

AVV. MARIO SIRAGUSA
AVV. ROBERTO CASATI¹
AVV. GIUSEPPE SCASELLATI SFORZOLINI¹
AVV. ROBERTO BONSIGNORE¹
AVV. PIETRO FIORUZZI¹
AVV. VANIA PETRELLA
AVV. C. FERDINANDO EMANUELE
AVV. MARCO D'OSTUNI¹
AVV. CARLO SANTORO
AVV. MATTEO BERETTA
AVV. CARLO DE VITO PISCICELLI¹

AVV. FRANCESCO DE BIASI
AVV. G. CESARE RIZZA BAJARDO
AVV. CLAUDIO DI FALCO¹
AVV. PIETRO MERLINO

AVV. FRANCESCA M. MORETTI
AVV. SAVERIO VALENTINO¹
AVV. STEFANO DE DOMINICIS
AVV. FAUSTO CARONNA
AVV. GIULIA FAUSTA GOSI
AVV. PAOLA ALBANO
AVV. GEROLAMO DA PASSANO¹
AVV. PIERANTONIO DELL'IA
AVV. LUCIANA BELLIA

AVV. PIETRO ACERBI
AVV. PATRICK ACTIS PERINETTO
AVV. ROBERTO ARGERI
AVV. GIANLUCA ATZORI
AVV. LARISA BABIY
AVV. ALESSANDRO BARDANZELLI
AVV. LAURA BERGAMINI
AVV. PAOLO BERTOLI
AVV. ACHILLE CALIÒ MARINCOLA SCULCO¹
AVV. CHIARA CAPALTI
AVV. DOMENICO CAPONE
AVV. MARCO CAPPELLETTI
AVV. ANDREA CAZZANI
AVV. FEDERICO CENZI VENEZZE¹
AVV. ANDREA CONZATTI¹
AVV. PHILIPPE CROENE
AVV. MICHELE CURATOLA¹

AVV. FRANCESCO DE LORENZI
AVV. EUGENIO SIMONE DE NARDIS¹
AVV. LUCA DENORA¹
AVV. ALESSANDRO DE STEFANO
AVV. MASSIMILIANO DI TOMMASO¹
AVV. GIANLUCA FELLA
AVV. LORENZO FREDDI¹
AVV. ROSELLA GANCITANO
AVV. ALESSANDRO GENNARINO¹
AVV. FRANCESCA GESUALDI¹
AVV. ALESSANDRA GUERRIERI
AVV. FRANCESCO IODICE

AVV. MARCO CESARE LAURITA
AVV. FRANCESCO LIBERATORI
AVV. ROBERTO FABIO LIPARI
AVV. MARIA GRAZIA MAMONE²
AVV. ANDREA MANTOVANI¹
AVV. FEDERICO MARINI BALESTRA
AVV. LUDDOVICA MARVASI
AVV. BERNARDO MASSELLA DUCCI TERI¹
AVV. LORENZO MELCHIONDA⁴
AVV. MARIO MICCICHÉ
AVV. LUIGI NASCIMBENE
AVV. CECILIA PARISI¹ 3

AVV. SARA PARMIGGIANI
AVV. LAURA PROSPERETTI
AVV. NICOLE BRUNELLA PUPPIENI¹
AVV. PAOLO RAINELLI
AVV. GIANLUCA RUSSO
AVV. FABIO SACCONI
AVV. CLEMENTE SARDI
AVV. MARCO SCALERA¹
AVV. GIANPAOLO SCANDONE
AVV. ALICE SETARI
AVV. DAVID SINGER¹
AVV. MARCO SPADA¹
AVV. LORENZO VITALI
AVV. MARCO ZOTTA

¹ MEMBER OF THE NEW YORK BAR
² SOLICITOR, ENGLAND AND WALES
³ AVOCAT À LA COUR DE LUXEMBOURG
⁴ AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP

PIAZZA DI SPAGNA 15

00187 ROMA

TELEFONO
06 695221

TELEFAX
06 69200665

WWW.CLEARYGOTTlieb.COM

VIA SAN PAOLO 7
20121 MILANO
TEL 02 726081
FAX 02 86984440

NEW YORK • WASHINGTON, DC • PARIGI • BRUXELLES • LONDRA
FRANCOFORTE • MOSCA • COLONIA • HONG KONG
PECHINO • BUENOS AIRES • SAN PAOLO • ABU DHABI • SEOUL

