

Spett.le CONSOB
Divisione Strategie Regolamentari
Ufficio Abusi di Mercato
Via G.B. Martini, 3
00198 - Roma

Milano, 13 maggio 2015

Oggetto: Modifica al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob – risposta al Documento di consultazione

1. Premessa

In data 22.04.2015 Codesta Spettabile Autorità ha pubblicato sul sito internet www.consob.it il documento di consultazione "Modifiche al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob" (di seguito il "Documento di Consultazione") e ha riconosciuto agli operatori la facoltà di fare pervenire le proprie osservazioni al Documento di Consultazione entro il 13.5.2015.

Nel ringraziare per l'opportunità concessa, Banca Profilo, in qualità di intermediario direttamente interessato al corretto andamento dei procedimenti sanzionatori amministrativi che si svolgono innanzi a Codesta Spettabile Autorità e fermo e impregiudicato ogni altro diritto, ha ritenuto opportuno fornire il proprio contributo nella speranza che le osservazioni, finalizzate ad accrescere le garanzie difensive dei soggetti destinatari delle lettere di contestazione, possano trovare accoglimento.

2. Considerazioni iniziali

Nel Documento di Consultazione, Codesta Spettabile Autorità cita una vicenda giudiziaria che prende l'avvio alla luce della Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4.3.2014 in causa Franco Grande Stevens e altri c. Italia ed arriva a commentare le sentenze 1595 e 1596 del 26.3.2015 (di seguito, semplicemente, la "Sentenza CDS"), a mezzo delle quali il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibili gli originari due ricorsi al TAR del Lazio proposti per l'annullamento della delibera Consob 15086 del 21.6.2005.

Nella Sentenza CDS, il Consiglio di Stato ha precisato anche che il procedimento sanzionatorio ha natura, *"almeno in parte, paragiurisdizionale, che richiederebbe un rafforzamento delle garanzie del contraddittorio, che dovrebbe, quindi, essere destinato ad una finalità difensiva e non solo ad esigenze partecipative e di rappresentanza degli interessi in gioco"* (punto 28, pagina 36 della Sentenza CDS, sottolineato nostro).

Ma soprattutto il Consiglio di Stato ha aggiunto che *"**nella fase istruttoria non viene, infatti, garantito, come anche la dottrina maggioritaria non ha mancato di rivelare, un vero e proprio diritto di difesa, con contraddittorio pieno**"* (punto 29, pagina 37 della Sentenza CDS, sottolineato e grassetto nostro).

Ciò in quanto, ha proseguito il Consiglio di Stato, non è infatti previsto che *"la proposta dell'Ufficio sanzioni amministrative sia comunicata alle controparti e che su di essa si instauri quindi alcuna forma di contraddittorio sia con l'Ufficio sanzioni prima dell'invio della relazione conclusiva, sia davanti alla Commissione"* (punto 29, pagina 37 della Sentenza CDS, sottolineato nostro).

Il Consiglio di Stato ha concluso che la difesa deve *"**poter interagire con l'accusa in tutte le fasi del procedimento, secondo modalità destinate a connotare in termini più dialettici il procedimento e a trasformarlo da procedimento inquisitorio a procedimento accusatorio, in cui l'interessato **deve avere la*****

possibilità di conoscere la proposta dell'Ufficio sanzioni e di replicare prima che la Commissione decida" (punto 29, pagina 39 della Sentenza CDS, sottolineato e grassetto nostro).

Dalla disamina di questi passaggi della Sentenza CDS ne deriva che il Consiglio di Stato ha ritenuto che il contraddittorio nei procedimenti amministrativi sanzionatori che si svolgono di fronte alla Consob abbia vere e proprie finalità difensive; la difesa deve essere garantita in ogni fase del procedimento, deve poter interagire con l'accusa in tutte le fasi del procedimento e deve conoscere la proposta dell'Ufficio Sanzioni Amministrative.

