai quali la Consob ha replicato con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato una memoria.



Motivi della decisione

I. - Col primo mezzo i ricorrenti deducono violazione e falsa applicazione dell'art. 5, 4° comma, del regolamento Consob n. 11971-99 (cd. reg. emittenti) in combinato disposto con l'art. 95, 1° comma, lett. a), del T.u.f., nonché carenza di motivazione sull'elemento oggettivo della violazione e sulla sussistenza dell'elemento soggettivo.

Premettono che la norma impone, in casi simili, allo sponsor, di formarsi, anche tramite verifiche condotte da società di revisione, il ragionevole convincimento dell'esistenza presso la società emittente di un sistema di controllo di gestione (s.c.g.) tale da consentire ai responsabili di disporre periodicamente e con tempestività di un quadro sufficientemente esaustivo delle situazione economica e finanziaria della società.

Poiché l'esistenza di un adeguato sistema di controllo di gestione non è un concetto matematico ma il frutto di una valutazione, si sostiene che la banca aveva giustappunto conformato il suo comportamento a quanto imposto dalla norma, essendosi rivolta a una società di revisione (PWC Advisory) che, dopo aver rilevato al dicembre 2006 l'inadeguatezza del sistema di controllo di Aicon, ma con indicazione di procedure migliorative da adottare, aveva poi, nel marzo 2007, dichiarato che i miglioramenti



conseguiti permettevano la realizzazione dell'obiettivo stabilito dalla norma.

I ricorrenti censurano quindi la corte d'appello per avere affermato sussistente la responsabilità della banca a fronte delle acquisite attestazioni della società di revisione.

II. - Il motivo è infondato.

Viene nella specie in considerazione il cd. prospetto di quotazione che l'emittente, prima della data stabilita per l'inizio delle negoziazioni in mercati regolamentati, deve pubblicare onde dar conto delle informazioni richieste dall'art. 94 del T.u.f.

Il prospetto di quotazione deve contenere le informazioni individuate in generale dalla legge e specificate dalla Consob (v. artt. 94, 95 e 113 T.u.f.).

La pubblicazione del prospetto rappresenta una condizione per il completamento della procedura di ammissione alla quotazione, giacché il prospetto (v. artt. 94 T.u.f. e 5 del reg. emittenti) costituisce uno strumento informativo essenziale in funzione di tutela degli investitori nella fase iniziale di offerta al pubblico.

La responsabilità per le false, oppure omesse, o comunque manchevoli informazioni del prospetto ricade sull'intermediario responsabile del collocamento.



Ucb, come si evince dalla decisione impugnata e come è esplicitamente confermato dall'attuale ricorso, aveva agito nella specie, rispetto ad Aicon s.p.a., come sponsor della quotazione e come responsabile del collocamento.

E' utile rammentare che lo sponsor è l'intermediario finanziario che, in base al Regolamento dei mercati organizzati gestiti da Borsa italiana s.p.a. (art. 2.3.4. della versione vigente *pro tempore*), ha il compito di collaborare con l'emittente nella procedura di ammissione degli strumenti finanziari ai fini del suo ordinato svolgimento.

In questa veste la banca doveva attestare, sulla base di verifica di *due diligence*, che la società della cui quotazione si stava trattando aveva istituito un sistema di controllo di gestione tale da consentire ai responsabili di disporre periodicamente e con tempestività di un quadro sufficientemente esaustivo della situazione economica e finanziaria della società medesima.

Poiché la verifica dell'istituzione di un adeguato sistema di controllo di gestione è attribuita, dal Regolamento dei mercati organizzati gestiti da Borsa italiana s.p.a., allo sponsor (v. ancora art. 2.3.4., lett. c), non rileva in senso liberatorio la circostanza



di essersi lo sponsor avvalso ai fini specifici - come consente la norma primaria - di una società di revisione o di altro soggetto qualificato.