13 maggio 2015

CONSOB
Divisione Strategie Regolamentari
Via G. B. Martini n. 3
00198 ROMA

VIA SIPE

Oggetto: Osservazioni al documento di consultazione sulle “*modifiche al regolamento sul procedimento sanzionatorio della CONSOB*” del 22 aprile 2015

Desideriamo ringraziare codesta Spett.le Commissione per averci concesso l'opportunità di presentare i nostri commenti al documento di consultazione pubblicato in data 22 aprile 2015 (il “Documento di Consultazione”) contenente una proposta di modifiche (le “Modifiche”) al regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob approvato con delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013 (il “Regolamento”).

Nell'accogliere con favore l'obiettivo generale di migliorare il livello di garanzia del contraddittorio offerto dal procedimento sanzionatorio della Consob, presentiamo di seguito alcune nostre osservazioni (le “Osservazioni”) alle Modifiche proposte e ad altri punti del Regolamento. Le presenti Osservazioni fanno seguito a quelle già proposte dal nostro Studio nel corso della consultazione sul “*regolamento sul procedimento sanzionatorio*”

della CONSOB” del 5 agosto 2013 (le “Precedenti Osservazioni”) e, in alcuni casi, ripropongono alcune nostre proposte non accolte da codesta Spett.le Commissione in tale sede. Ci sembra, infatti, che codesta Spett.le Commissione potrebbe riconsiderare tali proposte alla luce non solo della nota sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (“CEDU” o “Corte di Strasburgo”) del 4 marzo 2014 (c.d. “sentenza Grande Stevens”), ma anche in ragione del riconoscimento da parte del Consiglio di Stato della scelta del legislatore italiano di “*estendere al procedimento sanzionatorio di competenza della Consob alcune garanzie tipiche del c.d. giusto processo*” nonché della natura “*rafforzat[a]*” del “*contraddittorio richiamato per i procedimenti sanzionatori della Consob*”¹, in un’ottica di rispetto dei parametri legislativi di cui agli artt. 187-*septies*, comma 2, e 195, comma 2, del Decreto Legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 (“TUF”) e 24, comma 1, della Legge n. 262 del 28 dicembre 2005.

Segnaliamo che le presenti Osservazioni, come le Precedenti Osservazioni, rispecchiano unicamente le opinioni degli scriventi in merito al Documento di Consultazione e non rappresentano in alcun modo le posizioni di clienti dello studio.

Nei successivi paragrafi, in primo luogo, analizziamo le singole Modifiche del Regolamento proposte da codesta Spett.le Commissione divise per tema (piuttosto che per articolo) e, successivamente, proponiamo l’adozione di ulteriori interventi sul Regolamento che, a nostro avviso, appaiono necessari al fine di migliorare il livello di garanzia dei principi del contraddittorio e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie².

A. Modifiche relative al termine di conclusione del procedimento

1. Concordiamo con le Modifiche all’art. 4, comma 2, del Regolamento proposte da codesta Spett.le Commissione.

In particolare, apprezziamo sia la previsione di un unico termine di conclusione del procedimento per tutti i soggetti interessati in un procedimento plurisoggettivo, sia la chiara identificazione di tale termine tramite la comunicazione dello stesso agli interessati. Tali modifiche, infatti, ci sembra possano concretamente contribuire ad incrementare il livello di certezza del diritto del procedimento sanzionatorio Consob.

Tuttavia, al fine di tutelare le esigenze di riservatezza dei destinatari della contestazione e garantire la segretezza del procedimento sanzionatorio, ci sembra sia opportuno che la data di conclusione dei procedimenti sia resa nota agli interessati attraverso

¹ Cfr. Consiglio di Stato n. 1596/2015.

² Laddove non diversamente specificato, nelle presenti Osservazioni le espressioni “capi”, “articoli”, “commi”, “periodi” e le relative abbreviazioni fanno riferimento al Regolamento.

modalità diverse rispetto alla pubblicazione sul sito internet della Consob, quali, in particolare, quelle di cui all'art. 3 del Regolamento.

