

N. 10967/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00213/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 213 del 2018, proposto da Banco Bpm S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli e Duccio Maria Traina, elettivamente domiciliata in Roma, viale Maresciallo Pilsudski n. 118, presso lo studio dell'avv. Giuseppe Morbidelli;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Altroconsumo - Associazione di consumatori, Movimento difesa del cittadino, non costituiti in giudizio;

Codacons, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Rienzi e Gino Giuliano, elettivamente domiciliato in Roma, viale Giuseppe Mazzini n. 73, presso lo studio dell'avv. Carlo Rienzi;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Laura Musola, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Medugno, presso il cui studio in Roma, via Panama, 58, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento

della decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 30 ottobre 2017, con cui è stata accertata la pretesa violazione, da parte del Banco BPM, degli artt. 20 e 21, co. 1, lett. b), c), d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lett. t), del Codice del Consumo, ne è stata vietata l'ulteriore continuazione ed è stata irrogata al medesimo Banco BPM una sanzione amministrativa pecuniaria pari a complessivi 3.350.000,00 €, nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusa la nota di comunicazione della conclusione della fase istruttoria e la delibera AGCM 1.4.2015, n. 25411.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e di Codacons;

Visto l'atto di intervento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento indicato in epigrafe l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti anche Autorità o AGCM) ha ritenuto che una pratica commerciale posta in essere da Intermarket Diamond Business S.p.A., IDB Intermediazioni S.r.l., Banco BPM S.p.A. e altro istituto di credito - e consistita nella prospettazione omissiva e ingannevole ai consumatori di alcune caratteristiche dell'investimento in diamanti – costituisca una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lettere b), c) d) e f), 22, nonché 23, comma 1, lettera t), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ne ha vietato l'ulteriore diffusione e ha irrogato alla ricorrente la sanzione amministrativa pecuniaria di 3.350.000 euro.

Con il medesimo provvedimento l'Autorità ha ritenuto la ricorrenza di altra pratica commerciale scorretta, imputabile alle sole IDB e IDB Intermediazioni.

La pratica per la quale la ricorrente è stata sanzionata è stata ravvisata dall’Autorità nella diffusione di materiale promozionale, predisposto da IDB e reso disponibile anche attraverso il canale bancario cui si rivolgeva il consumatore interessato all’acquisto, in cui si rappresentavano in modo ingannevole ed omissivo: a) il prezzo di vendita dei diamanti, fissato in maniera autonoma dal professionista e tale da comprendere costi e margini di importo complessivamente superiore al valore della pietra, ma presentato come quotazione di mercato, l’andamento dei quali veniva pubblicato, a pagamento, su giornali economici, b) l’aspettativa di apprezzamento del valore futuro dei diamanti, attraverso grafici costruiti sull’andamento dei propri prezzi di vendita presentati come “quotazioni” e messe a confronto con indici ufficiali e quotazioni di titoli stabilite in mercati regolamentati, c) la facile liquidabilità e rivendibilità del diamante, quando invece l’unico canale di rivendita attraverso il quale avrebbero potuto essere realizzati i guadagni prospettati è rappresentato dagli stessi professionisti, d) la qualifica di leader di mercato, impiegata senza ulteriori precisazioni al fine di conferire un maggiore affidamento alla propria offerta.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

I – Violazione dell’art. 6 della CEDU, in relazione alla Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411 *“Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazione e clausole*

vessatorie” (pubblicato in G.U. del 23 aprile 2015, n. 94); Violazione del principio di imparzialità e della par condicio procedimentale; Violazione del giusto procedimento amministrativo sanzionatorio.

Il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato all’esito di un procedimento che, in contrasto ai principi di cui all’art. 6 CEDU, non garantisce la separazione tra organo inquirente e organo decidente, con conseguente violazione del diritto di difesa dell’incolpato e del principio del giusto procedimento sanzionatorio, applicabili anche agli illeciti anticoncorrenziali, di chiara natura penale.

