Sentenza TAR Lazio n. 2325/2020

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
(Sezione Seconda Bis)
N. 02325/2020

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale **8636** del **2017**

proposto da

Tommaso Cervone, Stefano Garzella, Giovanni Gentile e Marco Oggioni[*omissis*]

contro

COVIP – Commissione di vigilanza sui fondi pensione [*omissis*]

per l'annullamento

del provvedimento della COVIP del 21.06.2017, recante irrogazione di sanzioni amministrative ai sindaci del "Fondo Pensione per il Personale della ex Banca di Roma" [*omissis*]nonchédella deliberazione COVIP del 30.05.2017 recante "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie" e della deliberazione COVIP recante il "Regolamento di organizzazione e funzionamento della Commissione di vigilanza sui fondi pensione" aggiornato con le modifiche approvate dalla Commissione con deliberazione 18.10.2012,di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente,nonché, in subordine,per la riduzione delle sanzioni amministrative irrogate ai singoli sindaci del Fondo nel numero e nel quantum.
[*omissis*]

FATTO

I ricorrenti, componenti del Collegio Sindacale del Fondo Pensione per il personale della ex Banca di Roma, hanno impugnato dinanzi al Tribunale il provvedimento della COVIP del 21.06.2017 recante l'irrogazione nei loro confronti di sanzioni amministrative ed ogni atto precedente, tra cui, in particolare, quello di contestazione di irregolarità introduttivo della procedura sanzionatoria dell'8.11.2016, le deliberazioni COVIP "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie" del 30.05.2017 e "Regolamento di organizzazione e funzionamento della Commissione di vigilanza sui fondi pensione" con le modifiche approvate dalla Commissione con deliberazione 18.10.2012 ed ogni altro provvedimento connesso o conseguente.
I ricorrenti hanno, altresì, domandato, in via subordinata, la riduzione delle sanzioni amministrative ad essi irrogate nel numero e nel quantum.
Avverso gli atti impugnati, i ricorrenti hanno dedotto i seguenti motivi: 1) violazione del principio del giusto procedimento, del principio del contraddittorio e del conseguente principio della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, attesa la natura parapenale della sanzione inflitta, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e ss. della l.n. 689/81, degli artt. 3 e ss della l.n. 241/1990, dell'art. 19 quater del d.lgs. n. 252/2005, dell'art. 24 comma 1 della l.n. 262/2005, dell'art.145, comma 1 bis del d.lgs. n. 385/1993, dell'art. 6 della Convenzione EDU, illegittimità degli atti regolamentari presupposti COVIP 30.05.2017 "Regolamento di organizzazione e funzionamento della Commissione di vigilanza sui fondi pensione" con le modifiche approvate dalla Commissione con deliberazione 18.10.2012; 2) violazione di legge ed eccesso di potere per difetto dei presupposti attesa l'illegittimità della contestazione formulata nei confronti degli amministratori del Fondo, violazione di legge ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, motivazione apodittica ed errore sui presupposti; 3) violazione di legge per violazione di norme provenienti da fonti diverse che regolano le c.d. "obbligazioni strutturate", eccesso di potere per contraddittorietà con provvedimenti della stessa autorità sanzionante; 4) violazione di legge ed eccesso di potere della sanzione irrogata ai membri del Collegio Sindacale del Fondo per inesistenza del fatto illecito contestato, per illegittimità della plurima sanzione irrogata nonché, in subordine, della misura della stessa per non corrispondenza alla misura edittale o della quale si chiede comunque la riduzione in considerazione dei poteri equitativi previsti nella giurisdizione di merito del giudice amministrativo nella materia de qua.

[*omissis*]
All'udienza pubblica del 15.01.2020 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

DIRITTO

I ricorrenti hanno, in primo luogo, lamentato l'illegittimità delle sanzioni irrogate nei loro confronti dalla COVIP e dei regolamenti della Commissione di Vigilanza in materia di procedure sanzionatorie e di organizzazione e funzionamento dell'ente per violazione del principio del giusto procedimento ed, in particolare, per la mancanza della necessaria separazione nel procedimento sanzionatorio tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie e per contrasto con la regola del contraddittorio nella fase decisoria.
Hanno sostenuto, in particolare, che "del provvedimento sanzionatorio nei confronti dei sindaci … (sarebbero mancati) i presupposti, perché nel caso … (non ci sarebbe stato) nulla da censurare o inibire… (essendo)… inesistente in fatto il presunto illecito degli amministratori del Fondo e comunque erroneo quanto affermato in motivazione sul comportamento degli amministratori che non sarebbero stati <<controllati>> dal collegio sindacale".
I quattro titoli acquistati dal Fondo, sul cui acquisto il collegio sindacale non avrebbe adeguatamente vigilato, non sarebbero stati strumenti "derivati", perché, in realtà, privi di qualsiasi "rapporto contrattuale sottostante" dal quale far derivare il loro risultato economico, bensì semplici obbligazioni "strutturate", nelle quali erano stati previsti elementi accessori.
Sia il parere pro veritate[*omissis*] sia la relazione [*omissis*], depositati in atti, avrebbero avuto, inoltre, un significato del tutto opposto a quello attribuito ad essi dall'Amministrazione, attraverso l'estrapolazione di singoli passaggi.
Se correttamente ed integralmente letti tali documenti avrebbero, anzi, mostrato la natura di "obbligazioni strutturate" dei titoli in questione, dotati di "una componente accessoria derivativa, dove per <<derivativa>> si intende l'esistenza di previsioni accessorie variabili sia nel termine, sia nella retribuzione sia nell'estinzione e non la derivazione da un intero rapporto sottostante e dalle sue possibili vicende come nei contratti derivati".
Irrilevante ai fini della valutazione del rischio dell'operazione di acquisto e della correttezza della loro condotta come sindaci sarebbe, inoltre, stata la questione della possibilità di includere i titoli de quibus tra i "certificates", in assenza di una precisa qualificazione normativa di questi ultimi.
Nel provvedimento impugnato l'Amministrazione avrebbe, poi, errato anche a censurare l'operato del Fondo (e dei sindaci) ritenendolo in contrasto con il regolamento UE n. 648/2012 (Regolamento EMIR): i titoli in questione, emessi da una società svizzera, sarebbero stati comunque "trattati su di un mercato regolamentato, ancorchè inizialmente indicato erroneamente dagli organi amministrativi del Fondo", rispettando così a pieno, anche in questo caso, la disciplina europea e nazionale che richiede, a proposito degli strumenti derivati, che questi vengano trattati e quotati su un mercato regolamentato.
I ricorrenti hanno evidenziato che il loro operato si sarebbe svolto nel periodo intertemporale tra il precedente D.M. n. 703/1996 e il nuovo D.M. n. 166/2014, la cui disciplina, però, non poteva considerarsi ancora in vigore, non essendo ancora spirato il termine concesso ai fondi pensione per l'adeguamento al nuovo regolamento: da qui "l'illegittimità per violazione di legge dei provvedimenti impugnati, che si affermano ripetutamente adottati in applicazione della normativa di cui al D.M. n. 166/2014".
La sottoscrizione di titoli obbligazionari c.d. strutturati in quanto contenenti clausole varie condizionanti la misura dell'obbligazione, del termine di restituzione e dell'estinzione, parziale o totale, dell'obbligazione stessa, sarebbe, inoltre, prevista da atti e fonti diverse disciplinanti gli strumenti finanziari, in primis della stessa COVIP, come la circolare del 10.12.2003 n. 5178 "Richiesta di dati e notizie sull'operatività in alcune tipologie di titoli di debito e in strumenti derivati", e poi anche della CONSOB, come l'art. 51 del Regolamento emittenti (n. 11971 del 14.05.1999) e la comunicazione n. 97996/14 del 22.12.2014 e persino dell'ESMA – Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati, come il documento del 4.02.2016 "Orientamenti di strumenti di debito complessi e depositi strutturati"; ciò condurrebbe all'illegittimità dei provvedimenti impugnati per contraddittorietà nell'agire dell'Amministrazione.
I ricorrenti hanno anche affermato che "il fatto illecito (loro) addebitabile – l'omesso controllo su quanto deliberato dal Consiglio di Amministrazione del Fondo - non sarebbe (stato, in realtà) addebitabile (loro)… per difetto di colpa in vigilando e conseguentemente, mancando l'elemento soggettivo della colpa, non sarebbe (stato) sanzionabile".
Essi sarebbero stati, infatti, indotti in errore "da soggetti esterni al Fondo e da organi interni allo stesso" che, pur avendo partecipato in vario modo al procedimento di acquisizione dei titoli