Segnaliamo, inoltre, l'opportunità di comunicare agli interessati non solo la data di conclusione del procedimento, ma anche la data di perfezionamento della notifica della lettera di contestazione, atteso che è da tale momento che decorre il termine per la presentazione di memorie scritte e documenti (cfr. art. 5, comma 2) e, quindi, è tale momento che i destinatari hanno interesse a che sia espressamente riconosciuto da codesta Spett.le Commissione. Proponiamo, quindi, di riformulare le disposizioni rilevanti come segue:

- (i) ultimo periodo dell'art. 4, comma 2: *“La data di perfezionamento per i destinatari della notificazione della lettera di contestazione degli addebiti e la data di conclusione dei procedimenti sanzionatori ~~è-sono rese note~~ è consultabile nel sito internet dell'Istituto ~~tramite comunicazione agli interessati con le modalità di cui all'art. 3”~~”;*
- (ii) art. 4, comma 3, lett. d-bis): *“la comunicazione che la data di perfezionamento per i destinatari della notificazione della lettera di contestazione degli addebiti e la data di conclusione del procedimento ~~è~~ saranno comunicate agli interessati con le modalità di cui all'art. 3 ~~consultabile nel sito internet della Consob~~, successivamente al perfezionamento delle procedure di notificazione ai soggetti interessati”.*

2. Sempre in relazione ai termini del procedimento sanzionatorio, notiamo tuttavia la presenza di un possibile difetto di coordinamento tra le modifiche apportate al secondo comma dell'art. 4 e il testo dell'art. 5, comma 2, e dell'art. 8, comma 2. In tali ultime disposizioni, infatti, andrebbe chiarito – come fatto all'art. 4, comma 2 – che in caso di procedimento sanzionatorio plurisoggettivo, il termine per presentare deduzioni e controdeduzioni è unico per tutti i destinatari della lettera di contestazione e decorre dal trentesimo giorno successivo alla data di perfezionamento dell'ultima notificazione.

Peraltro, qualora le citate differenze tra il secondo comma dell'art. 4 e il secondo comma dell'art. 5 e dell'art. 8 non fossero dovute a un difetto di coordinamento ma fossero frutto di una scelta volontaria di codesta Spett.le Commissione, ci sembrerebbe che la differenziazione dei *dies a quo* per l'invio di deduzioni e controdeduzioni difensive potrebbe creare confusione e errori per le parti soprattutto quando le stesse sono difese congiuntamente da un medesimo legale. Inoltre, nel diverso caso in cui i destinatari della contestazione abbiano interessi tra loro confliggenti, la differenziazione dei *dies a quo* in oggetto creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra gli stessi, atteso che quello che riceve la notificazione successivamente avrebbe il vantaggio di poter visionare – tramite l'esercizio del

proprio diritto di accesso – le deduzioni o, a seconda del caso, le controdeduzioni dell'altro destinatario prima di dover depositare le proprie.

Pertanto, proponiamo di modificare il testo delle disposizioni rilevanti come segue:

- (i) art. 5, comma 2, “*Le deduzioni scritte e i documenti sono inviati all'Ufficio Sanzioni Amministrative entro il termine di legge di trenta giorni dalla data di perfezionamento per il destinatario della notifica ~~di~~ della lettera di contestazione degli addebiti, ovvero, nel caso di procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di più soggetti, dalla data di perfezionamento dell'ultima notificazione. Tale termine può essere prorogato, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, a seguito di motivata richiesta dei soggetti interessati”;*
- (ii) art. 8, comma 2: “*Entro il quindicesimo giorno successivo alla data di ricezione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative da parte dei soggetti che ne hanno fatto richiesta, ovvero, nel caso di procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di più soggetti, alla data di ricezione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative da parte dell'ultimo soggetto, gli stessi possono presentare alla Commissione proprie controdeduzioni scritte in replica alle considerazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative. Qualsiasi documento presentato successivamente a tale termine non sarà preso in considerazione. Nel caso di procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di più soggetti, la data di ricezione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative da parte dell'ultimo soggetto è resa nota agli interessati tramite comunicazione con le modalità di cui all'art. 3”.*

B. Modifiche relative all'invio della relazione dell'USA ai destinatari e presentazione di controdeduzioni

Accogliamo con grande favore l'introduzione della possibilità per gli interessati di visionare la relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative (“USA”) e di presentare controdeduzioni alla stessa.