II - Violazione dell’art. 27, comma 1 bis, del Codice del Consumo

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, avendo omesso di acquisire il parere della Banca d’Italia, avrebbe violato la prescrizione del codice del consumo secondo cui, nei settori regolati, va acquisito il parere dell’Autorità di regolazione competente.

L’acquisizione, diversamente da quanto si legge al § 38 del provvedimento impugnato, non avrebbe potuto essere omessa in considerazione del fatto che la Banca d’Italia ha definito l’attività di diamanti come “*connessa a quella bancaria*”, atteso che l’attività di vigilanza della banca non è strettamente limitata all’attività bancaria propriamente detta, estendendosi all’intera attività svolta nel settore regolato.

III - Violazione e falsa applicazione degli artt. 18, 19, 20, 21, comma 1, lettera b), c), d) e f), 22, 23, comma 1, lett. t), del codice consumo. Eccesso di potere per sviamento, illogicità manifesta, erronea individuazione dei

“*professionisti*” cui sono imputabili le pratiche commerciali scorrette contestate.

Il provvedimento impugnato avrebbe erroneamente ritenuto l'imputabilità al Banco BPM delle pratiche commerciali poste in essere da IDB e IDB Intermediazioni, essendosi il Banco limitato, in virtù del rapporto contrattuale in essere, a fare da segnalatore dei clienti interessati, ciò che non potrebbe integrare una forma di concorrenza nella promozione del medesimo prodotto.

Neppure sarebbe configurabile una responsabilità, assimilabile alla c.d. responsabilità editoriale, intesa come obbligo di controllare i contenuti del prodotto offerto e la correttezza del messaggio pubblicitario diffuso, atteso che il Banco è rimasto estraneo all'ideazione e alla predisposizione delle pratiche ed è del pari rimasto estraneo al rapporto contrattuale tra IDB e il cliente.

L'Autorità avrebbe dunque confuso l'attività di mera segnalazione con una vera e propria attività promozionale.

L'estraneità del Banco alle pratiche commerciali contestate si ricaverebbe chiaramente dal contenuto dell'accordo di collaborazione stipulato con IDB e dal modulo d'acquisto (o modulo d'ordine) predisposto da IDB, dalla normativa interna del Banco BPM che regolava il comportamento dei funzionari a contatto con la clientela, la quale espressamente vietava qualsiasi attività promozionale diretta da parte delle banche del gruppo

nell'attività di vendita dei diamanti di investimento e, infine, dal contenuto della brochure informativa redatta da IDB.

Contro tali dati testuali non varrebbero le dichiarazioni, di segno opposto, dei consumatori, mossi dalla convenienza di far valere una responsabilità degli istituti bancari, né le dichiarazione della stessa IDB, secondo cui gli istituti bancari avrebbero costituito il principale canale di vendita dei diamanti, atteso che tale dato non implicherebbe una partecipazione alla pratica commerciale.

Le dichiarazioni dei clienti, poi, sarebbero state assunte in assenza di contraddittorio con l'istituto bancario.

L'intrinseca inverosimiglianza della tesi secondo cui il Banco avrebbe posto in essere un'attività di vendita, infine, emergerebbe dal fatto che lo stesso aveva un interesse opposto a quello della collocazione dei diamanti, che gli sottraeva, in realtà, clienti e capitali.

Né l'interesse potrebbe essere desunto dall'esistenza di un vantaggio economico, atteso che non di corrispettivo si tratterebbe, ma di indennizzo.

Da ultimo la ricorrente evidenzia che i contratti venivano firmati tra il cliente e IDB e che la banca non si obbligava a fornire servizi accessori.

