

Risposta ABI alla Consultazione della Consob sulle proposte di modifica al regolamento sul procedimento sanzionatorio

Premessa

L'art. 23 della legge 5 marzo 2024, n. 21 ("Legge Capitali") ha introdotto nel TUF il nuovo art. 196-ter, volto a disciplinare, per le violazioni di competenza della Consob, il nuovo istituto degli "Impegni".

In attuazione della delega recata dal citato articolo 196-ter, la Consob è chiamata a definire, in conformità con l'ordinamento dell'Unione europea e garantendo il diritto al contraddittorio, una procedura disciplinante le modalità di presentazione e di valutazione degli impegni.

Poiché gli impegni rappresentano una modalità alternativa di definizione del procedimento sanzionatorio, sono state poste in consultazione alcune modifiche al "Regolamento generale sui procedimenti sanzionatori della Consob, ai sensi dell'articolo 24 della legge 28 dicembre 2005 n. 262 e successive modificazioni" ("Regolamento sul procedimento sanzionatorio" o solo "Regolamento"). In tale ambito, viene inserito nel Regolamento il nuovo Capo II-BIS, denominato "Impegni", composto da sei articoli (da 8-ter a 8-octies) che ne disciplinano l'intera procedura.

Altre proposte di modifica riguardano, invece, la già vigente disciplina generale del procedimento sanzionatorio.

Osservazioni alle modifiche al Regolamento che riguardano la già vigente disciplina generale del procedimento sanzionatorio

1) Art. 4, comma 3, lett. h-bis – Avvio del procedimento (capacità finanziaria)

Nel documento in consultazione si propone di integrare il comma 3 dell'art. 4 del Regolamento, che disciplina l'avvio del procedimento ordinario, con la nuova lett. h-bis, in base alla quale la lettera di contestazione deve contenere anche *"l'indicazione della facoltà per i destinatari della lettera di contestazione di fornire elementi informativi utili a consentire l'individuazione della capacità finanziaria del responsabile della violazione"*.

La modifica proposta, chiedendo l'indicazione di elementi utili a determinare il *quantum* della sanzione, sembra presupporre un giudizio di responsabilità che non appartiene a questa fase, dedicata all'avvio del procedimento; si chiede, pertanto, di riconsiderare l'opportunità della modifica prospettata che, in ogni caso, non dovrebbe fare riferimento al "responsabile della violazione" bensì all'"**eventuale** responsabile della violazione".

Si coglie, inoltre, l'occasione per osservare che il criterio per la determinazione delle sanzioni di cui si discute (capacità finanziaria del responsabile della violazione) si applica, ai sensi dell'art. 194-bis del TUF, sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche. Ciò posto, con riguardo alle persone giuridiche non è chiaro se gli *"elementi informativi utili"* sopra richiamati coincidano o meno con la nozione di fatturato, contenuta nell'Appendice; sarebbe, quindi, utile un chiarimento sul punto, specificando se vi è tale coincidenza oppure se vi sono elementi di diversità (anch'essi da specificare). Con riguardo, poi, alle persone fisiche, si chiede di indicare espressamente gli elementi informativi dai quali ricavare la capacità finanziaria del responsabile della violazione (analogamente al fatturato); ciò anche al fine di evitare eventuali problematiche connesse alla normativa sul trattamento dei dati personali.

2) Art. 8-bis, comma 1 – Pubblicazione del provvedimento

Il documento in consultazione propone di modificare il comma 1 dell'art. 8-bis del Regolamento, prevedendo che la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio possa avvenire - non solo dopo la

notizia dell'avvenuta notificazione al soggetto sanzionato o, nel caso di procedimenti plurisoggettivi, dopo la notizia dell'ultima notificazione - ma, in ogni caso, decorsi trenta giorni dall'avvio delle procedure finalizzate alla notificazione ovvero, nel caso di procedimenti plurisoggettivi, decorsi trenta giorni dall'avvio delle procedure finalizzate all'ultima notificazione. In proposito, il documento afferma che, quando le notificazioni devono essere effettuate all'estero, vi è spesso incertezza nell'avvenuta notifica o la prova del mancato recapito della delibera di irrogazione delle sanzioni. Tali circostanze assumono maggior rilievo nell'ambito dei procedimenti plurisoggettivi, ove la mancata notificazione ad uno solo dei soggetti impedisce la pubblicazione anche per tutti gli altri; la mancata pubblicazione – si afferma - comporta anche una *diminutio* della tutela informativa degli investitori, della funzione di tipo “educativo” della pubblicazione e della sua componente afflittiva.

Quello che la Consob appare applicare nel caso di specie è il c.d. principio di “scissione soggettiva”, in base al quale la notificazione si perfeziona, per il notificante, al momento della spedizione e, per il destinatario, al momento della ricezione.