contestati, ed avendo provveduto ad un attento esame degli stessi, non avrebbero mai sollevato dubbi sulla natura obbligazionaria di essi o avanzato l'ipotesi che gli strumenti in questione potessero essere derivati.
In ogni caso, poi, la condotta ritenuta illecita posta in essere dal Collegio sindacale avrebbe dovuto essere considerata una sola, "potendo integrare un solo fatto illecito sanzionabile: i sindaci, una volta non accortisi per culpa in vigilando della natura di derivati dei titoli acquistati, con lo stesso fatto illecito omissivo non si… (sarebbero) accorti (neppure) che il Fondo non aveva rispettato la normativa prevista in caso di acquisto di titoli derivati".
Infine, "se anche un comportamento omissivo da parte del Collegio sindacale fosse (stato) accertabile nel caso de quo, la sanzione per tale comportamento illecito … (avrebbe dovuto) essere ridotta al minimo edittale previsto di euro 500, per ogni singolo sindaco, attesa la novità dell'orientamento interpretativo prospettato dalla COVIP, … l'obiettiva problematicità del giudizio dell'Autorità di vigilanza" ed il fatto che "il comportamento omissivo del Collegio sindacale (avrebbe potuto essere) giustificato da un alto numero di valutazioni divergenti di organi e soggetti a vario titolo <<esperti>> in materia di titoli finanziari".
Tali censure non sono fondate e devono essere respinte.
Per una migliore ricostruzione della fattispecie oggetto del presente giudizio, occorre premettere che il Fondo pensione per il personale della ex Banca di Roma è una forma di previdenza complementare sottoposta alla vigilanza della COVIP, Autorità amministrativa indipendente deputata, ai sensi dapprima del d.lgs. n. 124/1993 e ora del d.lgs. n. 252/2005, a perseguire la trasparenza, la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione delle forme pensionistiche complementari, avendo riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare.
Tale fondo pensione, al momento dei fatti di causa, era diviso in due distinte gestioni: Gestione separata a prestazione definita e Gestione separata a contribuzione definita
Sia il DM n. 703/1996 che il DM n. 166/2014 vincolano i fondi pensione ad investire nei titoli ivi specificamente indicati e secondo puntuali limiti e criteri, stabilendo, in particolare, che "il portafoglio dei fondi pensione è investito in coerenza con la politica di investimento definita ed adottata ai sensi dell'art. 6 commi 5-ter e 5 quater del d.lgs. n. 252/2005", che "i derivati possono essere stipulati esclusivamente per finalità di riduzione del rischio di investimento o di efficiente gestione, nel rispetto dei criteri e dei limiti di cui al presente articolo e agli articoli 3 e 5" (art. 4 commi 4 e 5 DM 166/2014) e che "l'utilizzo dei derivati è adeguatamente motivato dal fondo pensione in relazione alle proprie caratteristiche dimensionali, alla politica di investimento adottata e alle esigenze degli aderenti e dei beneficiari delle prestazioni pensionistiche…il fondo pensione valuta in ogni momento tutti i rischi connessi con l'operatività in derivati e monitora costantemente l'esposizione generata da tali operazioni" cosicchè "i derivati non possono generare una esposizione al rischio finanziario superiore a quella risultante da un acquisto a pronti degli strumenti finanziari sottostanti il contratto derivato".
Nell'ambito della propria attività di vigilanza la COVIP, con contestazioni dell'8.11.2016, ha intrapreso un procedimento sanzionatorio nei confronti, tra l'altro, dei ricorrenti, membri del Collegio sindacale del Fondo, in relazione ad alcune irregolarità consistenti nella sottoscrizione nelle date del [*omissis*]di 4 prodotti finanziari così denominati: [*omissis*].
Ai componenti del Collegio sindacale la COVIP ha, in particolare, contestato la violazione del dovere di vigilare sul rispetto dell'art. 3 comma 4 e dell'art. 4 commi 4 e 5 del DM n. 166/2014, nonché degli artt. 9 e 11 del Regolamento (UE) n. 648/2012; nel corso del procedimento, in data 28 dicembre 2016, i ricorrenti hanno potuto presentare controdeduzioni scritte ed essere successivamente ascoltati in audizione orale il [*omissis*].
Non essendo le loro argomentazioni state ritenute dalla COVIP sufficienti ad escludere la violazione delle norme contestate, con deliberazione del 21.06.2017, sono state adottate le relative sanzioni, oggetto del presente giudizio.
Devono essere, in primo luogo, rigettate le censure volte a lamentare la violazione da parte dell'Amministrazione del giusto procedimento e del principio di separazione tra la fase istruttoria e quella decisoria: secondo quanto prescritto dal Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 130 del 30.05.2007, il Direttore Generale della COVIP ha contestato, all'esito degli accertamenti compiuti dagli uffici, le violazioni riscontrate nell'ambito dell'attività di vigilanza, mentre il potere di irrogare le sanzioni appartiene alla Commissione, organo di vertice dell'Autorità stessa, alle cui riunioni partecipa sì il Direttore Generale, ma senza alcun diritto di voto né alcuna potestà decisoria.
Tale partecipazione non può in alcun modo inficiare di illegittimità per violazione dei suddetti

principi la decisione della Commissione, come efficacemente già evidenziato da questo stesso Tribunale sia in relazione ad atti e procedure della Consob, (cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. I, 6.07.1999 n. 1522), sia più di recente proprio in rapporto alle sanzioni e al procedimento sanzionatorio della COVIP (TAR Lazio, Roma Sez. II bis, 13.07.2017 n. 6925 e n. 6941)

Al riguardo occorre ricordare prima di tutto che l'art. 24, "Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali", della l.n. 262/2005, "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", così dispone: "1. Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione.