IV - Violazione e falsa applicazione degli artt. 12 e 14 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, dell'art. 27, comma 11, del codice del consumo e degli artt. 6 e 16 del relativo Regolamento per difetto di istruttoria e mancato ed incompleto esercizio dei poteri di indagine finalizzati alla corretta

individuazione e ricostruzione dei soggetti operanti nel mercato di riferimento e delle pratiche scorrette. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241 per difetto di attività istruttoria e motivazione parziale ed erronea adottata a seguito di un'attività istruttoria incompleta. Violazione e falsa applicazione degli artt. 18, 19, 20, 21, comma 1, lett. b), c), d), e f), 22 e 23 del codice del consumo per erronea individuazione della fattispecie rilevante ed omessa considerazione di circostanze fattuali idonee ad escludere l'applicazione delle stesse disposizioni. Erronea individuazione ed istruttoria in tema di delimitazione e comprensione dell'effettivo mercato di riferimento e relativi soggetti coinvolti.

Le pratiche commerciali poste in essere da IDB, e imputate al Banco a titolo di “*corresponsabilità*”, sarebbero prive dei ritenuti profili di scorrettezza, la cui ricorrenza sarebbe stata affermata sulla base di un'attività istruttoria parziale ed erronea, le cui risultanze sarebbero state esposte a mezzo di una motivazione insufficiente.

5 Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 della l. 24 novembre 1981 n. 689 in tema di determinazione dell'importo delle sanzioni amministrative. Violazione e falsa applicazione dell'art. 27, comma 9, del codice del consumo. Eccesso di potere per difetto di proporzionalità, travisamento dei fatti, disparità di trattamento e ingiustizia manifesta.

L'Autorità avrebbe errato nella determinazione della sanzione, irragionevole, non proporzionale e manifestamente ingiusta, di molto superiore a quella inflitta a IDB e IDB Intermediazioni.

Oltre che l'esistenza stessa dell'addebitabilità alla ricorrente di profili di responsabilità o, quantomeno la marginalità della stessa, sarebbero state mal apprezzate la gravità e la durata della condotta, essendosi l'Autorità limitata a parametrare la sanzione alla dimensione del professionista.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il Codacons, costituiti in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

La signora Laura Musola è intervenuta ad opponendum.

All'udienza del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Con il primo motivo di doglianza la ricorrente ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento gravato in ragione dell'assenza di distinzione, nell'ambito del procedimento antitrust, tra funzioni istruttorie e decisorie.

La doglianza va respinta.

In proposito è sufficiente richiamare quanto già affermato dalla giurisprudenza circa le garanzie procedurali connesse all'applicazione di sanzioni amministrative di natura afflittiva, ove si è osservato come, pur ricorrendo, in tali ipotesi, l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, occorre distinguere, all'interno della più ampia categoria di "*accusa penale*", tra un

diritto penale in senso stretto (“*hard core of criminal law*”) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale.

Al di fuori del c.d. *hard core*, l’art. 6, par. 1, della Convenzione è rispettato in presenza di “*sanzioni penali*” imposte in prima istanza da un organo amministrativo - anche a conclusione di una procedura priva di carattere quasi giudiziale o quasi-judicial, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio - purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinnanzi ad un giudice munito di poteri di “*piena giurisdizione*”, con la conseguenza che le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente in sede giurisdizionale; ciò che è puntualmente avvenuto nel caso in esame (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164, nello stesso senso Tar Lazio n. 09065/2017, Tar Lazio n. 02668/2016).

Da ultimo, il Collegio osserva come la pendenza di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo avverso una delle sentenze che ha affermato i principi sopra esposti, rappresentata dalla ricorrente nella memoria depositata il 5 ottobre 2019, non integra ragione di sospensione ai sensi dell’art. 295 c.p.c.

La norma invocata, infatti, trova applicazione solo quando il giudice del medesimo processo o altro giudice deve risolvere una controversia “*dalla cui definizione dipende la decisione della causa*”.

Con il secondo motivo di doglianza la ricorrente lamenta la violazione dell’art. 27, comma 1 bis, del Codice del Consumo per non essere stato

acquisito il parere della Banca d'Italia, Autorità di regolazione competente nel caso di specie.

La prospettazione non può essere condivisa.

La norma invocata dispone che *“Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta.”*.