Invero, diversamente da quanto sostenuto nel motivo, lo sponsor non può limitarsi a fare affidamento sulla valutazione mera della società di revisione, del cui operato comunque egli risponde ove il sistema di controllo di gestione si riveli infine inadeguato. Il che interessa soprattutto ove la valutazione della società di revisione risulti contraddistinta da elementi poco perspicui involti dalla stessa dinamica valutativa, per come effettuata nei singoli passaggi che l'hanno preceduta.

La corte d'appello, con apprezzamento congruamente motivato nel merito, ha giustappunto accertato questo fatto, a latere di distonie non giustificabili quanto alla valutazione rappresentata, essendo stati riscontrati nel sistema di controllo di gestione di Aicon s.p.a. profili di criticità praticamente persistenti per l'intero periodo antecedente la quotazione, dati per risolti in arco di pochi giorni e in verità ancora esistenti al momento di pubblicazione del prospetto.

L'apprezzamento della corte territoriale non è sindacabile in questa sede, posto che nella parte della censura relativa al vizio di motivazione non sono stati



specificati fatti decisivi in rapporto ai quali la motivazione avrebbe dovuto essere più compiutamente svolta. Né esso ~~non~~ trova, del resto, efficace obiezione in quanto sottolineato dai ricorrenti sull'incedere dei fatti di cui è causa.

effettivo.
/v

E' dal collegio condiviso il principio per cui, in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, il T.u.f. individua una serie di fattispecie a carattere ordinatorio, destinata a salvaguardare procedure e funzioni e incentrate su mere condotte considerate doverose. In questo senso il T.u.f. ancora il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, limitando l'indagine sull'elemento oggettivo dell'illecito all'accertamento della *suitas* della condotta inosservante, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dall'art. 3 l. 24 novembre 1981, n. 689, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza (cfr. benché con riferimento all'art. 190 del T.u.f., Sez. un. n. 20930-09).

f

III. - Tanto considerato, può osservarsi che i ricorrenti hanno ammesso sia che elementi di criticità del sistema



di controllo di gestione erano stati evidenziati in un documento di sintesi (memorandum) della società di revisione nel dicembre 2006, sia che i fattori di rischio erano ancora stati conservati nella bozza di prospetto informativo del gennaio 2007, sia e soprattutto che, dopo un successivo memorandum del marzo 2007, la società di revisione aveva attestato che il sistema di controllo di gestione di Aicon presentava margini di miglioramento ma ancora non consentiva ai responsabili di disporre periodicamente e con tempestività di un quadro sufficientemente esaustivo della situazione economica e finanziaria della società.

Era dunque loro onere fornire la prova dell'inesistenza di profili di colpa purchessia.

Viceversa l'eccepito avvio di pratiche di miglioramento volte alla implementazione del sistema di controllo di gestione, che la bozza di relazione aveva indicato *de relato* dagli amministratori, non osta alla logica inferenza della corte territoriale, giacché è fondato dedurre che simili circostanze comunque consentivano alla banca di percepire il sistema di controllo di gestione di Aicon come caratterizzato da fortissimi fattori di rischio appena pochi giorni prima della relazione finale ("senza rilievi") della società incaricata. E dunque consentivano al responsabile del collocamento di



percepire le anomalie del sistema, non giustificando un affidamento acritico sulla fondatezza del distinto giudizio infine al riguardo formulato.

IV. - Col secondo mezzo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, 4° comma, del regolamento Consob n. 11971-99 (cd. reg. emittenti) in combinato disposto con l'art. 95, 1° comma, lett. a), del T.u.f. relativamente all'obbligo di segnalazione dei fattori di rischio specifici nel prospetto informativo.

Censurano la decisione per aver violato i principi di legalità e di tassatività delle sanzioni amministrative, non esistendo norma di sorta che, individuando un sistema di controllo di gestione adeguato, imponga all'emittente, allo sponsor o al responsabile del collocamento, in caso di quotazione di un'impresa, di segnalare fattori di rischio non connotati da significatività specifica.

Il motivo è manifestamente infondato.

Non rileva il 4° comma^{di l'art. 5} del reg. emittenti, nella versione del 2004 rilevante in causa, giacché codesto riguarda la facoltà di riutilizzazione del prospetto ai fini di aggiornare le informazioni di quello già pubblicato.