Il principio era stato a lungo ritenuto presente, dalla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, nell'ordinamento processuale civile fra le norme generali sulle notificazioni degli atti a mezzo posta, in origine riguardo alle notificazioni all'estero (Cfr. C. cost. n. 64/1994; C. cost. n. 477/2002; C. cost. n. 28/2004; C. cost. n. 69/2004¹). Esso è stato successivamente recepito anche dalla giurisprudenza di legittimità e, infine, codificato non solo per le notifiche all'estero (cfr. articoli 142 e 143 c.p.c.), ma anche per quelle a mezzo posta nel territorio dello Stato (cfr. art. 149 c.p.c.).

Va però rilevato che la Corte costituzionale ha subordinato la corretta formulazione del principio ad una interpretazione, che ne garantisca il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario della notifica alla certezza delle situazioni giuridiche.

Ne deriva che – secondo la Corte - la produzione degli effetti collegati alla notifica “è condizionata al perfezionamento del procedimento notificatorio anche per il destinatario e che, ove a favore o a carico di costui la legge preveda termini o adempimenti o comunque conseguenze dalla notificazione decorrenti, gli stessi debbano comunque calcolarsi o correlarsi al momento in cui la notifica si perfeziona nei suoi confronti” (cfr. Corte costituzionale 23.01.2004 n. 28).

Con riguardo alle modifiche prospettate dalla Consob, posto che alla notifica consegue la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio nel sito web (e quindi una conseguenza rilevante per il destinatario), la notifica non può ritenersi assolta semplicemente con l'avvio delle procedure alla stessa finalizzate, essendo necessario che si sia perfezionata anche nei confronti del destinatario (peraltro l'art. 143, comma 3, c.p.c., per le notifiche all'estero fa riferimento al ventesimo giorno successivo a quello in cui sono compiute – non avviate – le formalità prescritte).

In ordine alle motivazioni addotte dalla Consob per giustificare la proposta di modifica in commento, vi è quella che fa riferimento a un'analogia previsione contenuta nel Provvedimento della Banca d'Italia del 18 dicembre 2012 recante le “Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatorio amministrativa”.

In realtà, la Sezione II, par. 1.7 di tale Provvedimento prevede che “La Banca d'Italia notifica i provvedimenti sanzionatori agli interessati” e specifica, immediatamente dopo, che “Il provvedimento sanzionatorio è pubblicato senza ritardo e per estratto sul sito web della Banca d'Italia con indicazione

¹ Con questa pronuncia, la Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 142, comma 3, c.p.c. unitamente agli articoli 143, comma 3, e 680, comma 1, c.p.c., nella parte in cui non prevedevano che la notificazione all'estero del sequestro si perfezioni, ai fini dell'osservanza del prescritto termine, con il tempestivo compimento delle formalità imposte al notificante dalle convenzioni internazionali e dagli articoli 30 e 75 del D.P.R. n. 200/1967.

delle violazioni accertate, delle disposizioni violate, dei soggetti sanzionati e delle sanzioni rispettivamente applicate”.

Una lettura organica delle previsioni contenute nella citata disposizione induce a ritenere che la notifica all’interessato sia un presupposto indefettibile per la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio a suo carico. Ciò è anche quanto risulta dalla lettura delle analoghe previsioni contenute nell’art. 30 del Regolamento IVASS n. 39 del 2 agosto 2018, recante la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative.

Del resto, che la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio solo dopo la notifica sia la scelta più tutelante per i soggetti interessati, è stato affermato dalla stessa Consob in occasione dell’introduzione della disposizione in commento. Nel documento di consultazione del 2015, infatti, la Consob si esprimeva in questo senso: *“Il nuovo articolo 8-bis, comma 1, che si propone di inserire, specifica che la pubblicazione nel Bollettino della Consob dei provvedimenti sanzionatori avviene dopo l’avvenuta notificazione al soggetto interessato, ovvero, nel caso di più soggetti, dopo la notizia dell’avvenuta ultima pubblicazione, declinando, in senso più tutelante per i soggetti interessati, il riferimento temporale dopo il quale la pubblicazione, a norma dell’articolo 195-bis del TUF, deve avvenire “senza ritardo”.*

Osservazioni al nuovo Capo II-BIS del regolamento denominato “Impegni”

1) Art. 8-ter, commi 1 e 2 – Presentazione della proposta di impegni

Il nuovo art. 8-ter, comma 1, prevede che il destinatario della lettera di contestazione degli addebiti può presentare – “entro il termine perentorio di trenta giorni dalla data di perfezionamento della notificazione” – una proposta di impegni ex art. 196-ter, TUF.