Nel caso in esame, l'attività oggetto di sanzione, definita dalla stessa Banca d'Italia in un parere del 2010 come meramente *“connessa”* all'attività bancaria, non rientra nell'ambito di regolamentazione della stessa.

Si tratta, infatti, di attività estranea al settore creditizio o finanziario, che solo in via occasionale viene svolta dagli istituti di credito.

Trova dunque applicazione nel caso in esame l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il coinvolgimento dell'Autorità di regolazione è necessario solo quando, diversamente da quanto accade nel caso in esame, la fattispecie sulla quale AGCM interviene, in applicazione della disciplina a tutela del consumatore di cui al Codice del Consumo, insista o coinvolga il settore bancario in senso proprio (cfr., Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 12082, e 17 maggio 2016, n. 5809).

Con il terzo motivo di doglianza BBPM contesta l'imputabilità ad essa ricorrente della pratica commerciale sanzionata, essendo, a tal fine, inidonee le dichiarazioni di IDB (che ha dichiarato che quello bancario era il principale canale di vendita dei diamanti da investimento), la previsione di un ritorno economico (individuato dall'Autorità in un corrispettivo parametrato al volume di vendita e nel vantaggio conseguente alla fidelizzazione dei clienti) e l'attività di mera segnalazione prestata dai funzionari della banche.

La prospettazione non può essere condivisa, avendo l'Autorità ben ricostruito i fatti ed esercitato, in maniera logica e congruente, la valutazione discrezionale di ingannevolezza della pratica.

Il provvedimento, infatti, ai paragrafi 101 e ss., evidenzia come, in forza dell'accordo di collaborazione sottoscritto tra IDB e BBPM, la banca fosse tenuta a mettere a disposizione dei clienti, nei propri locali, il materiale divulgativo predisposto da IDB, provvedendo anche i funzionari dell'istituto a inoltrare alla IDB le disposizioni di acquisto sottoscritte dall'acquirente, previa informativa resa, dai medesimi funzionari, in ordine all'esatto ammontare dell'operazione.

La delibera rappresenta inoltre come, per l'attività svolta, la banca conseguiva una provvigione pari ad una percentuale dell'operazione conclusa (tra il 10% e il 20%, ben lontana dalla misura di un ipotetico "indennizzò") e come la stessa si prefiggesse, a mezzo dell'accordo con IDB, di conseguire un aumento delle vendite di servizi bancari aggiuntivi

(quali la custodia in cassette di sicurezza) e un effetto di fidelizzazione del cliente.

Il provvedimento, anche alla luce del contenuto delle linee guida operative ad uso interno dei dipendenti della banca e di circolari interne vigenti fino al 28 dicembre 2016, analizzate ai paragrafi 108 e seguenti, rileva poi come fosse espressamente previsto che alla raccolta della proposta di acquisto era deputato un c.d. “*referente investment*” e come pure fosse descritto nel dettaglio il processo da seguire nel “*proporre*” l’investimento in diamanti e nell’ “*assistere*” il cliente nell’eventuale acquisto.

Già tali evidenze dimostrano come l’attività di “*segnalazione*” di BBPM, al di là della sua formale definizione, comportasse un ruolo attivo nella dinamica contrattuale complessiva in cui il consumatore era coinvolto.

Il ruolo attivo della ricorrente è poi confermato dai reclami dei clienti e dalle segnalazioni delle associazioni, tali, nel loro complesso, da giustificare la conclusione, rassegnata nei paragrafi 179 e seguenti, secondo cui la pratica commerciale sanzionata “*si è realizzata ed è stata favorita proprio dal canale di vendita di cui la società si è avvalsa, costituito dalla rete bancaria*” e che il quadro probatorio complessivamente raccolto faceva emergere il fatto che “*i funzionari bancari ai quali normalmente i clienti si rivolgevano per la consulenza sui propri investimenti proponevano alla propria clientela ... l’acquisto dei diamanti come forma di investimento alternativa*”.