In tale contesto, si ritiene che gli interventi operati da Codesta Spettabile Autorità nel Documento di Consultazione, che si limitano ad introdurre un'ultima fase di contraddittorio innanzi alla Commissione, peraltro soltanto scritto, siano insufficienti e inadeguati ad assicurare il rispetto delle garanzie che, a parere del Consiglio di Stato, devono consentire di realizzare un "*contraddittorio pieno*".

Lascia infatti perplessi la circostanza che nel Documento di Consultazione Codesta Spettabile Autorità non abbia ritenuto altresì opportuno estendere il principio del contraddittorio anche nella fase più propriamente istruttoria.

I procedimenti sanzionatori amministrativi possono essere instaurati al termine di autonome verifiche o di visite ispettive nel corso delle quali Codesta Spettabile Autorità acquisisce e valuta le relative risultanze e/o a seguito di acquisizione di materiale probatorio presso altri intermediari, oppure tramite audizioni personale di soggetti terzi: in tale ultimo caso, però, da una parte, i documenti acquisiti e i verbali delle audizioni di terzi non vengono trasmessi ai destinatari del procedimento e, dall'altra parte, questi ultimi non hanno neppure la facoltà di presentare istanze istruttorie, richiedere l'audizione di testimoni e controesaminare le persone ascoltate da Codesta Spettabile Autorità.

Le facoltà difensive, da esercitarsi attraverso la produzione di memorie scritte o l'audizione personale, sono pertanto limitate e circoscritte alle informazioni contenute nella lettera di contestazione, nella relazione istruttoria della Divisione competente e - quando entrerà in vigore il nuovo Regolamento - nella relazione finale dell'Ufficio Sanzioni Amministrative (di seguito, la "Relazione Finale").

È poi palese che un procedimento sanzionatorio ritenuto illegittimo *ab origine* perché carente di un principio che il Consiglio di Stato ha ritenuto essere essenziale, quale è il contraddittorio, non può essere sanato *ex post* semplicemente aggiungendo una terza fase di trasmissione e ricezione documentale, ma potrà essere riportato in un alveo di legalità solo attraverso un ripensamento radicale, ed in tutte le fasi del procedimento, degli elementi che caratterizzano il contraddittorio e, di conseguenza, riavviando *ex novo* il procedimento stesso.

Tali evidenti carenze dell'attuale procedimento, a cui il Documento di Consultazione non pone rimedio, oltre a non assicurare il contraddittorio pieno sin già nella fase istruttoria, determinano una violazione dei principi sanciti dall'187-*septies* comma 2 del TUF il quale, si ricorda, stabilisce che "*Il procedimento sanzionatorio di competenza della Consob deve essere retto "dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie"* (sottolineato nostro).

Sarà nostra premura ritornare sull'argomento nel paragrafo 4 della presente nota, ma si vuole già anticipare che, per evitare ingiustificate disparità di trattamento, era lecito attendersi che Codesta Spettabile Autorità decidesse di sospendere tutti i procedimenti in corso giacché viziati *ab origine* come acclarato dal Consiglio di Stato, indipendentemente dalla chiusura o meno della fase istruttoria, sino all'emanazione della versione finale del Regolamento all'interno del quale potranno trovare accoglimento ulteriori misure di tutela e che successivamente avesse riavviato *ex novo* i procedimenti sulla base del nuovo articolato di regole, in modo tale da assicurare con pienezza a tutti i soggetti che hanno attivo un procedimento sanzionatorio le medesime garanzie difensive.

3. Valutazioni sulle proposte di modifica al Regolamento sanzionatorio della Consob

Di seguito, si forniscono, per ciascun articolo modificato, alcuni commenti alle novità introdotte.

Articolo 4 – avvio del procedimento

Le migliorie apportate all'articolo 4 sono da valutarsi con favore.

Articolo 5 – diritto di difesa

Il comma 1 è stato integrato prevedendo che *"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."*

La previsione della necessità di formulare apposita istanza per poter ricevere la Relazione Finale sembra determini un inutile e gravoso appesantimento del procedimento.