Rileva invece il 3° comma della medesima norma, il quale stabilisce che il responsabile del collocamento attesta, mediante dichiarazione allegata alla comunicazione, che il prospetto informativo è redatto secondo gli schemi

effettuato.

W

f



allegati al regolamento n. 809/2004/CE e contiene le informazioni rilevanti ai fini dell'art. 94, 2° comma, del T.u.f. di cui sia venuto a conoscenza nel corso delle verifiche effettuate.

La norma regolamentare trova fondamento nei già visti artt. 94 e 95 del T.u.f.

La sanzione amministrativa viene a essere legittimata dall'art. 191 del T.u.f., attesa la riscontrata violazione dell'art. 94 del medesimo T.u.f. come integrato dalla indicata normativa regolamentare della Consob.

Ed è costante insegnamento di questa corte che il principio di tipicità e di riserva di legge fissato in materia delle sanzioni amministrative dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, impedisce che l'illecito amministrativo e la relativa sanzione siano introdotti direttamente da fonti normative secondarie, senza tuttavia escludere che i precetti della legge, sufficientemente individuati, siano eterointegrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare (v. per varie applicazioni, condivisibilmente, Sez. 2^a n. 13344-10; n. 9584-06. E v. pure Sez. 2^a n. 5243-11).



V. - Col terzo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del regolamento Consob n. 11971-99 (cd. reg. emittenti) in combinato disposto con l'art. 95, 1° comma, lett. a), del Tuf e carenza di motivazione sul profilo della gravità degli elementi critici posti al fondo della responsabilità della banca, non avendo la corte territoriale considerato il parere - prodotto in giudizio - nel quale l'esperto di parte (prof. Laghi) aveva affermato che il sistema di controllo di gestione di Aicon s.p.a. non era in verità connotato da significative criticità al tempo del deposito del prospetto.

Il motivo è inammissibile in quanto rivolto a sindacare il merito della decisione impugnata, oltre tutto in modo generico, senza cioè riportare il contenuto del parere richiamato e dunque violando il principio di autosufficienza.

La corte d'appello ha evidenziato con precisione le fonti di prova poste a base del convincimento espresso a proposito delle irrisolte criticità del sistema di controllo di gestione di Aicon s.p.a., con specifica menzione di quanto rilevato dalla società incaricata della revisione del bilancio e dell'esito delle audizioni poi eseguite dalla Consob. E in tal senso ha adempiuto

✓



all'onere di motivazione su di essa incombente quanto al presupposto della sanzione.

VI. - Col quarto mezzo i ricorrenti infine deducono la violazione degli artt. 23 e 27 cost. e degli artt. 1 e 3 della l. n. 689 del 1981, dell'art. 191, 2° comma, del T.u.f., in relazione all'art. 95, 1° comma, lett. a), in combinato disposto con l'art. 5 del regolamento emittenti e dell'art. 18, 1° comma, del medesimo T.u.f.

A loro dire, gli obblighi attestativi e la responsabilità per le informazioni false o manchevoli dovevano semmai gravare, in base alle norme evocate, sull'intermediario responsabile del collocamento, e dunque certamente non sul dr. Rati, mai nominato tale all'interno di Ucb.

La tesi è infondata.

Il criterio di imputazione della responsabilità, sotteso all'art. 191 del T.u.f., risulta individuato - quanto ai fatti soggetti all'odierno scrutinio - secondo il crisma della solidarietà. Esso riguarda sia la società (o l'ente) di appartenenza sia l'autore della violazione (art. 195, ult. comma, del T.u.f.).

La norma prevede, da un lato, che "la società e gli enti ai quali appartengono gli autori delle violazioni rispondono, in solido con questi, del pagamento della sanzione e delle spese di pubblicità previste dal secondo periodo del comma 3" e, dall'altro, che tali società o



enti "sono tenuti ad esercitare il diritto di regresso verso i responsabili".