La logica linearità della ricostruzione e il suo essere supportata da puntuali riscontri probatori non viene dunque scalfita, come sostenuto dalla

ricorrente, dall'atomistico riferimento ad alcune clausole contrattuali o circolari interne che escludevano, formalmente, lo svolgimento, da parte della banca, di un'attività promozionale.

Al fine di valutare la ricorrenza di una “*pratica commerciale scorretta*”, infatti, le espressioni contenute nelle singole clausole vanno valutate alla luce del complesso degli accordi negoziali esistenti e, ancor di più, della pratica attuazione degli stessi.

Sotto tale profilo appare di estremo rilievo il contenuto dei numerosi reclami, nei quali, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, appare chiara l'attività di promozione e consiglio svolta dai funzionari della ricorrente (cfr. paragrafo 137 e documenti da questo richiamati, che riportano il contenuto di segnalazioni pervenute all'Autorità, dalle quali emerge che alcuni consumatori hanno riferito di essere stati “*indotti*” dai funzionari all'acquisto di diamanti, previo disinvestimento di parte delle proprie attività e, ancora i paragrafi 138 e seguenti, che riportano il contenuto di reclami indirizzati alla banca e riferiscono di un'attività promozionale particolarmente intensa e insistente dei funzionari della banca per convincere i clienti all'acquisto dei diamanti IDB).

Si tratta di documenti di inequivoca valenza probatoria e intrinseca credibilità, la cui rilevanza non può essere elisa dal fatto di non essere stati gli stessi assunti in contraddittorio, tanto più che la maggior parte dei reclami era indirizzata alla banca stessa che non è stata in grado di smentirne efficacemente il contenuto, essendosi essa limitata, come pure

riferito in ricorso, a indicare nelle risposte come IDB fosse l'unico soggetto responsabile.

La genuinità del contenuto dei reclami non viene poi meno alla luce della pretestuosa spiegazione che ha inteso darne la ricorrente (secondo cui le proteste sarebbero state finalizzate, prima ancora dell'inizio del procedimento antitrust, alla predisposizione di una ragione risarcitoria autonoma e aggiuntiva rispetto a quella da azionare nei confronti della società che curava la commercializzazione), che presuppone nei clienti della banca una particolarmente avveduta competenza giuridica, in concreto non sussistente.

La responsabilità della ricorrente per i fatti oggetto del provvedimento risulta poi puntualmente correlata anche al significativo ritorno economico da questa conseguito a seguito dell'attività di promozione dei diamanti di investimento (i cui importi ammontano, giusta quanto riferito nel paragrafo 112, a oltre 100 milioni di euro nel periodo 2011 – 2016), nonché al, dichiaratamente perseguito, effetto di vendita di servizi bancari di custodia e di fidelizzazione della clientela, che aveva la sensazione di avere a disposizione un più ampio servizio consulenziale in materia di investimenti (sulla rilevanza del ritorno economico del professionista al fine di fondare la sua responsabilità per pratica commerciale scorretta, a prescindere dalla estraneità del prodotto offerto rispetto alla gamma tipica di servizi forniti cfr, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1820).

La ricorrente, peraltro, non ha mai quantificato le pretese minori entrate che avrebbe comportato l'attività promozionale svolta.

Non vanno infine dimenticate le indicazioni di IDB, anche esse affidabili e credibili, attesa la valenza potenzialmente autoaccusatoria, che ha dichiarato come la maggior parte dei contratti venisse conclusa tramite il canale bancario.

In relazione al fondamento della responsabilità della banca appare utile ricordare come il Codice del consumo, all'art. 2, comma 2, lett. c), prevede il diritto dei consumatori ad essere correttamente informati, stabilendo espressamente che essi hanno diritto ad *“un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”* ed ancora, alla lettera e), *“alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali”*, specificando, all'art. 5, comma 3, che *“le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”*.