Si ritiene corretto che la trasmissione della Relazione Finale sia automatica ed obbligatoria nei confronti di coloro i quali abbiano presentato le deduzioni scritte (e/o la richiesta di audizione personale) così dimostrando il loro interesse verso il procedimento.

D'altra parte si riconosce che se un soggetto, pur avendo regolarmente ricevuto la lettera di contestazione, abbia rinunciato alla facoltà di produrre deduzioni scritte senza dunque partecipare al procedimento, gli sia poi preclusa la possibilità di ricevere la Relazione Finale.

Si propone pertanto di eliminare dal comma 1 l'inciso *"e formulato apposita istanza"*.

In alternativa, si propone l'adozione di un doppio binario: se l'interessato ha depositato deduzioni scritte, la Relazione Finale dovrà essergli trasmessa senza necessità che egli formuli apposita istanza; diversamente, se l'interessato non ha replicato per iscritto la Relazione Finale dovrà essergli trasmessa soltanto a seguito di istanza di parte.

Inoltre, per come è formulato il comma 1, sembra che soltanto il deposito di deduzioni scritte legittimi la ricezione della Relazione Finale; ne consegue che la richiesta di audizione personale, cioè il compimento di un atto che comprova comunque l'interesse al procedimento, laddove non sia accompagnata dalla produzione di memorie, preclude la possibilità di richiedere ed ottenere la Relazione Finale.

Si invita Codesta Spettabile Autorità a chiarire la propria posizione in argomento e, se ritenuto opportuno, ad integrare il comma 1 al fine di prevedere che la Relazione Finale sia trasmessa *"ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti, che abbiano presentato le deduzioni scritte o che abbiamo richiesto l'audizione personale"*.

Il comma 4 è stato integrato prevedendo che i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti possono chiedere, con istanza separata, di essere sentiti personalmente *"anche con l'assistenza di terzi"*.

Dato che anche il comma 1 prevede *"l'audizione personale"*, per evitare di ingenerare dubbi tra il comma 1 che non indica espressamente l'assistenza di terzi in audizione e il comma 4 che declina invece tale facoltà, si propone di integrare il comma 1 e di inserire dopo *"l'audizione personale"* l'inciso *"anche con l'assistenza di terzi"* valutando, se del caso, l'opportunità di eliminare il predetto inciso dal comma 4 perché ormai superfluo e ripetuto.

Articolo 6 – fase istruttoria del procedimento

Le migliorie apportate all'articolo 6 sono da valutarsi con favore.

Articolo 8 – fase decisoria

Il comma 1 prevede che *"..... 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"*

A nostro avviso, la scelta di trasmettere ai destinatari la Relazione Finale omettendo la proposta di determinazione della sanzione si presta a diverse censure.

Le norme del TUF già prevedono, a seconda delle diverse disposizioni violate, l'applicazione di sanzioni amministrative economiche e/o accessorie ed è dunque essenziale ai fini difensivi conoscere l'entità della sanzione proposta, anche soprattutto considerando l'ampia forbice prevista tra il minimo e il massimo edittale.

Se la proposta di sanzione appare, oltre che ingiusta, anche sproporzionata, sembra del tutto lecito e doveroso che gli interessati possano già nella fase davanti alla Commissione contestarne l'entità, senza dover attendere il giudizio di appello.

Ma non solo.

L'eventuale trasmissione della Relazione Finale con l'omissione della proposta di determinazione della sanzione contraddice le indicazioni del Consiglio di Stato il quale nella Sentenza CDS ha precisato che ***"l'interessato deve avere la possibilità di conoscere la proposta dell'Ufficio sanzioni e di replicare prima che la Commissione decida"*** (punto 29 pagina 39 della Sentenza CDS, grassetto nostro).

Il Consiglio di Stato è stato perentorio e non si è limitato a prescrivere che l'interessato deve conoscere solo le valutazioni finali dell'Ufficio Sanzioni Amministrative ma, dato che ad esse possono seguire delle proposte di sanzioni molto afflittive indirizzate alla Commissione, ha precisato che l'interessato deve conoscere le proposte di tale Ufficio al fine di poter replicare al meglio di fronte alla Commissione.