Come già segnalato nelle nostre Precedenti Osservazioni (cfr. il relativo paragrafo E(a)), infatti, la possibilità di ricevere e replicare alla relazione dell'USA ci sembra fondamentale sotto il profilo della garanzia del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Entrando nel dettaglio delle Modifiche proposte, abbiamo alcune osservazioni che illustriamo di seguito.

(a) Presentazione di un'istanza separata

1. In primo luogo, non condividiamo la scelta di subordinare la possibilità di ricevere la relazione dell'USA alla trasmissione di una "istanza separata" e alla presentazione delle "deduzioni difensive".

A nostro avviso, infatti, i destinatari dovrebbero ricevere tale relazione indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno presentato un'espressa istanza e/o deduzioni difensive. Ciò in ossequio al loro diritto di difesa e al principio del contraddittorio che, a nostro avviso, imporrebbero sia di comunicare a ciascuna parte tutti gli atti del procedimento particolarmente rilevanti per la sua posizione (quale è sicuramente l'atto con cui per la prima volta sono svolte "considerazioni in merito alla sussistenza ed alla gravità della violazione"), sia il diritto della stessa di "costituirsi" tardivamente e di compiere tutti gli atti per i quali non siano ancora scaduti i termini di legge.

Riteniamo, quindi, opportuno riformulare le disposizioni rilevanti come segue:

- (i) art. 4, comma 3, lett. f-bis): "*l'indicazione ~~della facoltà del diritto di chiedere con istanza separata, da parte~~ dei destinatari della lettera di contestazione degli addebiti ~~che abbiano presentato le deduzioni scritte ai sensi dell'articolo 5, comma 2, di ricevere~~ la relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative prevista dall'articolo 6, comma 4 [...]*";
- (ii) art. 5, comma 1: "*I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa nella fase istruttoria mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contestati. Inoltre, ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, ~~che abbiano presentato le deduzioni scritte ai sensi dell'articolo 5, comma 2 e formulato apposita istanza,~~ è trasmessa la relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative per l'esercizio della facoltà prevista dall'articolo 8, comma 2*";
- (iii) art. 8, comma 1: "*Contestualmente alla trasmissione alla Commissione, fatti salvi i tempi occorrenti per l'eventuale traduzione in lingua straniera, la relazione finale predisposta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative [...] è trasmessa ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, ~~che abbiano presentato le deduzioni scritte ai sensi dell'articolo 5, comma 2, e ne~~*

~~abbiano fatto espressa richiesta con istanza separata nei termini previsti dal medesimo articolo~~";

- (iv) art. 8, comma 2: “Entro il quindicesimo giorno successivo alla data di ricezione della relazione dell’Ufficio Sanzioni Amministrative ~~da parte dei soggetti che ne hanno fatto richiesta, gli stessi~~, i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti possono presentare alla Commissione proprie controdeduzioni scritte in replica alle considerazioni dell’Ufficio Sanzioni Amministrative. Qualsiasi documento presentato successivamente a tale termine non sarà preso in considerazione”;
- (v) art. 8, comma 3: “~~nel caso previsto al comma 1, il~~ termine di conclusione del procedimento sanzionatorio è sospeso dalla data di protocollazione della relazione dell’Ufficio Sanzioni Amministrative fino alla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni scritte da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la relazione dell’Ufficio Sanzioni Amministrative”.

2. In ogni caso, segnaliamo che le Modifiche omettono di specificare il termine entro cui l’interessato possa presentare l’“istanza separata” per la ricezione della relazione dell’USA, né chiariscono se tale istanza separata debba solo contenere la richiesta di ricevere la relazione dell’USA o anche specificare l’intenzione di presentare controdeduzioni scritte.

(b) Omissioni nella Relazione dell’USA trasmessa agli interessati

1. Non concordiamo con la scelta di codesta Spett.le Commissione di omettere dalla relazione dell’USA inviata agli interessati la “proposta di determinazione della sanzione”.