La regola della solidarietà fra l'obbligazione gravante sull'autore materiale del fatto e quella posta a carico della persona giuridica - sancita dal d.lgs. n. 58 del 1998, art. 195, ult. comma - risulta coerente anche con la disciplina generale delle sanzioni amministrative, ed è semmai prevista in termini ancor più stringenti (v. Sez. un. n. 20930-09). Nel senso che pure l'art. 6, 2° comma, della l. n. 689 del 1981 stabilisce che "se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta". Ma la maggiore rigorosità della previsione in materia finanziaria risalta dal fatto che, a fronte dell'art. 6, 4° comma, della l. n. 689 del 1981, il T.u.f. sostituisce alla facoltà di azione in regresso un vero e proprio obbligo di azione, onde ottenere dall'autore dell'illecito il rimborso della somma pagata; e in tal modo pone un indice di specialità ancor più netto circa la simultanea irrogazione della sanzione a entrambi i soggetti responsabili.



A escludere il fondamento dell'attuale censura a proposito del criterio di imputazione della responsabilità è dunque sufficiente la sottolineatura che finanche nel ricorso Rati è detto esser stato il soggetto sottoscrittore la dichiarazione di responsabilità di cui al prospetto informativo. Non può quindi in alcun modo sostenersi che egli potesse risultare estraneo all'ambito applicativo (soggettivo) della sanzione irrogata (fermo che il pagamento di questa risulta infine esser stato chiesto alla sola Ucb).

VII. - Nella memoria depositata ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ. i ricorrenti hanno integrato, peraltro, la loro ultima deduzione eccependo la sopravvenuta non imputabilità del Rati in applicazione del principio del *favor rei*, considerata la modifica dell'art. 191 del T.U.f. mercé il d.lgs. n. 72 del 2015 e considerata altresì la necessità di conformare l'ordinamento interno a una nozione lata e autonoma della cd. "materia penale", in assonanza a quanto preteso dalla Cedu ai fini delle conseguenze sanzionatorie delle condotte qualificate come illecite dai singoli ordinamenti.

Per quanto dedotto solo in memoria, il collegio deve esaminare il profilo argomentativo suddetto nell'ottica del *ius superveniens*.

Anch'esso tuttavia è da disattendere.



VIII. - E' rilievo preliminare che la norma richiamata dai ricorrenti non possiede rilevanza applicativa nella presente causa, dal momento che il legislatore, con apposita disposizione transitoria (art. 6, 2° comma, del d.lgs. n. 72 del 2015), ha puntualizzato che le modifiche apportate alla parte V del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia secondo le rispettive competenze ai sensi dell'articolo 196-bis del d.lgs. detto.

Di contro alle violazioni commesse prima della data di entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia continuano ad applicarsi le norme della parte V del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, vigenti prima della data di entrata in vigore del citato d. lgs. n. 72 del 2015.

In tal senso, quindi, l'ambito applicativo della norma è dettato dal legislatore in termini opposti a quanto sostenuto dai ricorrenti.

L'attuale non applicabilità del nuovo quadro normativo è stata, in recenti decisioni di questa corte, messa al fondo di un'affermazione di non rilevanza - almeno attualmente - del principio del *favor rei* (v. Sez. 2^ n. 26131-15 e n. 26132-15), in quanto mancherebbe la



premessa per valutare la dedotta applicazione retroattiva *in mitius*.

Può osservarsi però che il dilemma al riguardo non trova luce nell'argomento speso, in quanto ai fini dell'applicazione del *favor rei* - per come eccepito di riflesso all'asserita natura "sostanzialmente penale" del provvedimento sanzionatorio - interessa il mero fatto dell'essere la *lex mitior* in vigore, a prescindere dalla contemporanea (magari diversa) disciplina dell'ambito di applicazione *ratione temporis*. Una cosa difatti è la vigenza della norma (in sé e per sé), altra cosa il suo ambito applicativo: la norma è sicuramente in vigore, ma si applica "alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob".