Conclusivamente sul punto, il Collegio ritiene di richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la nozione di *“professionista”* rinveniente dal *“Codice del consumo”* deve essere intesa in senso ampio, essendo sufficiente che la condotta venga posta in essere nel quadro di una attività di impresa finalizzata alla promozione e/o commercializzazione di un prodotto o servizio. In tal senso, integra la nozione di professionista autore (o co-autore) della pratica

commerciale *“chiunque abbia una oggettiva cointeressenza diretta ed immediata alla realizzazione della pratica commerciale medesima”* (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2017, nn. 311 e 312, 7 aprile 2015, n. 5039; 5 gennaio 2015, n. 41; 25 marzo 2015, n. 4579).

Ne discende che, ai fini dell'imputabilità dell'illecito ai sensi del Codice del Consumo, ciò che rileva è che il professionista abbia con il suo contegno contribuito, in qualità di co-autore, alla realizzazione dell'illecito, non solo ove il suo contributo abbia avuto efficacia causale, ponendosi come condizione indefettibile alla realizzazione della violazione, ma anche allorquando il contributo abbia sostanziato una agevolazione dell'altrui condotta, traendone un diretto vantaggio economico, pur se il professionista non abbia direttamente interagito con il consumatore (Consiglio di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763).

La doglianza va pure respinta nella parte in cui BBPM sostiene la non addebitabilità ad essa ricorrente della pratica commerciale, per essere la banca priva del potere - dovere di verificare il materiale pubblicitario predisposto da IDB, che peraltro i suoi funzionari si limitavano a consegnare.

In proposito appare opportuno, in via preliminare, ricordare come la disciplina di tutela consumeristica, nel presupporre l'attribuibilità psicologica del fatto al soggetto, non postula necessariamente la presenza del dolo (specifico o generico), sicché la configurabilità della fattispecie prescinde dalla sussistenza di un elemento volitivo costituito dal

preordinato proposito di porre in essere una condotta antiggiuridica, dimostrandosi, per l'effetto, sufficiente la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, vale a dire di un difetto di diligenza rilevabile dal complessivo atteggiarsi del comportamento posto in essere dall'operatore commerciale; cosicché non è affatto richiesto che l'imprenditore abbia volontariamente posto in essere una condotta illecita, ma è sufficiente che, pur sussistendo le obiettive condizioni per scongiurarne il verificarsi, quest'ultimo abbia ommesso di modellare il proprio comportamento ai canoni dell'ordinaria diligenza (cfr., da ultimo, Tar Lazio Roma, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 61).

Per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, nelle sanzioni amministrative è necessaria e sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, giacché la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1897; Tar Lazio, sez. I, 22 ottobre 2015, n. 12081; 18 aprile 2012, n. 3503).

Nel caso in esame la ricorrente stessa ammette di non aver operato alcuna verifica sul contenuto dell'offerta, comportamento questo che sicuramente non risponde alla diligenza professionale che ci si attende dalle banche laddove esse decidano di fornire ai propri clienti un servizio di consulenza su investimenti.

Né vale invocare l'esistenza del parere Consob, che riguardava la liceità dell'attività in astratto e non le concrete modalità con le quali veniva prospettata l'offerta, al controllo delle quali la ricorrente era dunque tenuta.

Con il quarto motivo di ricorso il Banco BPM ha sostenuto che la pratica commerciale sanzionata non potesse essere considerata ingannevole e che la valutazione di scorrettezza sia stata effettuata dall'Autorità all'esito di un'istruttoria assolutamente lacunosa, le cui risultanze sono state apprezzate a mezzo di una motivazione carente.

La doglianza va respinta.

Il provvedimento, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, ha infatti fatto emergere, in maniera compiutamente argomentata e con richiami ad un'attività istruttoria completa e diversificata, la ricorrenza dei profili di scorrettezza sanzionati.

In proposito appare opportuno considerare, in via preliminare, come dal provvedimento emerga che non è contestato, nemmeno da IDB, il fatto che i prezzi di vendita dei diamanti erano determinati dal professionista in via autonoma, in modo tale da far confluire nella cifra finale, oltre il prezzo di acquisto e alcuni servizi accessori, un margine di guadagno estremamente alto e tale da superare significativamente i costi sostenuti.