Si osserva che la natura perentoria del termine non discende dalla norma primaria ma dalla specifica indicazione contenuta nel Regolamento istruttorio.

Considerato che è solo con la lettera di contestazione che il destinatario è in grado di conoscere appieno il perimetro degli addebiti mossi dalla Consob nei suoi confronti e quindi di individuare le misure più adeguate a correggere efficacemente la propria condotta e presentare la proposta di impegni, si esprime perplessità sulla scelta di codesta Autorità di qualificare come “perentorio” il predetto termine.

In buona sostanza, il rischio è che – in presenza di una tempistica così stringente – il professionista non sia in grado di valutare compiutamente quali impegni possano meglio rispondere alle contestazioni della Consob, eventualmente anche proponendo forme di ristoro economico dei soggetti lesi dalla violazione contestata specificando i relativi costi di adempimento (così come indicato in via esemplificativa nel facsimile del Modulo per la presentazione degli impegni allegato al Regolamento; sul punto si veda anche la relazione accompagnatoria sub art. 8-ter, comma 4).

Se così fosse, il ricorso all’istituto degli impegni – che pure risponde ad una reale esigenza di ridurre le occasioni di contenzioso, preservando al contempo l’efficace attuazione delle regole poste a tutela del mercato finanziario – potrebbe essere poco “percorribile” per i professionisti.

Del resto, si osserva che la disciplina degli impegni – introdotta per la prima volta a livello europeo, in ambito antitrust, dal regolamento (CE) n. 1/2003 – trova applicazione a livello nazionale, da quasi vent’anni, anche da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cfr. art. 14-ter, l. n. 287/1990).

La relativa disciplina – alla quale il legislatore primario del TUF ha esplicitamente dichiarato di volersi ispirare – è stata in più occasioni oggetto di analisi da parte dei giudici amministrativi che hanno ribadito

il carattere ordinatorio e sollecitatorio, non già perentorio del termine per la presentazione degli impegni (Consiglio di Stato, sentenza 15 maggio 2015, n. 2479).

In questa logica, la stessa AGCM ha integrato (cfr. Comunicazione del 6 settembre 2012) le proprie originarie procedure di applicazione degli impegni, introdotte nel 2006, per specificare la possibilità per l'Autorità medesima di consentire, sulla base di una motivata e tempestiva istanza, la presentazione della proposta di impegni oltre il termine di legge.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si evidenzia l'opportunità che il termine di trenta giorni per la presentazione degli impegni alla Consob stabilito dall'art. 196-ter, comma 1 non sia definito "perentorio" nel Regolamento in consultazione, restando invece ordinatorio. Diversamente, si rischierebbe di "snaturare" la procedura degli impegni, la quale, per assolvere la propria funzione, richiede che i professionisti siano posti effettivamente in condizione di proporre misure correttive idonee a risolvere le criticità contestate dall'Autorità di vigilanza.

Inoltre, nella medesima logica di consentire ai professionisti di offrire misure correttive "idonee" e in analogia a quanto previsto dalla comunicazione dell'AGCM citata, si suggerisce di prevedere la possibilità, per i destinatari della contestazione, di presentare - con congruo anticipo rispetto al termine indicato di 30 giorni - una versione non definitiva degli impegni.

Ciò al fine di consentire un'interlocuzione preliminare con l'Autorità che fornisca precisazioni e chiarimenti utili per l'accoglimento dell'impegno, favorendo, di conseguenza, il raggiungimento della finalità deflattiva della norma (riduzione dei tempi dei procedimenti sanzionatori e del contenzioso, efficace attuazione delle regole poste a tutela del mercato finanziario).

Infine, si osserva che i commi 1 e 2 della disposizione in commento utilizzano, ai fini dell'individuazione del relativo termine di decorrenza, due espressioni parzialmente diverse quali "perfezionamento della notifica" e "notificazione".

Per evitare dubbi interpretativi, si propone di utilizzare in entrambi i casi il termine "notificazione" per indicare il momento dal quale decorrono i termini.

Da ultimo, sotto un profilo generale, con riguardo ai termini entro cui espletare i diversi adempimenti previsti, in analogia con quanto previsto dall'art. 152 c.p.c., comma 2 (spesse volte richiamato dalla giurisprudenza amministrativa), si assume che le scadenze indicate debbano intendersi come ordinarie in mancanza di specifica diversa precisazione.

2) Art. 8-quater, comma 1 – Termine per chiarimenti e precisazioni

Il nuovo art. 8-quater, al comma 1, prevede che, qualora il Servizio Sanzioni Amministrative abbia chiesto al proponente impegni chiarimenti e precisazioni in merito alla proposta, quest'ultimo deve dare risposta entro il termine "perentorio" di venti giorni dalla richiesta.