Il punto che osta a condividere la tesi dei ricorrenti è che il citato principio dell'applicazione immediata della legge più favorevole (cd. *favor rei*), per consolidata giurisprudenza, non si estende alla materia delle sanzioni amministrative, che risponde, invece, salvo distinta e specifica disposizione di legge, al principio *tempus regit actum* (v. Sez. un. n. 14374-12; n. 15314-10; n. 28159-08, in materia di sanzioni disciplinari rispettivamente a carico di avvocati e magistrati).

E a diversa conclusione non sembra potersi pervenire in base a quanto affermato dalla Corte europea dei diritti



dell'uomo (*hinc Cedu*) nella nota sentenza 4-3-2014 (causa Grande Stevens c. Italia), ripetutamente richiamata dalla difesa dei ricorrenti nel corso della discussione d'udienza.

La citata decisione ha trattato il tema del *ne bis in idem* e del diritto a un equo processo, assumendo che il sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato, così come realizzato dall' art. 185 del T.u.f., quanto alla fattispecie penale, e dall'art. 187-ter, quanto all'illecito amministrativo, potrebbe porre dubbi di coerenza rispetto ai predetti due fondamentali principi sanciti dalla Convenzione: il diritto ad un equo processo, art. 6 § 1, e il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto, art. 4 del Protocollo n. 7.

E' stato invero affermato che, dopo le sanzioni comminate dalla Consob, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il fondamentale principio del *ne bis in idem*, secondo cui non si può essere giudicati due volte per lo stesso fatto.

Sembra abbastanza evidente che ciò che costituisce ambito specifico di intervento della Corte europea è il riferimento alle regole del "giusto processo", da applicare anche al procedimento sanzionatorio che preveda conseguenze patrimoniali rilevanti; in tal limitato



senso, dunque, quel procedimento sanzionatorio è considerato suscettibile di rientrare in un concetto lato di "materia penale".

Il che tuttavia non può legittimare, di per sé, l'estensione in ogni campo dei principi propri della materia penale ai diversi principi invece propri della materia degli illeciti amministrativi.

La norma di diritto interno, su cui parte ricorrente vorrebbe far rifluire il principio penalistico di applicazione immediata, anche rispetto a fatti pregressi, di norme più favorevoli al reo, è l'art. 191 del T.u.f., ed è norma sostanziale contemplante un mero illecito amministrativo. Donde, in mancanza di espressa disposizione di legge, resta immune dai riflessi di principi dettati in materia di norme penali sostanziali, posto che un concetto della "natura penale" di una disposizione di diritto interno sarebbe esso in stridente relazione di incompatibilità col sistema costituzionale italiano, in cui la nozione di illecito penale è astretta dal criterio di legalità formale (art. 25 cost.).

In altre parole, i principi convenzionali declinati dalla citata sentenza Grande Stevens vanno considerati nell'ottica del giusto processo, ma non possono portare a ritenere sempre sostanzialmente penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno.



Ed è questo che vale a escludere la rilevanza di una ipotetica (e pur paventata dai ricorrenti) questione di legittimità costituzionale involta dallo strumento di cui all'art. 117 cost.

IX. - Deve poi aggiungersi che neppure è esatta la tranciante affermazione dei ricorrenti secondo cui, ai sensi del d. lgs. n. 72 del 2015, si sia avuta una vera e propria *abolitio* dell'illecito (amministrativo) contestato al dr. Rati.

Il d.lgs. n. 72 del 2015, dando attuazione alla direttiva 2013/36-UE, che ha modificato la direttiva 2002/87-CE e abrogato le direttive 2006/48-CE e 2006/49-CE, in ordine all'accesso all'attività degli enti creditizi e alla vigilanza prudenziale su tali enti e sulle imprese di investimento, ha contestualmente inserito nel corpo del T.u.f. l'art. 190-bis, il quale, richiamato nello stesso art. 191, comma 2-bis, ha in determinati presupposti mantenuto la possibilità di sanzionare anche le persone fisiche appartenenti alla società o all'ente, ove la loro condotta abbia inciso in modo rilevante provocando grave pregiudizio per *la* tutela degli investitori o per l'integrità e il corretto funzionamento del mercato.

Sicché, niente essendo dedotto dai ricorrenti onde escludere simile elemento, la tesi da essi sostenuta si