Neppure è controverso che quelle che IDB definiva quotazioni corrispondevano, in realtà, ai prezzi dalla stessa di volta in volta determinati.

Ciò posto appare evidente come la valutazione di ingannevolezza sia stata correttamente correlata dall’Autorità all’utilizzo del termine “quotazione” il cui primo e più diffuso significato, specie se riferito ad un prodotto di investimento, è quello di rilevazione oggettiva di un valore di mercato, ciò che invece non corrispondeva alla realtà dei fatti.

Il provvedimento, riproducendo i grafici pubblicati sui quotidiani economici e quelli presenti nel materiale pubblicitario diffuso dalla IDB, ha pure efficacemente evidenziato come la natura autoreferenziale e pubblicitaria dei dati non fosse resa conoscibile al consumatore, potenziale acquirente, atteso che tale natura non era espressamente dichiarata, non era univocamente deducibile dall’utilizzo del logo e di espressioni quali “a cura di” (a sua volta equivoca, perché tale da evocare più un’attività di ricerca che di autovalutazione), si accreditava di un crisma di ufficialità perché effettuata su un giornale economico di primaria importanza ed aveva una veste grafica simile alle quotazioni ufficiali (e perciò era ulteriormente ingannevole).

La possibile polisemanticità del termine quotazione, pertanto, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, non fa venir meno l’effetto decettivo ravvisato, espressamente rinvenuto nel provvedimento nell’idoneità della parola “*ad indurre in fraintendimento i consumatori in ordine alla natura e oggettività di tali valori che ragionevolmente erano interpretabili come espressione dell’andamento dei prezzi*”.

Del pari condivisibile ed argomentata in maniera logica appare la motivazione del provvedimento impugnato nella parte in cui ravvisa una falsa rappresentazione dell'andamento del mercato e dell'aspettativa dei diamanti.

La falsa rappresentazione, tale da disegnare un andamento dei prezzi in costante crescita, era infatti logicamente dipendente dalla modalità di individuazione dei prezzi, determinati, come visto, in piena autonomia dal professionista, che in tal modo non aveva necessità di rappresentare le oscillazioni di prezzo, che invece venivano oggettivamente registrate dai diversi indici basati sulle rilevazioni di contrattazioni.

Tale dato rende dunque irrilevante un certo (invero molto approssimativo) parallelismo con gli indici ufficiali, peraltro apprezzabile solo con riferimento alla tendenza, e non ai singoli prezzi, il cui oggettivo scollamento dalle voci di costo rimaneva particolarmente alto e, a sua volta, non conoscibile da parte dell'acquirente.

Medesima condivisione merita la tesi dell'Autorità laddove ha rilevato profili di ingannevolezza nel materiale pubblicitario relativo al ricollocamento dei diamanti e alla facilità di disinvestimento, pure contestata dalla ricorrente.

Rivendibilità e redditività, ancorché in periodo considerevolmente lungo, erano infatti, come correttamente evidenziato nel provvedimento, subordinate alla permanenza di condizioni del tutto particolari, costituite dalla scelta di ricollocare i diamanti utilizzando il medesimo canale di

acquisto e dalla circostanza di chiedere il disinvestimento in un momento nel quale vi fosse una scarsa domanda di smobilizzo, la cui necessaria ricorrenza non era in alcun modo resa nota al consumatore.

Neppure possono essere condivise le argomentazioni con le quali la ricorrenti afferma l'assenza di profili di ingannevolezza nell'affermazione di IDB di essere leader del settore, tanto più che tale circostanza sarebbe riconosciuta dallo stesso provvedimento.

Deve, in proposito, considerarsi come il provvedimento abbia inteso sanzionare, da un lato, il fatto che l'affermazione fosse generica e non contestualizzata (è infatti priva di riferimenti geografici, temporali e così via), dall'altro il fatto che la stessa fosse astrattamente finalizzata, e in concreto idonea, a contribuire a creare nel consumatore una sensazione di particolare affidabilità del professionista.