Riteniamo, infatti, che la possibilità per gli interessati di contestare la quantificazione della sanzione sia essenziale ai fini dell’esercizio del diritto di difesa, mentre l’orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con sentenza SS.UU. n. 20935/2009 – ivi inclusa l’affermazione secondo cui “il contraddittorio endoprocedimentale non verte[rebbe] sulla sanzione e sui criteri della relativa quantificazione” – appare superato alla luce della sentenza Grande Stevens della CEDU che ha inciso sui presupposti della richiamata sentenza a Sezioni Unite³.

³ In particolare, tale sentenza si fondava espressamente sul presupposto che il “principio del contraddittorio durante la fase istruttoria del procedimento sanzionatorio [è stato] introdotto, come è noto, nell’ordinamento al fine di prevenire al nostro Paese le censure mosse, sotto il profilo delle garanzie, dalla Corte di Strasburgo nei confronti dell’omologa autorità di vigilanza francese”. Ebbene, tale presupposto sembra

Inoltre, ci preme sottolineare che non condividiamo neanche la proposta di codesta Spett.le Commissione di omettere da tale relazione le “*parti sottratte all’esercizio del diritto di accesso*”. Al riguardo, segnaliamo che la trasmissione di tale relazione è strettamente legata all’esercizio del diritto di difesa da parte dei destinatari della contestazione (e, in particolare, alla presentazione delle controdeduzioni) e, quindi, non pare possibile limitarne l’accesso ai sensi dell’art. 24, comma 7, della L. 241/1990. Tale disposizione, infatti, derogando ai precedenti commi che prevedono casi di esclusione del diritto di accesso, stabilisce in modo inequivoco che “*deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*”.

Alla luce di quanto precede, riteniamo, quindi, opportuno riformulare il testo dell’art. 8, comma 1, come segue: “*Contestualmente alla trasmissione alla Commissione, fatti salvi i tempi occorrenti per l’eventuale traduzione in lingua straniera, la relazione finale predisposta dall’Ufficio Sanzioni Amministrative, ~~con l’omissione delle parti sottratte all’esercizio del diritto di accesso e della proposta di determinazione della sanzione,~~ è trasmessa ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti [...]*”.

2. Qualora tuttavia codesta Spett.le Commissione non ritenesse di accogliere la proposta di cui sopra, crediamo che sarebbe quantomeno opportuno specificare, sempre al fine di tutelare il diritto di difesa degli interessati, che nella relazione dell’USA trasmessa ai destinatari devono essere comunque indicati i criteri che sono stati presi in considerazione dall’USA nella determinazione della proposta di sanzione e le circostanze concrete che lo stesso Ufficio ha a tal fine considerato rilevanti.

Pertanto suggeriamo – sempre solo qualora codesta Spett.le Commissione non ritenga di accogliere la nostra precedente proposta – di riformulare il testo dell’art. 8, comma 1, come segue: “*Contestualmente alla trasmissione alla Commissione, fatti salvi i tempi occorrenti per l’eventuale traduzione in lingua straniera, la relazione finale predisposta dall’Ufficio Sanzioni Amministrative, con l’omissione delle parti sottratte all’esercizio del diritto di accesso e della proposta di determinazione della sanzione, ma ferma restando la necessità di indicare i criteri che sono stati presi in considerazione nella determinazione della proposta di sanzione e le circostanze concrete a tal fine considerate rilevanti, è trasmessa ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti [...]*”.

(c) Termine per presentare controdeduzioni alla relazione dell’USA

essere venuto meno ora che proprio la Corte di Strasburgo ha espressamente affermato che “*il procedimento dinanzi alla CONSOB non garantisce, [tra l’altro], la parità delle armi tra accusa e difesa*” (cfr. sentenza Grande Stevens).

Pur come detto accogliendo con grande favore la scelta di codesta Spett.le Commissione di consentire agli interessati di controdedurre alla relazione dell'USA, riteniamo che il termine di 15 giorni a tal fine concesso sia troppo breve e lesivo del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, considerando anche che l'USA ha invece ben 165 giorni per predisporre la propria relazione.