In proposito, sarebbe utile – in linea con gli altri termini del procedimento – ampliare a trenta giorni il termine per rispondere alla richiesta di integrazione, eventualmente prorogandolo per altri trenta in presenza di motivata istanza.

Va sottolineato, infatti, che i chiarimenti richiesti dalla Consob potrebbero richiedere accertamenti, anche complessi, non risolvibili in appena venti giorni; d'altra parte, un allungamento del citato termine sembra necessario anche laddove si consideri la grave conseguenza che deriva dal suo mancato rispetto, ossia l'irricevibilità della proposta di impegni; irricevibilità che vanificherebbe tutta l'attività svolta dal professionista, propedeutica alla chiusura del procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 196-ter, TUF (senza accertare la violazione).

3) Art. 8-quater, comma 2 – Ricevibilità della proposta di impegni

L'art. 8-quater, comma 2, prevede che il Servizio Sanzioni Amministrative, sentita la Divisione che ha formulato le contestazioni, possa dichiarare l'irricevibilità della proposta di impegni e la prosecuzione del procedimento sanzionatorio, tra gli altri, nei casi indicati alla lettera b), ossia quando *“il proponente non fornisce tempestivo riscontro alle richieste formulate ai sensi del comma 1 o, anche a fronte dei chiarimenti pervenuti, la proposta risulti manifestamente generica, irrealizzabile o comunque palesemente insuscettibile di concreta e tempestiva attuazione o le misure proposte consistano in forme di ristoro economico dei soggetti lesi che non risultino realizzabili in considerazione della capacità finanziaria del responsabile della violazione”*.

A differenza di quanto previsto per l'avvio dell'istruttoria (art. 8-quinquies, comma 1), la disposizione richiamata non prevede che la dichiarazione di irricevibilità della proposta di impegni sia preceduta dalla comunicazione alla Commissione.

In realtà, soprattutto nei citati casi alla lettera b), sarebbe opportuno prevedere il coinvolgimento della Commissione, trattandosi di ipotesi che fanno riferimento anche a concetti di non immediata valutazione sulla base di elementi oggettivi (si pensi, ad esempio, al caso della proposta *“insuscettibile di concreta e tempestiva attuazione”* o al riferimento alle *“forme di ristoro economico dei soggetti lesi che non risultino realizzabili in considerazione della capacità finanziaria del responsabile della violazione”*, senza peraltro fare alcun cenno alla possibilità che il responsabile faccia ricorso ad adeguate garanzie personali e/o patrimoniali).

In ogni caso, il provvedimento di irricevibilità dovrebbe essere motivato e andrebbero, altresì, introdotti idonei meccanismi di tutela che consentano al destinatario di tale provvedimento di contestarlo.

4) Art. 8-sexies – Fase di consultazione

La disposizione prevede che *“la Commissione, ove lo reputi opportuno tenuto conto della tipologia degli impegni presentati e della portata dell'incidenza della violazione contestata sugli interessi degli investitori e del mercato, **può disporre la pubblicazione** della proposta di impegni, unitamente a un estratto della lettera di contestazione degli addebiti, sul sito internet della Consob per un periodo non superiore a trenta giorni, al fine di consentire agli operatori di settore e ai terzi interessati di presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti”*.

Al fine di sterilizzare il rischio che la pubblicazione della proposta di impegni causi un danno ai soggetti coinvolti, anche sotto il profilo reputazionale (anticipando in sostanza l'effetto sanzionatorio del provvedimento finale della Consob), si propone di prevedere che detta pubblicazione avvenga in forma anonima.

Questa scelta sembra in linea con quanto previsto dal legislatore del TUF che contempla espressamente la possibilità di pubblicazione in forma anonima anche del provvedimento finale di applicazione della sanzione laddove – diversamente – si potrebbe causare *“un danno sproporzionato ai soggetti coinvolti”* ovvero comportare *“rischi per la stabilità dei mercati finanziari”* (cfr. art. 195-bis, comma 2, TUF). Di conseguenza, andrebbe altresì modificata la frase contenuta nella sezione 5 del modulo standard di lettera di impegni nei seguenti termini: *“Evidenziare e motivare eventuali esigenze di riservatezza e segretezza in merito alla pubblicazione ~~della proposta di impegni e~~ degli impegni assunti”*.

5) Art. 8-octies, comma 1 – Prosecuzione e riapertura del procedimento sanzionatorio

In linea con le osservazioni formulate in merito all'art. 8-ter e per assicurare la massima chiarezza, si suggerisce di sostituire l'espressione "*ricezione*", con "*notificazione*" per indicare il momento di decorrenza dei termini.