2. Gli atti delle Autorità di cui al comma 1 devono essere motivati. La motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

3. Le Autorità di cui al comma 1 disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei principi di cui al presente articolo".

Il regolamento in materia di procedure sanzionatorie adottato dalla Commissione di vigilanza sui fondi pensione al fine di applicare i principi recati dall'articolo 24, comma 1, della legge richiamata attribuisce agli uffici amministrativi la predisposizione degli atti istruttori del procedimento sanzionatorio da sottoporre alla Commissione che, in via autonoma, è titolare del potere di decisione finale.

Nella fattispecie, i suddetti principi non risultano affatto violati.

Risulta essere stata curata un'approfondita istruttoria, in contraddittorio con gli interessati, dai competenti uffici amministrativi; le controdeduzioni proposte dai soggetti interessati sono state regolarmente rappresentate alla Commissione; quest'ultima, autonomamente, ha adottato la decisione finale, dando anche conto delle ragioni per cui le difese dei soggetti sanzionati sono state respinte.

Il provvedimento impugnato, quindi, non può essere ritenuto viziato sotto i dedotti profili, essendo stata assicurata l'integrità del contraddittorio in senso sostanziale e non meramente formale, tanto è vero che la Commissione, con una congrua motivazione, ha esposto le ragioni giuridiche e fattuali che l'hanno indotta a sanzionare i ricorrenti.

Nelle citate decisioni questo Tribunale ha, come anticipato, già avuto occasione di sottolineare che "la presenza del direttore generale e di altri dirigenti dei servizi amministrativi alla riunione della Commissione che ha deliberato il provvedimento sanzionatorio non costituisce un vizio del procedimento, trattandosi di presenza necessaria affinché l'organo decidente potesse essere informato con pienezza e completezza di tutti gli elementi acquisiti nella fase istruttoria. Non risulta che i dirigenti amministrativi abbiano in alcun modo influenzato la decisione finale, né tantomeno si può presumere che i componenti della Commissione fossero condizionati, al momento della decisione, dalla presenza dei funzionari. Non esiste alcuna ragione logica da cui dedurre un presunto potere di condizionamento e di influenza dei servizi amministrativi nei confronti dell'organo dell'Autorità indipendente" (TAR Lazio, Roma Sez. II bis, 13.07.2017 n. 6925 e n. 6941)

Quanto alla ulteriore doglianza articolata dai ricorrenti in relazione all'asserita violazione della regola del contraddittorio del quale essi sarebbero stati privati nella fase decisionale delle sanzioni, dinanzi all'organo decidente, anche tali argomentazioni, pur suggestive, non possono essere condivise alla luce dell'assenza nel sistema normativo di un obbligo in capoall'Amministrazione di rinnovare un momento dialogico con gli interessati, già esplicatosi a pieno nel corso del procedimento, prima dell'emissione di provvedimenti sanzionatori.

Dell'avvenuto esercizio da parte dei ricorrenti delle loro facoltà difensive e dell'inidoneità delle argomentazioni da essi svolte ad escludere la loro responsabilità di sindaci per le irregolarità riscontrate dà puntualmente conto il provvedimento impugnato nella sua motivazione, tutt'altro che carente sul punto.

Parimenti non meritevoli di accoglimento sono i motivi proposti dai ricorrenti in rapporto alla pretesa erroneità della classificazione come "derivati" dei prodotti sottoscritti dal Fondo che sarebbero stati al contrario, secondo la loro ricostruzione, delle semplici obbligazioni, sia pure

strutturate, e in quanto tali, liberamente acquistabili dall'ente, in quanto non caratterizzate da un rischio eccessivamente elevato e dunque non necessitanti di cautele e procedimenti del tutto peculiari, come ritenuto dalla COVIP.

L'argomento più forte a sostegno della correttezza della tesi posta dall'Amministrazione alla base delle sue contestazioni e dell'irrogazione delle sanzioni ai ricorrenti è quello per cui, al di là delle complesse distinzioni e classificazioni tracciate dalla dottrina specialistica, i prodotti finanziari in questione non possono essere ritenuti titoli di debito (rectius obbligazioni), perché come sottolineato dalla difesa dell'Amministrazione, "il rimborso del capitale a scadenza non è … garantito contrattualmente e dipende da un determinato evento (<<credit event>> oppure <<barrierevent>>)".

I titoli in questione appaiono, infatti, alla luce dei documenti in atti e di tutti gli elementi forniti dalle parti, piuttosto corrispondere alla definizione che di strumenti "derivati" fornisce la Banca d'Italia, come "contratti il cui valore dipende dall'andamento di una o più variabili (il sottostante): tassi di interesse, azioni o indici azionari, merci, tassi di cambio. I derivati di credito (come i Credit default swap, CDS) consentono di negoziare il rischio di insolvenza associato a determinate attività finanziarie".

Oltre alle espressioni usate nei Termsheet prima della modifica, attuata nel corso del procedimento sanzionatorio, per cui riguardo al prodotto sottoscritto si diceva espressamente "thisis a derivative instrument", ciò che osta al riconoscimento dei titoli in questione come obbligazioni, sia pure strutturate, è il fatto che queste, a differenza di quanto accade negli strumenti de quibus, vedono operare la loro componente derivativa sugli interessi e non sul capitale, la cui restituzione dovrebbe essere comunque sempre garantita, almeno come valore nominale del titolo.

Ciò non avviene nei titoli acquistati dal Fondo, in cui la componente derivativa va ad incidere anche, come detto, sul capitale.

La modalità seguita per acquisto di strumenti finanziari con le caratteristiche illustrate rappresenta anche una violazione da parte del Fondo delle regole fissate nel suo Documento sulla Politica di Investimento che per i prodotti in parola richiedeva "la verifica della coerenza con l'asset allocation strategica e la normativa di riferimento, analisi inerenti redditività prospettica, rischiosità, liquidità e costi e il confronto ove possibile con investimenti comparabili".

Pur avendo affermato che l'investimento era stato eseguito sulla base del procedimento richiesto dal DPI, i ricorrenti non hanno in alcun modo dimostrato di aver osservato le procedure prescritte, né di aver compiuto effettivamente gli approfondimenti e le valutazioni richiesti anteriormente all'acquisto degli strumenti de quibus.

Né risulta che siano stati posti in essere gli adempimenti ed osservati gli obblighi di segnalazione prescritti dal regolamento EMIR, né le procedure per misurare, monitorare ed attenuare il rischio operativo e il rischio di credito.

Non può poi essere accolta la tesi dei ricorrenti relativa alla circostanza per cui i prodotti sottoscritti sarebbero stati comunque quotati su "mercati regolamentati".