Al riguardo, riteniamo che un periodo di non meno di 60 giorni possa costituire un termine congruo. Ovviamente resterebbe ferma la sospensione del termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio prevista dall'art. 8, comma 3.

C. Ulteriori possibili modifiche da apportare al Regolamento

Alla luce del recente filone giurisprudenziale inaugurato dalla Corte di Strasburgo e sviluppato in Italia dal Consiglio di Stato, ci pare necessario – e non semplicemente opportuno – ai fini della legalità del procedimento sanzionatorio della Consob, che vengano apportate al Regolamento tutte quelle modifiche che siano richieste per rendere il procedimento conforme ai parametri legislativi del “*contraddittorio*” e della “*distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*” (cfr. artt. 24, comma 1, della Legge 262/2005 e 187-*septies*, comma 2, e 195, comma 2, del TUF), così come interpretati nella giurisprudenza CEDU e del Consiglio di Stato.

In ragione di ciò, ci sembra opportuno riproporre in questa sede alcune delle nostre Precedenti Osservazioni che non sono state accolte nella scorsa consultazione del 5 agosto 2013. In particolare, riproponiamo di seguito le sole osservazioni che evidenziano possibili violazioni dei principi del “*contraddittorio*” e della “*distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*”, confidando che le stesse potrebbero ricevere oggi una migliore accoglienza in ragione dell'ormai più volte citato sviluppo giurisprudenziale garantista affermatosi nell'ultimo anno.

(a) Sottoscrizione della lettera di contestazione

In primo luogo, ribadiamo in questa sede che a nostro avviso la previsione di cui all'art. 4, comma 1, primo periodo, del Regolamento, ai sensi della quale anche il Direttore Generale (o il Vice Direttore Generale) sottoscrive la lettera di contestazione, ci sembra in violazione del principio di “*distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*”, così come interpretato nella giurisprudenza della CEDU e, in particolare, nella

nota sentenza Dubus S.A. c. Francia dell'11 giugno 2009⁴, oltre che nella citata sentenza Grande Stevens⁵.

Tale affermazione si basa sulla circostanza che, ai sensi dell'art. 10 del Regolamento Consob n. 8674 del 17 novembre 1994, il Direttore Generale (nonché il Vice Direttore Generale in caso di sua assenza o impedimento) “*di norma*” assiste “*alle riunioni della Commissione*” e, cioè, partecipa alle discussioni dell'organo deputato all'adozione della sanzione (*ex art. 8 del Regolamento*). Il fatto che tale partecipazione sia “*senza diritto di voto*” non ci sembra possa avere rilievo decisivo al fine di escludere una possibile violazione del principio di separazione tra funzioni istruttorie e decisorie, atteso che un simile diritto non è riconosciuto anche ai destinatari della lettera di contestazione.

A nostro avviso, quindi, è assolutamente opportuno intervenire su tale previsione. Al riguardo, ci sembrano possibili tre soluzioni alternative:

- (i) eliminare la previsione della firma del Direttore Generale e disporre che la lettera di contestazione sia sottoscritta unicamente dal responsabile della Divisione competente;
- (ii) prevedere che il Direttore Generale non possa assistere alle riunioni della Commissione aventi ad oggetto l'adozione di sanzioni amministrative; ovvero
- (iii) concedere anche ai destinatari della lettera di contestazione il diritto di assistere alle riunioni della Commissione aventi ad oggetto l'adozione di sanzioni amministrative nei loro confronti.

(b) Momento dell'accertamento

Come già sottolineato nelle Precedenti Osservazioni, l'art. 4, comma 1, del Regolamento, che prevede che il termine per la notifica della contestazione degli addebiti decorra “*dall'accertamento compiuto sulla base degli elementi comunque acquisiti e dei fatti emersi a seguito dell'attività di vigilanza svolta dalla Consob e delle successive valutazioni*”, determina un rilevante profilo di incertezza che grava sull'intero procedimento. Come noto, infatti, l'individuazione del “momento dell'accertamento” è stata oggetto di contrasti giurisprudenziali che non hanno portato a risultati conclusivi.

⁴ In cui, tra l'altro, la CEDU afferma che ai fini di verificare l'imparzialità “oggettiva” “*même les apparences peuvent revêtir de l'importance*”.