Si ritiene ancora che la Relazione Finale debba essere trasmessa in versione integrale e che, in ragione di quanto detto in sede di commento all'articolo 5, non debbano essere omesse le parti sottratte all'esercizio del diritto di accesso proprio perché l'accesso agli atti del procedimento, nel rispetto del principio della conoscenza degli atti istruttori sancito dall'art. 187-septies comma 2 del TUF e ribadito dalla Sentenza CDS, dovrebbe essere libero e illimitato.

Per concludere sul punto, si invita Codesta Spettabile Autorità a valutare l'opportunità di modificare il comma 1 al fine di prevedere che la Relazione Finale sia trasmessa nella versione integrale eliminando dunque l'inciso *"con l'omissione delle parti sottratte all'esercizio del diritto di accesso e della proposta di determinazione della sanzione"*.

Nel comma 2 è indicato che *"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 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"* (sottolineato nostro).

Per garantire il contraddittorio pieno in ogni fase del procedimento richiesto dal Consiglio di Stato nella Sentenza CDS sarebbe necessario ed opportuno, da una parte, che gli interessati possano chiedere di essere sentiti in audizione anche davanti alla Commissione, opportunità al momento preclusa dal Documento di Consultazione e, dall'altra parte, che il termine entro cui produrre controdeduzioni scritte fosse ampliato ad almeno 30 giorni, soprattutto in presenza di contestazioni complesse o di Relazioni Finali articolate con un nutrito numero di pagine.

Si Propone pertanto di modificare il comma 2 come segue: *"Entro il trentesimo giorno successivo alla data di ricezione della relazione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative da parte dei soggetti che ne hanno fatto richiesta, gli stessi possono presentare alla Commissione proprie controdeduzioni scritte in replica"*

alle considerazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative e possono richiedere di essere sentiti personalmente, anche con l'assistenza di terzi. Qualsiasi documento o istanza di audizione presentati successivamente a tale termine non saranno presi in considerazione."

Il comma 7 prevede che "La disciplina prevista dal presente articolo si applica anche nel caso in cui la Commissione richieda all'Ufficio Sanzioni Amministrative una relazione integrativa."

Il Documento di Consultazione prevede che la Commissione possa richiedere soltanto all'Ufficio Sanzioni Amministrative una relazione integrativa.

Pertanto, con l'obiettivo di assicurare parità tra le parti, si ritiene opportuno che analoga previsione valga anche nei confronti dei destinatari della lettera di contestazione, soprattutto per gestire al meglio le situazioni nelle quali la Commissione ritenga le controdeduzioni difensive pervenute poco chiare oppure meritevoli di spiegazioni o integrazioni.

Si propone pertanto di modificare il comma 7 come segue: "La disciplina prevista dal presente articolo si applica anche nel caso in cui la Commissione richieda all'Ufficio Sanzioni Amministrative o ai destinatari della lettera di contestazione degli addebiti una relazione integrativa. L'Ufficio Sanzioni Amministrative e i destinatari della lettera di contestazione degli addebiti provvedono alla trasmissione della relazione integrativa entro 45 giorni dalla richiesta, salve motivate ragioni. In tale ipotesi, il termine di conclusione del procedimento è sospeso dalla data della richiesta della relazione integrativa fino al ventesimo giorno successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni scritte da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la relazione integrativa."

4. I Procedimenti pendenti

Il Documento di Consultazione a pagina 15 indica la procedura che Codesta Spettabile Autorità intende seguire per la gestione dei "procedimenti pendenti" prevedendo un regime transitorio a doppio binario, a seconda che si sia o meno conclusa la fase istruttoria del procedimento.

Se la fase istruttoria non si è ancora conclusa, la Relazione Finale sarà inviata ai soggetti che abbiano già esercitato il diritto di difesa nella fase istruttoria, ovvero che ne facciano richiesta con apposita istanza, entro 15 giorni dall'entrata in vigore delle modifiche al Regolamento (caso 1).