Come puntualmente ricostruito dalla difesa dell'Amministrazione, il mercato nel quale sono stati quotati i titoli [*omissis*] non risulta, infatti, essere un mercato regolamentato.

Non può essere, inoltre, condivisa la doglianza relativa alla pretesa unicità della condotta illecita, poiché le omissioni poste in essere dai ricorrenti e le diverse violazioni di norme nazionali e comunitarie appaiono del tutto distinte tra loro, anche dal punto di vista temporale, andando, tra l'altro, a colpire beni giuridici protetti diversi, come l'interesse degli iscritti al Fondo a non assumere rischi di investimento eccessivamente elevati e non giustificati e la trasparenza e la sicurezza del sistema di previdenza complementare.

In ogni caso, anche l'applicazione del concorso formale degli illeciti non avrebbe necessariamente condotto ad una sanzione di importo cumulativamente inferiore, essendo le singole sanzioni comunque state irrogate in un ammontare piuttosto contenuto.

Quanto alla pretesa erronea applicazione della nuova normativa del DM n. 166/2014, in luogo di quella ultrattiva del DM n. 703/1996, si può da un lato evidenziare che i fatti sanzionati avrebbero costituito un illecito sia in base alla vecchia che in base alla nuova disciplina, come, del resto, comunicato espressamente nelle lettere di contestazione, e, dall'altro lato, che dai documenti in atti risulta come il Fondo in questione avesse già inteso uniformarsi, prima della scadenza del periodo transitorio, alle prescrizioni del DM n. 166/2014, rendendo, quindi, direttamente e definitivamente applicabile al caso di specie la nuova normativa.

Non possono essere, infine, condivise le doglianze dei ricorrenti svolte in relazione alla mancanza dell'elemento soggettivo della colpa nell'omessa

vigilanza del Collegio sindacale sulle operazioni compiute dal CdA in forza del numero e dell'importanza degli avvisi e dei pareri espressi da enti esterni ed organi interni del Fondo, tutti ben lontani anche solo dall'ipotizzare una natura di strumenti derivati dei titoli in questione e per il carattere problematico di tale qualificazione.

Al riguardo si può richiamare la costante giurisprudenza amministrativa, anche di questo Tribunale riguardo all'imputabilità dell'illecito amministrativo (cfr. TAR Lazio, Sez. II bis, 8.01.2015 n.151) che interpretando "l'art. 3 della legge n. 689 del 1981, ai sensi del quale <<Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa>> (osserva che) …nella parte in cui tale norma attribuisce rilievo alla coscienza e volontà della azione o omissione, sia essa dolosa o colposa, nell'escludere l'imputabilità dell'illecito amministrativo a titolo di responsabilità oggettiva, (essa) postula una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, la colpa dovendosi ritenersi positivamente dimostrata se la condotta rilevante ai fini della sanzione integra violazione di precise disposizioni normative.

Il richiedere per la responsabilità nell'illecito amministrativo che la condotta attiva od omissiva rivesta i caratteri della coscienza e volontarietà, e sia perlomeno colposa, pone quindi una presunzione "iuris tantum" di colpa in chi ponga in essere o manchi di impedire un fatto vietato, dal che consegue che è legittima l'irrogazione della sanzione in assenza di prove atte a superare detta presunzione mediante la dimostrazione della propria estraneità al fatto o dell'impossibilità di evitarlo (Cassazione Civile, Sez. V, 25 maggio 2001 n. 7143; Sez. I, 9 maggio 2003 n. 7065; Sez. Lav., 23 agosto 2003 n. 12391; Sez. II, 13 marzo 2006 n. 5426; 11 giugno 2007 n. 13610; Sez. V, sent. n. 23019 del 30-10-2009).

Il principio posto dalla citata norma, secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva sia essa dolosa o colposa, deve quindi essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che 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".

Si deve oltre sottolineare che la normativa di settore richiede ai componenti degli organi di controllo dei fondi di previdenza complementare, che comunque devono possedere elevati requisiti di professionalità, una diligenza specifica, in ragione della particolarità dell'incarico ricoperto, della delicatezza della materia trattata e dell'importanza socio-economica del settore in cui i fondi si trovano ad operare.

Da qui l'impossibilità di escludere la riconducibilità ad essi della condotta omissiva illecita anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, non essendo evidentemente sufficienti dinanzi alla chiara incidenza del rischio "derivato" sul capitale, i dati desumibili da pareri di advisor o consulenti pur specializzati.

In base a tutti gli elementi che emergono dai documenti in atti ed alle caratteristiche delle predette condotte, non appaiono, infine, sussistere neppure i denunciati profili di sproporzione delle sanzioni, tenuto conto anche del fatto che le sanzioni stesse, oggetto peraltro solo di generiche censure, risultano essere state irrogate in misura ampiamente inferiore alla media della forbice edittale, senza particolari indizi di irragionevolezza o incongruità.

In conclusione, il ricorso non può che essere integralmente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis),definitivamente pronunciando,

- rigetta il ricorso;
- condanna i ricorrenti alla rifusione, in favore dell'Amministrazione delle spese di lite, liquidate in complessivi € 3.000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Magistrati: [*omissis*]

L'Estensore [*omissis*]

Il Presidente [*omissis*]

Sentenza TAR Lazio n. 2481/2020

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
(Sezione Seconda Bis)
N. 02481/2020

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi numeri di registro generale **9102**, **9103** e **9104** del **2017**

proposti da

Fondo Pensione per il personale della ex Banca di Roma[*omissis*]Fabrizio Di Lazzaro, Marco Balconi, Massimo Giovannelli, Annarita Grano, Silvio Lops, Lavinia Lori, Enrico Marongiu, Fulvio Matera, Franco Ottobre, Massimo Pagliarani, Angelo Pangallo, Claudia Piccioni, Marco Pierri, Costantino Scifoni, Miriam Travaglia e Roberto Vitantonio [*omissis*] Stefano Centi Colella [*omissis*]

contro

COVIP – Commissione di vigilanza sui fondi pensione [*omissis*]

per l'annullamento

[*omissis*]
- del provvedimento della COVIP del 21 giugno 2017, recante irrogazione di sanzioni amministrative[*omissis*];
- del provvedimento della COVIP del 21 giugno 2017, recante irrogazione di sanzioni amministrative[*omissis*];
- del provvedimento della COVIP del 21 giugno 2017, recante irrogazione di sanzioni amministrative[*omissis*];

[*omissis*]
- della deliberazione del 30 maggio 2007 recante il "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie" della COVIP;
- della deliberazione recante il "Regolamento di organizzazione e funzionamento della Commissione di vigilanza sui fondi pensione" aggiornato con le modifiche approvate dalla Commissione con deliberazione del 18 ottobre 2012;
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché nonconosciuto, e con riserva di motivi aggiunti;

[*omissis*]
nonché, in subordine per la riduzione delle sanzioni amministrative irrogate.
[*omissis*]

FATTO

Con tre distinti ricorsi (RG n. 9102/2017, n. 9103/2017 e n. 9104/2017) i componenti del Consiglio di Amministrazione del Fondo Pensione per il personale della ex Banca di Roma, il Direttore Generale del Fondo ed il Fondo stesso hanno impugnato dinanzi al Tribunale [*omissis*] il provvedimento del 21.06.2017 recante l'irrogazione nei loro confronti di sanzioni amministrative ed ogni atto presupposto, connesso e conseguente tra cui, in particolare[*omissis*], la deliberazione del 30.05.2007 recante "Regolamento in materia di procedure sanzionatorie della COVIP, la deliberazione recante il Regolamento di organizzazione e funzionamento della Commissione di vigilanza sui fondi pensione, aggiornato con le modifiche approvate dalla Commissione con deliberazione del 18.10.2012
I ricorrenti hanno, altresì, tutti domandato, in via subordinata, la riduzione delle sanzioni amministrative ad essi irrogate.
[*omissis*]
Avverso gli atti impugnati, i ricorrenti hanno dedotto i seguenti motivi: 1) sulla violazione del contraddittorio procedimentale: violazione del diritto di difesa, delle garanzie del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori e del principio della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e ss. della l.n. 689/81, degli artt. 3 e ss della l.n. 241/1990, dell'art. 19 quater del d.lgs. n. 252/2005, dell'art. 24 comma 1 della l.n. 262/2005, dell'art. 145, comma 1 bis del d.lgs. n. 385/1993, dell'art. 6 della Convenzione EDU; 2) sulla ricognizione della disciplina regolamentare applicabile: violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e ss. della l.n. 689/81, degli artt. 3 e ss della l.n. 241/1990, degli artt. 3 comma 4 e 4 commi 4 e 5 del D.M. n.166/2014, degli artt. 1 comma 1 lett. c), 2 e 5 del D.M. n. 703/1996, degli artt. 9 e 11 del Regolamento UE n. 648/2012, violazione e falsa applicazione del principio di affidamento, eccesso

di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza, travisamento in fatto e in diritto, contraddittorietà, insufficienza della motivazione; 3) sull'erroneità della qualificazione dei prodotti finanziari sottoscritti dal Fondo come "strumenti finanziari derivati": violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e ss. della l.n. 689/81, degli artt. 3 e ss della l.n. 241/1990, degli artt. 3 comma 4 e 4 commi 4 e 5 del D.M. n.166/2014, degli artt. 1 comma 1 lett. c), 2 e 5 del D.M. n. 703/1996, degli artt. 9 e 11 del Regolamento UE n. 648/2012, dell'art. 2411 c.c., degli artt. 41 e 97 Cost, violazione e falsa applicazione del principio di affidamento, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza, travisamento in fatto e in diritto, contraddittorietà, insufficienza della motivazione, in subordine, omessa disapplicazione di normativa nazionale contrastante con il diritto europeo; 4) sulla pretesa violazione degli obblighi di condotta propedeutici all'acquisto di prodotti finanziari da parte di un Fondo pensione, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 comma 4 e 4 commi 4 e 5 del D.M. n.166/2014, degli artt. 1 comma 1 lett. c), 2 e 5 del D.M. n. 703/1996, degli artt. 9 e 11 del Regolamento UE n. 648/2012, degli artt. 3 e ss. della l.n. 689/81, degli artt. 3 e ss della l.n. 241/1990, violazione e falsa applicazione del principio di affidamento, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza, travisamento in fatto e in diritto, contraddittorietà, insufficienza della motivazione; 5) sulle pretese violazioni degli artt. 9 e 11 del Regolamento EMIR: violazione e falsa applicazione degli artt. 3 comma 4 e 4 commi 4 e 5 del D.M. n.166/2014, degli artt. 1 comma 1 lett. c), 2 e 5 del D.M. n. 703/1996, degli artt. 9 e 11 del Regolamento UE n. 648/2012, degli artt. 3 e ss. della l.n. 689/81, degli artt. 3 e ss della l.n. 241/1990, violazione e falsa applicazione del principio di affidamento, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza, travisamento in fatto e in diritto, contraddittorietà, insufficienza della motivazione; 6) in subordine rispetto ai motivi 1-5, sull'importo della sanzione irrogata: violazione e falsa applicazione dell'art. 19 quater d.lgs n.252/05, degli artt. 3 e ssl.n. 689/81,violazione del principio di proporzionalità eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e in particolare illogicità, irragionevolezza, difetto di motivazione.

[*omissis*]

All'udienza pubblica del 15.01.2020 le cause sono state tutte trattenute in decisione.

DIRITTO

Deve essere in via preliminare disposta la riunione dei tre giudizi, evidentemente connessi dal punto di vista sia oggettivo sia parzialmente soggettivo.

I ricorrenti hanno, in primo luogo, lamentato l'illegittimità delle sanzioni irrogate nei loro confronti dalla COVIP e dei regolamenti della Commissione di Vigilanza in materia di procedure sanzionatorie e di organizzazione e funzionamento dell'ente per violazione del principio del giusto procedimento ed, in particolare, per la mancanza della necessaria separazione nel procedimento sanzionatorio tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie e per contrasto con la regola del contraddittorio nella fase decisoria.

Hanno sostenuto, in particolare, che "il regolamento di cui alla deliberazione 30 maggio 2007… (sarebbe stato) connotato, a dispetto di quanto statuito dall'art. 2 del regolamento medesimo, da un'evidente commistione tra le due funzioni…"; inoltre ad essi "non (sarebbe) stato consentito di replicare né per iscritto né oralmente in audizione dinanzi alla Commissione incaricata della decisione sanzionatoria, alla relazione del comitato per l'esame delle irregolarità [*omissis*].

Da qui la violazione anche del principio della conoscenza degli atti istruttori e più in generale di quello del giusto procedimento di cui all'art. 6 CEDU.

I ricorrenti hanno evidenziato che il loro operato si sarebbe svolto nel periodo intertemporale tra il precedente D.M. n. 703/1996 e il nuovo D.M. n. 166/2014, la cui disciplina, però, non poteva considerarsi ancora in vigore, non essendo ancora spirato il termine concesso ai fondi pensione per l'adeguamento al nuovo regolamento e non potendo "la condotta tenuta dal soggetto regolato e la sua stessa volontà di conformarsi anticipatamente, per autonome ragioni di opportunità gestionale, alle prescrizioni del d.m. n. 166/2014…in alcun modo determinare la cogenza della normativa medesima (e addirittura la sua rilevanza sotto il profilo sanzionatorio) in deroga a precise disposizioni di carattere transitorio…".

Quanto al merito della controversia, i quattro titoli de quibus, il cui acquisto, deciso dal CdA, ed attuato dal Fondo sarebbe all'origine delle sanzioni irrogate, non sarebbero stati strumenti "derivati", perché, in realtà, privi di qualsiasi rapporto contrattuale sottostante" dal quale far derivare il loro risultato economico, bensì semplici obbligazioni "strutturate", nelle quali erano stati previsti elementi accessori.

Sia il parere pro veritate[*omissis*] sia la relazione [*omissis*], depositati in atti, avrebbero avuto, inoltre, un significato del tutto opposto a quello attribuito ad essi dall'Amministrazione, attraverso l'estrapolazione di singoli passaggi.
Se correttamente ed integralmente letti tali documenti avrebbero, anzi, mostrato la natura di "obbligazioni strutturate" dei titoli in questione, dotati sia "di una componente obbligazionaria, che identifica la causa del finanziamento e corrisponde al rimborso del capitale e alla percezione di una cedola, … (sia di) una componente derivativa, che rappresenta il parametro di indicizzazione di queste ultime".
In breve "i Certificati (avrebbero realizzato) … lo spossessamento del Capitale verso una remunerazione" senza che ad essi potesse "annettersi, quindi, alcuna valenza speculativa o di copertura, la quale non …(avrebbe potuto) essere desunta, a dispetto di quanto ritenuto nel provvedimento sanzionatorio impugnato, neppure dalle clausole contrattuali che in linea con la prassi negoziale nel settore finanziario evidenziano profili di rischio comunque connaturati alla sottoscrizione di un prodotto".
Irrilevante ai fini della valutazione del rischio dell'operazione di acquisto e della correttezza della loro condotta sarebbe, inoltre, stata la questione della possibilità di includere i titoli de quibus tra i "certificates", in assenza di una precisa qualificazione normativa di questi ultimi.
La natura di obbligazioni dei titoli acquistati dal Fondo risulterebbe, inoltre, "pacificamente riconosciuta nei mercati finanziari, non solo dalle imprese regolate, ma anche dai soggetti regolatori" come l'Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), l'Associazione Italiana certificati e prodotti di investimento (ACEPI), la CONSOB e la stessa COVIP e la sottoscrizione di essi avrebbe avuto luogo solo "all'esito di un articolato processo decisionale, connotato dal coinvolgimento di numerosi e qualificati soggetti interni ed esterni, nessuno dei quali… (aveva) sollevato alcun dubbio in merito alla regolarità dei prodotti finanziari in esame, con conseguente affidamento da parte degli organi del Fondo sulla liceità dell'acquisto".
I ricorrenti hanno, poi, sostenuto che nel provvedimento impugnato l'Amministrazione avrebbe errato anche a censurare l'operato del Fondo ritenendolo in contrasto con il regolamento UE n. 648/2012 (Regolamento EMIR): "l'appartenenza del mercato in questione al genus dei mercati regolamentati, in luogo della lista dei mercati cd MTF (sistemi multilaterali di negoziazione)… (sarebbe, infatti) stata espressamente rappresentata al Fondo dall'Intermediario" e "la provenienza di tale informazione da soggetto regolato, munito di iscrizione ad albo tenuto da autorità di settore …(sarebbe valsa) a escludere il requisito dell'elemento soggettivo della violazione e anche per questo la deliberazione di irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie (nei loro confronti avrebbe dovuto)… essere annullata".
In ogni caso, inoltre, la condotta ritenuta illecita posta in essere dal Fondo attraverso i suoi organi – l'acquisto di prodotti finanziari ritenuti dall'Autorità "derivati", l'inadempimento dei connessi obblighi di comunicazione e il mancato rispetto delle procedure previste a garanzia della sicurezza del sistema previdenziale - avrebbe dovuto essere considerata una sola, e non avrebbe potuto dare origine a più sanzioni, come nel caso di specie, in cui la COVIP avrebbe agito in contrasto con il divieto del cumulo delle sanzioni previsto dall'art.8 della l.n. 689/81.
Infine, in subordine alle censure precedenti, i ricorrenti hanno dedotto l'irragionevolezza ed il difetto di proporzionalità delle sanzioni stesse, che avrebbero dovuto essere comminate, nell'eventualità, "nella misura minima di € 500 per ciascun presunto autore della violazione… anche considerata l'oggettiva complessità e, a tutto voler concedere, quanto meno l'opinabilità delle questioni controverse".
Tali censure non sono fondate e devono essere respinte.
Per una migliore ricostruzione della fattispecie oggetto del presente giudizio, occorre premettere che il Fondo pensione per il personale della ex Banca di Roma è una forma di previdenza complementare sottoposta alla vigilanza della COVIP, Autorità amministrativa indipendente deputata, ai sensi dapprima del d.lgs. n. 124/1993 e ora del d.lgs. n. 252/2005, a perseguire la trasparenza, la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione delle forme pensionistiche complementari, avendo riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare.
Tale Fondo pensione, al momento dei fatti di causa, era diviso in due distinte gestioni: Gestione separata a prestazione definita e Gestione separata a contribuzione definita
Sia il DM n. 703/1996 che il DM n. 166/2014 vincolano i fondi pensione ad investire nei titoli ivi specificamente indicati e secondo puntuali limiti e criteri, stabilendo, in particolare, che "il portafoglio dei fondi pensione è investito in coerenza con la politica di investimento definita ed adottata ai sensi dell'art. 6 commi 5-ter e 5 quater del d.lgs. n.

252/2005", che "i derivati possono essere stipulati esclusivamente per finalità di riduzione del rischio di investimento o di efficiente gestione, nel rispetto dei criteri e dei limiti di cui al presente articolo e agli articoli 3 e 5" (art. 4 commi 4 e 5 DM 166/2014) e che "l'utilizzo dei derivati è adeguatamente motivato dal fondo pensione in relazione alle proprie caratteristiche dimensionali, alla politica di investimento adottata e alle esigenze degli aderenti e dei beneficiari delle prestazioni pensionistiche… il fondo pensione valuta in ogni momento tutti i rischi connessi con l'operatività in derivati e monitora costantemente l'esposizione generata da tali operazioni" cosicché "i derivati non possono generare una esposizione al rischio finanziario superiore a quella risultante da un acquisto a pronti degli strumenti finanziari sottostanti il contratto derivato".

Nell'ambito della propria attività di vigilanza la COVIP, con contestazioni dell'8.11.2016, ha intrapreso un procedimento sanzionatorio nei confronti dei ricorrenti, in relazione ad alcune irregolarità consistenti nella sottoscrizione nelle date del [*omissis*] di 4 prodotti finanziari così denominati: [*omissis*].

La COVIP ha, in particolare, contestato la violazione dell'art. 3 comma 4 e dell'art. 4 commi 4 e 5 del DM n. 166/2014, nonché degli artt. 9 e 11 del Regolamento (UE) n. 648/2012; nel corso del procedimento, in data 28 dicembre 2016, i ricorrenti hanno potuto presentare controdeduzioni scritte ed essere successivamente ascoltati in audizione orale il [*omissis*].

Non essendo le loro argomentazioni state ritenute dalla COVIP sufficienti ad escludere la violazione delle norme contestate, con deliberazione del 21.06.2017, sono state adottate le relative sanzioni, oggetto del presente giudizio. Ciascuno dei provvedimenti sanzionatori compresi quelli nei confronti dei componenti del Collegio sindacale (oggetto a loro volta di altro giudizio) è stato notificato anche al Fondo quale soggetto obbligato in solido al pagamento delle sanzioni pecuniarie.

[*omissis*]

Devono essere, in primo luogo, rigettate le censure volte a lamentare la violazione da parte dell'Amministrazione del giusto procedimento e del principio di separazione tra la fase istruttoria e quella decisoria: secondo quanto prescritto dal Regolamento in materia di procedure sanzionatorie di cui alla delibera n. 130 del 30.05.2007, il Direttore Generale della COVIP ha contestato, all'esito degli accertamenti compiuti dagli uffici, le violazioni riscontrate nell'ambito dell'attività di vigilanza, mentre il potere di irrogare le sanzioni appartiene alla Commissione, organo di vertice dell'Autorità stessa, alle cui riunioni partecipa sì il Direttore Generale, ma senza alcun diritto di voto né alcuna potestà decisoria.

Tale partecipazione non può in alcun modo inficiare di illegittimità per violazione dei suddetti principi la decisione della Commissione, come efficacemente già evidenziato da questo stesso Tribunale sia in relazione ad atti e procedure della Consob, (cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. I, 6.07.1999 n. 1522), sia, più di recente, proprio in rapporto alle sanzioni e al procedimento sanzionatorio della COVIP (TAR Lazio, Roma Sez. II bis, 13.07.2017 n. 6925 e n. 6941)

Al riguardo, occorre ricordare, prima di tutto, che l'art. 24, "Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali", della l.n. 262/2005, "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", così dispone: "1. Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione.

2. Gli atti delle Autorità di cui al comma 1 devono essere motivati. La motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

3. Le Autorità di cui al comma 1 disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei principi di cui al presente articolo".

Il regolamento in materia di procedure sanzionatorie adottato dalla Commissione di vigilanza sui fondi pensione al fine di applicare i principi recati dall'articolo 24, comma 1, della legge richiamata attribuisce agli uffici amministrativi la predisposizione degli atti istruttori del procedimento sanzionatorio da sottoporre alla Commissione che, in via autonoma, è titolare del potere di decisione finale.

Nella fattispecie, i suddetti principi non risultano affatto violati.

Risulta essere stata curata un'approfondita istruttoria, in contraddittorio con gli interessati, dai competenti uffici amministrativi; le

controdeduzioni proposte dai soggetti interessati sono state regolarmente rappresentate alla Commissione; quest'ultima, autonomamente, ha adottato la decisione finale, dando anche conto delle ragioni per cui le difese dei soggetti sanzionati sono state respinte.

Il provvedimento impugnato, quindi, non può essere ritenuto viziato sotto i dedotti profili, essendo stata assicurata l'integrità del contraddittorio in senso sostanziale e non meramente formale, tanto è vero che la Commissione, con una congrua motivazione, ha esposto le ragioni giuridiche e fattuali che l'hanno indotta a sanzionare i ricorrenti.

Nelle citate decisioni questo Tribunale ha, come anticipato, già avuto occasione di sottolineare che "la presenza del direttore generale e di altri dirigenti dei servizi amministrativi alla riunione della Commissione che ha deliberato il provvedimento sanzionatorio non costituisce un vizio del procedimento, trattandosi di presenza necessaria affinché l'organo decidente potesse essere informato con pienezza e completezza di tutti gli elementi acquisiti nella fase istruttoria. Non risulta che i dirigenti amministrativi abbiano in alcun modo influenzato la decisione finale, né tantomeno si può presumere che i componenti della Commissione fossero condizionati, al momento della decisione, dalla presenza dei funzionari. Non esiste alcuna ragione logica da cui dedurre un presunto potere di condizionamento e di influenza dei servizi amministrativi nei confronti dell'organo dell'Autorità indipendente" (TAR Lazio, Roma Sez. II bis, 13.07.2017 n. 6925 e n. 6941).

Quanto alla ulteriore doglianza articolata dai ricorrenti in relazione all'asserita violazione della regola del contraddittorio del quale essi sarebbero stati privati nella fase decisionale delle sanzioni, dinanzi all'organo decidente, o alla mancata integrale tempestiva conoscenza degli atti del procedimento, anche tali argomentazioni, pur suggestive, non possono essere condivise alla luce dell'assenza nel sistema normativo di un obbligo in capo all'Amministrazione di rinnovare un momento dialogico con gli interessati, già esplicatosi a pieno nel corso del procedimento, prima dell'emissione di provvedimenti sanzionatori.

Dell'avvenuto esercizio da parte dei ricorrenti delle loro facoltà difensive e dell'inidoneità delle argomentazioni da essi svolte ad escludere la loro responsabilità di amministratori per le irregolarità riscontrate dà puntualmente conto il provvedimento impugnato nella sua motivazione, tutt'altro che carente sul punto.

Parimenti non meritevoli di accoglimento sono i motivi proposti dai ricorrenti in rapporto alla pretesa erroneità della classificazione come "derivati" dei prodotti sottoscritti dal Fondo che sarebbero stati al contrario, secondo la loro ricostruzione, delle semplici obbligazioni, sia pure strutturate, e in quanto tali, liberamente acquistabili dall'ente, in quanto non caratterizzate da un rischio eccessivamente elevato e, dunque, non necessitanti di cautele e procedimenti del tutto peculiari, come ritenuto dalla COVIP.

L'argomento più forte a sostegno della correttezza della tesi posta dall'Amministrazione alla base delle sue contestazioni e dell'irrogazione delle sanzioni ai ricorrenti – che non ha, in verità, trovato efficace confutazione nel presente giudizio, nonostante la copiosa documentazione anche tecnica prodotta - è quello per cui, al di là delle complesse distinzioni e classificazioni tracciate dalla dottrina specialistica, i prodotti finanziari in questione non possono essere ritenuti titoli di debito (rectius obbligazioni), perché come sottolineato dalla difesa dell'Amministrazione, "il rimborso del capitale a scadenza non è … garantito contrattualmente e dipende da un determinato evento (<<credit event>> oppure <<barrierevent>>)".

I titoli in questione appaiono, infatti, alla luce dei documenti in atti e di tutti gli elementi forniti dalle parti, piuttosto corrispondere alla definizione che di strumenti "derivati" fornisce la Banca d'Italia, come "contratti il cui valore dipende dall'andamento di una o più variabili (il sottostante): tassi di interesse, azioni o indici azionari, merci, tassi di cambio. I derivati di credito (come i Credit default swap, CDS) consentono di negoziare il rischio di insolvenza associato a determinate attività finanziarie".

Oltre alle espressioni usate nei Termsheet prima della modifica, attuata nel corso del procedimento sanzionatorio, per cui riguardo al prodotto sottoscritto si diceva espressamente "thisis a derivative instrument", ciò che osta al riconoscimento dei titoli in questione come obbligazioni, sia pure strutturate, è il fatto che queste ultime, a differenza di quanto accade negli strumenti de quibus, vedono operare la loro componente derivativa sugli interessi e non sul capitale, la cui restituzione dovrebbe essere comunque sempre garantita, almeno come valore nominale del titolo.

Ciò non avviene nei titoli acquistati dal Fondo, in cui la componente derivativa va ad incidere anche, come detto, sul capitale.

La modalità seguita per l'acquisto di strumenti finanziari con le caratteristiche illustrate

rappresenta anche una violazione da parte del Fondo delle regole fissate nel suo Documento sulla Politica di Investimento che per i prodotti in parola richiedeva "la verifica della coerenza con l'assetallocation strategica e la normativa di riferimento, analisi inerenti redditività prospettica, rischiosità, liquidità e costi e il confronto, ove possibile, con investimenti comparabili".

Pur avendo affermato che l'investimento era stato eseguito sulla base del procedimento richiesto dal DPI, i ricorrenti non hanno in alcun modo dimostrato di aver osservato le procedure prescritte, né di aver compiuto effettivamente gli approfondimenti e le valutazioni richiesti anteriormente all'acquisto degli strumenti de quibus.

Né risulta che siano stati posti in essere gli adempimenti ed osservati gli obblighi di segnalazione prescritti dal regolamento EMIR, né le procedure per misurare, monitorare ed attenuare il rischio operativo e il rischio di credito.

Non può, poi, essere accolta la tesi dei ricorrenti relativa alla circostanza per cui i prodotti sottoscritti sarebbero stati comunque quotati su "mercati regolamentati".

Come puntualmente ricostruito dalla difesa dell'Amministrazione, il mercato nel quale sono stati quotati i titoli [*omissis*] non risulta, infatti, essere un mercato regolamentato.

Non può essere, inoltre, condivisa la doglianza relativa alla pretesa unicità della condotta illecita, poiché le omissioni poste in essere dai ricorrenti e le diverse violazioni di norme nazionali e comunitarie appaiono del tutto distinte tra loro, anche dal punto di vista temporale, andando, tra l'altro, a colpire beni giuridici protetti diversi, come l'interesse degli iscritti al Fondo a non assumere rischi di investimento eccessivamente elevati e non giustificati e la trasparenza e la sicurezza del sistema di previdenza complementare.

In ogni caso, anche l'applicazione del concorso formale degli illeciti non avrebbe necessariamente condotto ad una sanzione di importo cumulativamente inferiore, essendo le singole sanzioni comunque state irrogate in un ammontare piuttosto contenuto.

Quanto alla pretesa erronea applicazione della nuova normativa del DM n. 166/2014, in luogo di quella ultrattiva del DM n. 703/1996, si può da un lato evidenziare che i fatti sanzionati avrebbero costituito un illecito sia in base alla vecchia che in base alla nuova disciplina, come, del resto, comunicato espressamente nelle lettere di contestazione, e, dall'altro lato, che dai documenti in atti risulta come il Fondo in questione avesse già inteso uniformarsi, prima della scadenza del periodo transitorio, alle prescrizioni del DM n. 166/2014, rendendo, quindi, direttamente e definitivamente applicabile al caso di specie la nuova normativa, come del resto previsto dalla disciplina transitoria.

Non possono essere, infine, condivise le doglianze dei ricorrenti svolte in relazione alla mancanza dell'elemento soggettivo della colpa nel loro operato, in forza del numero e dell'importanza degli avvisi e dei pareri espressi da enti esterni ed organi interni del Fondo, tutti ben lontani anche solo dall'ipotizzare una natura di strumenti derivati dei titoli in questione e per il carattere problematico di tale qualificazione.

Al riguardo si può richiamare la costante giurisprudenza amministrativa, anche di questo Tribunale, riguardo all'imputabilità dell'illecito amministrativo (cfr. TAR Lazio, Sez. II bis, 8.01.2015 n.151) che interpretando "l'art. 3 della legge n. 689 del 1981, ai sensi del quale <<Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa>> (osserva che) …nella parte in cui tale norma attribuisce rilievo alla coscienza e volontà della azione o omissione, sia essa dolosa o colposa, nell'escludere l'imputabilità dell'illecito amministrativo a titolo di responsabilità oggettiva, (essa) postula una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, la colpa dovendosi ritenersi positivamente dimostrata se la condotta rilevante ai fini della sanzione integra violazione di precise disposizioni normative.

Il richiedere per la responsabilità nell'illecito amministrativo che la condotta attiva od omissiva rivesta i caratteri della coscienza e volontarietà, e sia perlomeno colposa, pone quindi una presunzione <<iuris tantum>> di colpa in chi ponga in essere o manchi di impedire un fatto vietato, dal che consegue che è legittima l'irrogazione della sanzione in assenza di prove atte a superare detta presunzione mediante la dimostrazione della propria estraneità al fatto o dell'impossibilità di evitarlo (Cassazione Civile, Sez. V, 25 maggio 2001 n. 7143; Sez. I, 9 maggio 2003 n. 7065; Sez. Lav., 23 agosto 2003 n. 12391; Sez. II, 13 marzo 2006 n. 5426; 11 giugno 2007 n. 13610; Sez. V, sent. n. 23019 del 30-10-2009).

Il principio posto dalla citata norma, secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva sia essa dolosa o colposa, deve quindi essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi, senza che occorra la concreta

dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che 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".
Si deve inoltre sottolineare che la normativa di settore richiede ai componenti degli organi di amministrazione e degli organi direttivi o di vigilanza dei fondi di previdenza complementare, che comunque devono possedere elevati requisiti di professionalità, una diligenza specifica, in ragione della particolarità dell'incarico ricoperto, della delicatezza della materia trattata e dell'importanza socio-economica del settore in cui i fondi si trovano ad operare.
Da qui l'impossibilità di escludere la riconducibilità ad essi della condotta omissiva illecita anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, non essendo evidentemente sufficienti dinanzi alla chiara incidenza del rischio "derivato" sul capitale, i dati desumibili da pareri di advisor o consulenti pur specializzati, all'origine, nell'eventualità di responsabilità professionale di questi ultimi e di obbligazioni risarcitorie.
In base a tutti gli elementi che emergono dai documenti in atti ed alle caratteristiche delle predette condotte, non appaiono, infine, sussistere neppure i denunciati profili di sproporzione delle sanzioni, tenuto conto anche del fatto che le sanzioni stesse, oggetto peraltro solo di generiche censure, risultano essere state irrogate in misura ampiamente inferiore alla media della forbice edittale, senza particolari indizi di irragionevolezza o incongruità.
In conclusione, i ricorsi riuniti, con riguardo all'impugnazione delle sanzioni e di tutti gli atti del relativo procedimento non possono che essere i respinti.
[*omissis*]

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis),definitivamente pronunciando,
[*omissis*]
- rigetta [*omissis*] i ricorsi riuniti RG n. 9102/17, n. 9103/17, 9104/17 avverso le sanzioni pecuniarie irrogate dalla COVIP e contro tutti gli atti connessi;
- condanna i ricorrenti alla rifusione, in favore della COVIP delle spese di lite, liquidate in complessivi € 5.000,00 oltre accessori di legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Magistrati: [*omissis*]

L'Estensore [*omissis*]

Il Presidente [*omissis*]