⁵ Nella quale, come noto, la Corte di Strasburgo ha statuito che il procedimento sanzionatorio della Consob non rispetta il principio di “*imparzialità oggettiva*” dell'organo giudicante, in quanto “*l'Ufficio Insider Trading, l'Ufficio Sanzioni Amministrative e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente*” (cfr., paragrafi 137-138).

Alla luce dei principi sottolineati dalla giurisprudenza comunitaria e amministrativa che ha mosso le Modifiche in commento, ci sembra ancor più pressante l'esigenza di individuare con maggior precisione il "momento dell'accertamento", ad esempio ancorandolo temporalmente alla chiusura dell'ispezione, ove essa rilevi, oppure individuandolo nel momento in cui si è compiuto l'ultimo atto istruttorio che sia, però, adeguatamente inserito nel contesto della precedente attività istruttoria e effettivamente rilevante ai fini della lettera di contestazione (ciò per evitare che un singolo atto istruttorio non rilevante compiuto a ridosso dello scadere del termine di notifica della contestazione determini una decorrenza *ex novo* di tale termine).

Per le medesime ragioni, il riferimento alle "*successive valutazioni*" dovrebbe essere eliminato.

Infine, ci sembra importante specificare che il termine per l'invio della lettera di contestazione, di cui all'art. 4, comma 1, ha carattere perentorio, in analogia con quanto previsto per il termine di cui all'art. 14, comma 2, della Legge n. 689 del 24 novembre 1981, del quale il primo condivide la natura.

(c) *Strumenti difensivi a disposizione dei soggetti interessati*

Crediamo che il ventaglio di mezzi difensivi offerti agli interessati dall'art. 5 (presentazione di deduzioni, controdeduzioni e documenti, accesso agli atti e audizione personale) non sia sufficiente a soddisfare pienamente le esigenze di tutela degli interessati, come, invece, richiesto dal principio del contraddittorio quale interpretato nella giurisprudenza della CEDU e nel recente pronunciamento del Consiglio di Stato.

Riteniamo, infatti, che il rispetto di tale principio esiga che agli interessati sia riconosciuta l'opportunità di interloquire "ad armi pari" con l'autorità amministrativa procedente nella fase istruttoria.

In tale ottica, sarebbe, a nostro avviso, appropriato riconoscere ai destinatari della contestazione il diritto di presentare istanze istruttorie e, quindi, richiedere all'ufficio procedente lo svolgimento di attività volte all'acquisizione di materiale probatorio, quali l'audizione di testimoni, il controesame di testimoni già esaminati dalla Consob e l'acquisizione di documenti da terzi.

In particolare, riteniamo sia di fondamentale importanza concedere agli interessati almeno la possibilità di domandare una nuova audizione di persone già ascoltate dalla Consob, specificando i fatti sui quali debbano essere sentite. Qualora, infatti, tali soggetti abbiano reso dichiarazioni a carico dei destinatari della contestazione, non può essere negato a quest'ultimi, al fine di assicurare il rispetto di un livello davvero basilare di

contraddittorio, il diritto di chiedere e ottenere che tali soggetti siano ascoltati anche su circostanze a favore del soggetto interessato⁶.

Proponiamo, quindi, di aggiungere un ulteriore ultimo comma all'art. 5 dal seguente tenore: “Entro il termine di cui al comma 2, primo periodo, i destinatari della lettera di contestazione possono chiedere che siano ascoltati dinnanzi all'Ufficio Sanzioni Amministrative soggetti informati sui fatti, ivi inclusi soggetti già ascoltati dalla Divisione competente, indicando le circostanze su cui essi devono essere sentiti. I destinatari della lettera di contestazione possono partecipare all'audizione di cui al precedente periodo. Il termine per la conclusione del procedimento è sospeso per il periodo intercorrente tra la data della richiesta di comparizione e la data di effettivo svolgimento dell'audizione”.

(d) Fase decisoria dinnanzi alla Commissione

Nonostante i significativi miglioramenti della fase decisoria nell'ottica di tutela del contraddittorio contenuti nella proposta di Modifiche, notiamo che non è stata prevista la possibilità per i destinatari di chiedere un'audizione personale dinanzi alla Commissione⁷.

Riteniamo che questa mancanza possa rappresentare un *vulnus* per il principio del contraddittorio e il diritto di difesa degli interessati, anche nell'interpretazione accolta a livello CEDU la quale ha, infatti, ravvisato proprio nell'assenza del diritto degli interessati *“di partecipare all'unica riunione tenuta dalla Commissione”*⁸ una delle maggiori carenze del procedimento sanzionatorio Consob.

Proponiamo, quindi, di modificare l'art. 8 prevedendo la possibilità degli interessati di essere sentiti dinanzi alla Commissione aggiungendo un nuovo comma tra il quarto e il quinto comma dal seguente tenore: “I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti hanno diritto di essere sentiti dinanzi alla Commissione. A tal fine, essi devono far pervenire apposita richiesta entro il termine di cui al comma 2. A seguito di detta richiesta, la Commissione fissa la data dell'audizione, che è comunicata ai soggetti interessati. Dell'audizione è redatto processo verbale, contenente le dichiarazioni rilasciate dalle parti”.

⁶ Si veda, al riguardo, l'art. 6, comma 3, della Convenzione ai sensi del quale *“ogni accusato ha diritto soprattutto a ... interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a scarico a pari condizioni dei testimoni a carico”*.

⁷ Tale diritto è invece garantito nei procedimenti sanzionatori dinnanzi all'Autorità Garante per le Concorrenza ed il Mercato ai sensi dell'art. 14, comma 5, del regolamento adottato con D.P.R. n. 217/1998.

⁸ Cfr. paragrafo 118 della sentenza Grande Stevens.

(e) Provvedimento finale della Commissione

Notiamo che il Regolamento nulla dispone in merito al contenuto del provvedimento finale della Commissione, se non che esso può essere sanzionatorio o di archiviazione.

Al riguardo, riteniamo che, come giustamente fatto per la lettera di contestazione, sia opportuno tipizzare il contenuto del provvedimento finale, specie se di tipo sanzionatorio, al fine di garantire la pienezza del diritto di difesa in sede di impugnazione.

In particolare, ci sembra opportuno modificare il comma 5 dell'art. 8 come segue: *“Il procedimento sanzionatorio si conclude con l'adozione da parte della Commissione del provvedimento sanzionatorio, dell'atto di archiviazione ovvero della proposta di applicazione di misura sanzionatoria di competenza di altra Amministrazione o Autorità. Il provvedimento sanzionatorio contiene almeno:*

a) la descrizione della violazione;

b) l'indicazione delle disposizioni violate e delle relative norme sanzionatorie;

c) i motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata;

d) le ragioni per le quali si è ritenuto di non condividere le deduzioni difensive presentate dai soggetti interessati;

e) l'entità della sanzione e la valutazione degli elementi utilizzati per la sua quantificazione;

f) l'indicazione della facoltà per i soggetti sanzionati di proporre opposizione avverso la sanzione, con espressa menzione del termine entro cui è possibile proporre opposizione e del giudice a tal fine competente”.

(f) *Particolari esigenze di tutela della riservatezza degli interessati*

Il procedimento sanzionatorio si caratterizza per una particolare esigenza di tutela della riservatezza delle informazioni relative agli interessati, in considerazione dei rilevanti e non reversibili effetti pregiudizievoli che qualsiasi fuga di notizie può avere nei confronti degli stessi. In generale, l'esistenza stessa del procedimento dovrebbe essere tenuta segreta fino alla pubblicazione dell'eventuale provvedimento sanzionatorio.

Siamo consapevoli che l'art. 4, comma 10, del TUF stabilisce un generale dovere per il personale della Consob di attenersi al segreto d'ufficio. Tuttavia, in ragione delle esigenze menzionate, sembrerebbe opportuno prevedere, nell'ambito del Regolamento,

uno specifico dovere di assoluta riservatezza e la designazione di un soggetto responsabile ad assicurare il rispetto di tale obbligo (ad esempio il responsabile del procedimento).

***** ***** *****

Restiamo a disposizione di codesta Spett.le Commissione per fornire qualsiasi chiarimento in merito alle Osservazioni contenute nel presente documento.

Con osservanza,

Pietro Fioruzzi / Claudio Di Falco / Fabio Saccone