Se invece la fase istruttoria si è già conclusa, la Relazione Finale sarà inviata ai soggetti che abbiano formulato deduzioni difensive contestualmente alla trasmissione della Commissione (caso 2).

La disciplina dei procedimenti pendenti a nostro avviso offre il fianco a diverse criticità.

Anzitutto, laddove la fase istruttoria si sia conclusa, nel Documento di Consultazione non si precisa quale sia il termine a disposizione dei destinatari che abbiamo ricevuto la Relazione Finale per formulare le proprie deduzioni scritte; si ipotizza che il termine a cui fare riferimento sia quello indicato all'articolo 8 comma 2 (15 giorni) di cui si è proposto l'estensione a 30 giorni.

Inoltre, si ravvisa un'evidente disparità di trattamento tra il caso 1 e il caso 2: se la fase istruttoria è ancora in corso i soggetti che faranno richiesta di ricevere la Relazione Finale dopo l'entrata in vigore del Regolamento potranno godere di tutte quelle garanzie che saranno assicurate dal testo finale del Regolamento, mentre se la fase istruttoria si è conclusa i destinatari della Relazione Finale potranno unicamente presentare alla Commissione delle controdeduzioni scritte, entro un termine non meglio definito, senza poter beneficiare di ulteriori tutele perché nei loro confronti il Documento di Consultazione prevede solo un'ultima fase di contraddittorio scritto.

Tale disparità di trattamento appare ancora più marcata se si considera che è ragionevole attendersi che diversi operatori rispondano al Documento di Consultazione formulando istanze alcune delle quali saranno destinate a trovare accoglimento. E' sufficiente confrontare il testo dell'ultima revisione del Regolamento

sul procedimento sanzionatorio della Consob posto in consultazione il 5.8.2013 con la versione finale del Regolamento approvato con delibera Consob del 19.12.2013 per riscontrare che nel testo finale sono state introdotte numerose ed incisive modifiche, sia di forma che di sostanza, rispetto alla versione iniziale proposta.

Un primo esempio concreto della disparità di trattamento difensivo lo si ricava dalla lettura dell'articolo 5 al cui comma 4 Codesta Spettabile Autorità ha finalmente chiarito i dubbi degli operatori prevedendo espressamente che innanzi all'Ufficio Sanzioni Amministrative è possibile farsi assistere da consulenti legali o da persone di fiducia. Questa opportunità difensiva non era chiara, tanto è vero che Codesta Spettabile Autorità ha ricevuto in passato diverse istanze affinché venisse chiarito nel Regolamento la possibilità di farsi assistere da terzi, istanze che in sede di emanazione del Regolamento sul procedimento sanzionatorio del 2013 ha rigettato e ora nel Documento di Consultazione ha deciso di accogliere di propria iniziativa.

Se ad esempio, nella versione finale del Regolamento sarà prevista la possibilità di interloquire direttamente con la Commissione, non solo attraverso deduzioni scritte, ma anche mediante audizione personale con l'assistenza di legali, oppure sarà previsto l'obbligo di trasmettere agli interessati la Relazione Finale nella versione integrale senza omettere la proposta di determinazione della sanzione, o ancora sarà prevista la possibilità che la Commissione possa richiedere relazioni integrative anche ai destinatari della lettera di contestazione (e non solo all'Ufficio Sanzioni Amministrative), allora queste opportunità difensive saranno state irrimediabilmente e ingiustificatamente negate ai soggetti nei confronti dei quali l'istruttoria si è già conclusa.

Tali mezzi difensivi assumerebbero un valore decisivo a maggior ragione se si considera che tuttora non esiste quella netta separazione tra funzione istruttoria e funzione decisoria richiamata al punto 20 della Sentenza CDS (pagina 26) dato che la Commissione oggi è composta di soli tre membri, uno dei quali, il Presidente della Consob, oltre a svolgere un ruolo di supervisione dell'Ufficio Sanzioni Amministrative, ricopre anche l'incarico di Presidente della Commissione.

Per superare questo problema ed evitare ulteriori disparità di trattamento sarebbe stato più corretto sospendere tutti i procedimenti in corso, indipendentemente dalla chiusura o meno della fase istruttoria, sino all'emanazione della versione finale del Regolamento, in modo da assicurare a tutti i soggetti che hanno un procedimento sanzionatorio in corso le medesime garanzie difensive.

Oltre a ciò, si è dell'avviso che non sia giuridicamente legittimo applicare ai procedimenti pendenti innanzi a Codesta Spettabile Autorità, da una parte, disposizioni del Regolamento sul procedimento sanzionatorio del 2005 (o del Regolamento sul procedimento sanzionatorio del 2013 se la lettera di contestazione è stata notificata agli interessati dopo l'entrata in vigore di tale Regolamento) e, dall'altra parte, disposizioni di un altro Regolamento sul procedimento sanzionatorio, oltretutto non ancora definitivo ma in corso di consultazione.

La Consob non può autonomamente decidere, di volta in volta, quali disposizioni regolamentari applicare e a quali procedimenti sanzionatori. A tal proposito si evidenzia che la trasmissione agli interessati della Relazione Finale, per quanto abbia la valenza di accrescere le garanzie difensive e quindi in generale sia da valutare con favore, non è però prevista né dal Regolamento sul procedimento sanzionatorio del 2005 e neppure dal Regolamento sul procedimento sanzionatorio del 2013.

Si ritiene che l'atto di trasmissione agli interessati della Relazione Finale nei procedimenti pendenti che Codesta Spettabile Autorità ha previsto nel Documento di Consultazione, peraltro prima ancora che il nuovo Regolamento sul procedimento sanzionatorio entri in vigore a seguito di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, sia suscettibile di essere dichiarato un provvedimento illegittimo e in quanto tale impugnabile di fronte alle Autorità competenti, perché introduce una nuova fase di contraddittorio che, a tutt'oggi, non è prevista dalla regolamentazione vigente.

Vi è da aggiungere che, in termini generali, il regime transitorio viene talvolta adottato dal legislatore o dal regolatore quando si ha l'esigenza di gestire la delicata fase di transizione da una "vecchia" norma non più in vigore ad una nuova "norma" appena entrata in vigore.

Ma in questo caso la nuova norma in base alla quale Codesta Spettabile Autorità ha ritenuto di dover trasmettere la Relazione Finale ai destinatari della lettera di contestazione nei procedimenti pendenti non è ancora esistente.

Inoltre, si riscontra un ulteriore vizio di forma nella nuova fase di contraddittorio che Codesta Spettabile Autorità intende applicare ai procedimenti pendenti, laddove a pagina 15 del Documento di Consultazione viene indicato il termine di trasmissione della Relazione Finale ai soggetti che abbiamo formulato deduzioni difensive (*"con le modalità previste dal nuovo art. 8, comma 1"*), ma non viene riportato il termine entro cui tali soggetti possono presentare alla Commissione le proprie controdeduzioni scritte con la conseguenza che tale ultimo termine, non essendo previsto da alcuna norma di legge o di regolamento in vigore, non potrà che essere definito discrezionalmente e autonomamente da Codesta Spettabile Autorità.

Infine, si rileva un vizio sostanziale che rende ulteriormente impugnabile la Relazione Finale trasmessa agli interessati nella misura in cui essa viene omessa di un elemento essenziale ai fini difensivi e cioè (almeno) la proposta dell'Ufficio Sanzioni Amministrative che l'interessato, come chiaramente indicato al punto 29 (pagina 39) della Sentenza CDS, *"deve avere la possibilità di conoscere"*.

In conclusione, si invita cortesemente Codesta Spettabile Autorità ad esaminare le nostre integrazioni alle proposte di modifica al Regolamento sanzionatorio della Consob e a rivedere le regole da applicare ai procedimenti pendenti.

Distinti saluti.

Banca Profilo SpA