Né ricorre alcuna contraddittorietà di tale valutazione in punto di decettività con l'affermazione, funzionale alla diversa e distinta finalità di individuare la capacità di penetrazione della pratica, dell'essere IDB tra i principali operatori del settore.

Va infine respinto il quinto motivo di doglianza, con il quale BBPM ha contestato l'attività di quantificazione della sanzione.

In proposito deve osservarsi come, nella determinazione della sanzione, l'Autorità si è attenuta ai parametri di riferimento individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, co. 13, del d.lgs. n. 206/05, e quindi ha considerato la gravità della violazione,

L'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche dell'impresa stessa (cfr. provvedimento impugnato, paragrafi 236 e seguenti).

Con particolare riferimento alla gravità della violazione, il provvedimento ha evidenziato, con riferimento a tutte le parti del procedimento, l'ampia diffusione della pratica, dipendente sia dalle modalità utilizzate per la comunicazione (internet, stampa), sia dalla diffusione di materiale pubblicitario cartaceo presso le molteplici filiali delle banche di riferimento.

L'Autorità ha pure considerato l'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatori, la cui ricorrenza risulta puntualmente argomentata nella parte di provvedimento riguardante la ricorrenza della pratica e il pregiudizio economico subito dai consumatori.

Ancora corretto è il riferimento al pregiudizio economico subito dai consumatori, che va ravvisato nella sproporzione tra valore e costo dell'investimento, dato assolutamente acclarato e neppure contestato, non eliso dalla circostanza che per un determinato arco di tempo i consumatori, che si siano serviti del medesimo circuito di rivendita, abbiano effettivamente conservato o incrementato il valore dell'investimento.

Con particolare riferimento alla ricorrente poi, il provvedimento ha considerato, in primo luogo, la dimensione economica del professionista,

“tra i principali operatori del sistema bancario”, che nel corso del 2016 ha realizzato un fatturato di 11,7 miliardi di euro.

Diversamente da quanto prospettato in ricorso, pertanto, il fatto che la sanzione inflitta a BBPM sia ampiamente superiore a quella inflitta a IDB non deriva dallo scorretto apprezzamento dei contributi causali dei due professionisti - peraltro in concreto assolutamente equivalenti, atteso che in assenza del canale bancario la diffusione della pratica sarebbe stata di gran lunga inferiore - ma dipende evidentemente dal fatturato delle stesse. Né l'entità della somma quantificata importa una violazione del principio di ragionevolezza, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini di una efficace funzione deterrente, la sanzione va parametrata al fatturato realizzato dall'impresa e non al prodotto di volta in volta coinvolto nella condotta accertata (così, ex multis, Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 giugno 2018, n. 7009 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085).

Deve in proposito osservarsi come la sanzione che viene irrogata per le pratiche commerciali scorrette non ha funzione puramente reintegratoria dello status quo ante, e dunque una matematica corrispondenza con gli effetti pratici della condotta o il vantaggio economico conseguito dal professionista, essendo la stessa finalizzata a garantire un'effettiva efficacia deterrente, generale e speciale, alla luce di tutti i parametri sopra richiamati. Sempre con riferimento al fatturato, poi, la giurisprudenza ha, anche recentemente, ribadito come in materia di pubblicità ingannevole risulti

corretto il riferimento al fatturato e non all'utile, così che non vi era necessità di tenere conto delle perdite di esercizio della ricorrente (cfr., da ultimo, Tar Lazio, Roma, sez. I, 16 ottobre, 2017, che richiama l'orientamento della Corte di Giustizia UE - 16 aprile 2015, C-388/13).

Da ultimo si osserva che non possono essere condivise le argomentazioni della ricorrente in punto di scorretto apprezzamento della durata della pratica, atteso che la natura continuata dell'illecito sanzionato non consente di ritenere maturata la prescrizione.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO