

AUDIZIONE DEL PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Prof. Giovanni Pitruzzella

Schema di decreto legislativo recante "Recepimento della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per quanto concerne l'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento. Modifiche al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 e al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58"

Roma, 19 marzo 2015

Onorevole Presidente, Onorevoli Deputati,

desidero innanzitutto ringraziarVi per aver offerto all'Autorità che presiedo la possibilità di esprimere le proprie considerazioni e valutazioni su un tema di centrale rilevanza, quale è il recepimento in Italia della direttiva 2013/36/UE, che costituisce un tassello del nuovo *corpus* normativo in materia di regolazione, supervisione e risoluzione delle banche e della creazione dell'Unione bancaria.

Lo schema di decreto va a modificare e integrare numerosi articoli del Testo Unico Bancario (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385) e del Testo Unico della Finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), adeguando in tal modo la legge italiana alle norme europee, che mirano al rafforzamento della disciplina prudenziale e all'accrescimento del livello di armonizzazione delle regole applicabili agli intermediari che operano nel mercato unico europeo.

Il contributo che l'Antitrust può offrire, in questo contesto, non può che essere focalizzato su alcuni aspetti dello schema di decreto legislativo che presentano profili di 'affinità' con la disciplina che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è chiamata ad applicare, e sui quali l'Autorità può tentare di fornire qualche utile indicazione alla luce dell'esperienza maturata.

* * *

Un primo aspetto su cui, in questa sede, si possono formulare alcune considerazioni riguarda la complessiva riforma dei requisiti degli esponenti aziendali e dei partecipanti al capitale, valida non solo per il settore bancario e creditizio, ma che si estende anche agli enti operanti nel settore finanziario (ovvero i soggetti disciplinati dal TUF).

Le linee guida della riforma prevedono, infatti, l'integrazione dei vigenti requisiti con criteri di competenza e correttezza, la cui individuazione concreta viene demandata all'emanazione di specifiche disposizioni da parte del MEF.

L'introduzione di più stringenti requisiti per la partecipazione al capitale e per l'assunzione di funzioni gestionali e decisionali nelle imprese che operano nel settore del credito risulta affiancata – nell'impostazione dello schema di decreto legislativo – da ulteriori previsioni che appaiono tutte tese ad assicurare un miglior *enforcement* di regole finalizzate a garantire competenza, correttezza, trasparenza e legalità nel settore del credito.

In questo quadro, infatti, sembrerebbero potersi leggersi il rafforzamento dei poteri delle autorità di vigilanza – con riferimento, ad esempio, al potere di *removal* di uno o più esponenti aziendali al ricorrere di gravi violazioni o irregolarità, e alle limitazioni all'acquisto di partecipazioni rilevanti nelle banche per motivi reputazionali –; l'introduzione dell'obbligo per le banche di dotarsi di specifiche procedure interne per la segnalazione, da parte del personale, di eventuali violazioni normative (c.d. *whistleblowing*); o, ancora, la previsione dell'obbligo di astensione di soci e amministratori nelle delibere in cui presentino un conflitto di interesse, per conto proprio o di terzi – in luogo del vigente obbligo dell'amministratore di dare notizie al *board* – assistito da una sanzione in caso di violazione.

Nella stessa direzione appaiono andare anche i limiti al cumulo degli incarichi per gli esponenti delle banche, in applicazione del principio in base al quale questi devono dedicare un tempo adeguato all'espletamento delle proprie funzioni. Con riferimento a tale aspetto, appare evidente che la limitazione al cumulo degli incarichi – la cui *ratio* è indubbiamente diversa – lascia impregiudicato il divieto di *interlocking directorates* di cui all'articolo 36 del d.l. n. 201/2011, finalizzato ad arginare il fenomeno delle partecipazioni personali incrociate fra imprese concorrenti nei mercati del credito e finanziari, a tutela del pieno e corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali in questi mercati.

Tali previsioni non possono che essere valutate positivamente, soprattutto nell'attuale contesto di crisi finanziaria e reputazionale dei soggetti che operano nel settore del credito. L'introduzione di una puntuale disciplina tesa, nel suo complesso, a garantire competenza e correttezza nella gestione degli istituti finanziari nonché a favorire l'emersione di violazioni, irregolarità o di situazioni conflittuali – con compiti incisivi e poteri anche penetranti attribuiti alle autorità di sorveglianza – va nella direzione di apprestare efficaci garanzie per il sano e corretto funzionamento dei mercati finanziari.

* * *

Ulteriore aspetto rilevante dello schema di decreto legislativo riguarda la complessiva riforma del sistema delle sanzioni previste dal Testo unico bancario e dal Testo unico della finanza.

In questo contesto, un primo profilo che emerge è relativo al passaggio ad un sistema in cui il destinatario delle sanzioni è in primo luogo l'ente cui è ascrivibile l'illecito e, solo eventualmente, anche l'esponente aziendale o la persona fisica responsabile della violazione. Si tratta di una modifica suscettibile di positivo apprezzamento, in quanto – rispetto all'attuale sistema che prevede l'irrogazione della sanzione agli esponenti aziendali attraverso l'ingiunzione di pagamento all'ente di appartenenza, sul quale grava successivamente l'obbligo di rivalsa nei confronti della persona fisica responsabile – comporta una maggiore linearità dell'*enforcement* sanzionatorio, con ricadute positive in termini di minore appesantimento procedurale e di tempi più rapidi dell'attività istruttoria condotta dalle autorità di vigilanza.

Sotto questo profilo, quindi, non può che essere condivisa la scelta operata nello schema di decreto legislativo, che – in linea con i principi espressi dalla direttiva – individua il soggetto destinatario della sanzione direttamente nell'ente, limitando la responsabilità diretta degli esponenti aziendali a specifiche violazioni e solo nei casi in cui ricorrano i presupposti indicati dagli articoli 144 *ter* del TUB e 190 *bis* del TUF, come novellati, connessi essenzialmente alla gravità delle condotte poste in essere.

A tale proposito, alla luce dell'esperienza maturata in sede di applicazione della normativa *antitrust* – nell'ambito della quale, come noto, destinatarie della sanzione sono le sole imprese responsabili della violazione della concorrenza, e non anche le persone fisiche che per esse hanno agito – può rilevarsi come tale

sistema consenta di conferire alle ammende irrogate una decisa efficacia deterrente, essendo l'impresa a dover rispondere delle violazioni accertate, senza che l'Autorità debba procedere alla – spesso non agevole – individuazione dei soggetti che, all'interno della struttura aziendale, abbiano contribuito a porre in essere l'illecito o che non abbiano impedito la sua realizzazione.

Sul piano della deterrenza, inoltre, va sicuramente apprezzato il generale inasprimento dell'ammontare delle sanzioni irrogabili sia alle persone fisiche (esponenti aziendali), sia, soprattutto, alle imprese.

Anche su tale aspetto, l'apporto che in questa sede può fornire l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è essenzialmente legato alla propria esperienza applicativa nell'irrogazione e nella quantificazione delle sanzioni *antitrust*.

Il ricorso allo strumento sanzionatorio nell'*enforcement* della disciplina della concorrenza ha assunto nel corso degli anni una rilevanza crescente, in quanto si è affermata la convinzione che attraverso un'adeguata efficacia deterrente delle sanzioni sia possibile garantire un'effettiva ed efficace applicazione della normativa. A livello sia europeo che nazionale, è infatti emersa una grande sensibilità verso la ricerca di una '*sanzione ottimale*', così come emerge dagli *Orientamenti* comunitari in materia di quantificazione delle sanzioni *antitrust* attualmente in vigore, che ne hanno evidenziato e rafforzato in maniera significativa il carattere deterrente. Nell'impostare le loro strategie, i soggetti economici devono avere ben chiaro che, ove adottino comportamenti anticoncorrenziali, vanno incontro al serio e concreto rischio di incorrere in sanzioni pecuniarie di rilevante entità. Né la gravità della crisi economica può inficiare l'utilità deterrente della sanzione, a pena di creare incentivi all'adozione di pratiche anticoncorrenziali, con pregiudizio per l'economia e per i consumatori.

Se queste sono le coordinate entro le quali si è iscritto l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità *antitrust*, non può che essere apprezzata l'introduzione di un sistema di sanzioni maggiormente severe per le violazioni della disciplina contenuta nel Tub e nel Tuf.

In questo contesto meritevole di apprezzamento è inoltre la circostanza che il sistema sanzionatorio novellato ancori il massimo edittale della sanzione irrogabile ad una percentuale (10%) del fatturato, consentendo così di individuare

una correlazione tra la sanzione irrogata e la specifica efficacia che ad essa deve essere garantita, in quanto la sanzione amministrativa, affinché essa possa esplicare un reale effetto dissuasivo, deve essere necessariamente correlata alle dimensioni economiche dell'impresa.

A tale riguardo può forse rilevarsi come la nozione di *'fatturato'*, che nello schema di decreto legislativo non viene ulteriormente qualificata, possa portare a talune incertezze in sede applicativa, in quanto la sua entità – rilevante in quanto rappresenta il parametro per il calcolo del massimo edittale della sanzione – è suscettibile di variare considerevolmente, ad esempio, se riferita alla singola impresa ovvero al valore consolidato di un gruppo di imprese. Potrebbe quindi essere valutata l'opportunità di definire più puntualmente la nozione di fatturato cui si intende fare riferimento, anche al fine di evitare, sul punto, l'insorgere di eventuali contestazioni in sede di contenzioso.

Anche la previsione di cui al nuovo comma 9 dell'articolo 144 del Tub – in base al quale, nell'ipotesi in cui il vantaggio ottenuto dall'autore della violazione come conseguenza della violazione stessa sia superiore ai massimali di legge, le sanzioni sono elevate *"fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto, purché tale ammontare sia determinabile"* – va nella direzione di garantire un sistema sanzionatorio efficace e dotato di forza deterrente.

È principio ormai consolidato, nelle analisi economiche in ordine alla definizione dell'*ottimalità* delle sanzioni amministrative pecuniarie, quello in base al quale, nonostante il livello delle ammende irrogabili possa arrivare ad attestarsi su valori di tutto rilievo, le violazioni possono non risultare seriamente scoraggiate dal *public enforcement*, laddove la penalizzazione derivante dal pagamento della sanzione rimanga ampiamente inferiore rispetto all'entità dei guadagni illeciti. Poter quindi tenere in considerazione, nella quantificazione dell'ammenda, il concreto vantaggio ottenuto mediante la violazione, laddove determinabile, consente una maggiore tensione verso l'*ottimalità* della sanzione in termini di deterrenza.

Non pare infine che, in sede di quantificazione delle sanzioni, vi possano essere rischi legati alla discrezionalità che gli organi di vigilanza possono esercitare nella definizione delle ammende, posto che, tra le modifiche previste dallo schema del decreto legislativo, vi è la previsione delle circostanze rilevanti di cui deve tenersi conto nella determinazione delle sanzioni amministrative, tra le quali la gravità della violazione, il grado di responsabilità del soggetto che ha

commesso la violazione, la sua capacità finanziaria, l'entità del vantaggio ottenuto o delle perdite evitate, i pregiudizi cagionati a terzi, la collaborazione prestata nell'ambito del procedimento, l'eventuale 'recidiva', nonché le “*potenziali conseguenze sistemiche della violazione*”, che proprio nel sistema finanziario possono essere di non poco momento.

* * *

Ancora con riferimento al sistema sanzionatorio, a fronte dell'inasprimento delle sanzioni pecuniarie, merita di essere evidenziata la previsione di misure di carattere non pecuniario, quali l'ordine di porre termine alle violazioni – c.d. “*cease and desist order*” – irrogabile in alternativa alla sanzione pecuniaria per violazioni di scarsa offensività o pericolosità, anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento.

Si tratta di una previsione con effetto indubbiamente deflattivo del contenzioso e di semplificazione del procedimento, che si presta, per le violazioni connotate da minore gravità, a far pervenire al risultato della cessazione della violazione e della eliminazione delle sue conseguenze attraverso uno strumento più flessibile e snello rispetto alla conclusione di un procedimento sanzionatorio.

Anche nell'esperienza maturata dall'Autorità, se, da un lato, l'applicazione di una severa e rigorosa politica sanzionatoria risulta imprescindibile in quanto le ammende comminate assolvono ad una specifica e fondamentale funzione deterrente, soprattutto quando ad essere accertate sono infrazioni *antitrust* particolarmente gravi e dannose per la collettività. Dall'altro, il ricorso, nei casi connotati da minore offensività, a forme di chiusura del procedimento che non sfocino nell'irrogazione della sanzione, quali la mera diffida a eliminare le infrazioni accertate o l'utilizzo dell'istituto della decisione con impegni, può costituire un importante strumento per un rapido ed efficiente ripristino del corretto equilibrio concorrenziale del mercato, attraverso l'individuazione di efficaci misure idonee a modificare la situazione che ha suscitato dubbi concorrenziali.

Anche sotto tale profilo, quindi, lo schema del decreto legislativo risulta condivisibile, in quanto l'“*ordine di porre fine alle violazioni*” e i provvedimenti sanzionatori di accertamento di un'infrazione possono essere “*dosati*” affinché l'esito complessivo finale dell'intervento dell'autorità di vigilanza sia teso a

garantire, con efficienza ed efficacia di risultati, il perseguimento degli obiettivi voluti dal legislatore.

* * *

Qualche ultima considerazione, infine, sui principi che devono reggere il procedimento sanzionatorio. Tra le modifiche che lo schema di decreto legislativo intende apportare alla vigente disciplina vi è il rafforzamento del contraddittorio con i soggetti destinatari della sanzione, attraverso la previsione della ‘contestazione degli addebiti’, a fronte della quale gli interessati possono chiedere una “*audizione personale in sede di istruttoria, cui possono partecipare anche con l’assistenza di un avvocato*”. Viene inoltre chiarito che “*il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*”.

Non è difficile leggere in queste modifiche l’intento di rendere la disciplina procedurale più in linea con le indicazioni formulate, anche recentemente, dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, in materia di procedimenti amministrativi che possono portare all’irrogazione di sanzioni anche di importo elevato.

Come noto, il rispetto del principio dell’“*equo processo*”, di cui all’art. 6 CEDU, richiede che, nel caso delle sanzioni amministrative, le relative garanzie debbano essere assicurate – almeno in prima approssimazione e di regola – innanzitutto nel procedimento amministrativo, visto che le stesse vengono irrogate con pienezza di conseguenze e di esecutività all’esito di questa fase.

Lo schema di decreto legislativo, con riferimento al rafforzamento delle garanzie procedurali nei procedimenti sanzionatori, va indubbiamente in questa direzione, introducendo previsioni che, per la loro formulazione letterale, richiamano quelle contenute nella legge istitutiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (legge n. 287/90), il cui articolo 10, comma 5, prevede che siano “*stabilite procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione*”.

Nell’esperienza dell’Autorità, l’approccio seguito è sempre stato connotato da grande severità e rigore. Il rispetto del principio della ‘*parità delle armi*’ rappresenta un presupposto imprescindibile per la legittimità del procedimento: la garanzia di accesso a tutta la documentazione probatoria raccolta del procedimento – salva naturalmente la tutela dell’eventuale riservatezza di taluni

atti acquisiti al fascicolo –, la tassatività dell’obbligo di verbalizzazione di ogni dichiarazione resa dalle parti e dagli intervenienti in corso di istruttoria, la ‘*immutabilità*’ della contestazione delle risultanze istruttorie su cui le imprese possono esercitare pienamente il loro diritto di difesa, costituiscono tutti elementi che presiedono al corretto svolgimento dell’istruttoria *antitrust* e sui quali, nel corso degli anni, i giudici amministrativi hanno mostrato di esercitare un penetrante controllo, arrivando anche ad annullare i provvedimenti sanzionatori dell’Autorità laddove hanno ritenuto che tali garanzie procedurali non fossero state rigorosamente rispettate.

Nel procedimento avanti l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, peraltro, il contraddittorio assume la peculiare caratteristica della ‘*oralità*’, che si esplica non solo nel diritto delle parti di essere sentite dagli Uffici nel corso dell’istruttoria, ma anche nella previsione del diritto delle parti del procedimento di essere sentite davanti al Collegio, in contraddittorio con gli Uffici istruttori che sostengono la contestazione dell’illecito *antitrust*.

Anche con riguardo, infine, al delicato aspetto della separazione tra uffici competenti a svolgere l’istruttoria e organi competenti ad assumere le decisioni – su cui la Corte europea dei diritti dell’uomo si è, recentemente, soffermata proprio con riferimento all’attività della Consob – il contributo che in questa sede può essere fornito dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato attiene alla sua esperienza ed alle modalità attraverso le quali essa ha organizzato la propria attività, al fine di dare piena applicazione al principio della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

La struttura dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato è improntata ad una netta distinzione tra le due funzioni; distinzione che, peraltro, incide sull’*iter* che porta all’accertamento degli illeciti ed alla irrogazione delle sanzioni. Gli Uffici istruttori effettuano le indagini, i cui risultati sono illustrati nella Comunicazione delle risultanze istruttorie, atto degli uffici notificato alle parti del procedimento, sul quale le parti possono difendersi sia in forma scritta, attraverso la presentazione di memorie, sia nel corso dell’audizione orale davanti al Collegio, in contraddittorio con gli Uffici istruttori stessi. È poi il Collegio a decidere sull’esistenza di un illecito e sull’irrogazione delle eventuali sanzioni; decisione che, quindi, il Collegio assume senza essere ‘*vincolato*’ alla proposta degli Uffici, dopo aver sentito le difese delle parti, avendo a disposizione tutti gli elementi documentali agli atti del procedimento, cui le parti hanno avuto accesso.

Quello adottato dall’Autorità rappresenta, naturalmente, uno fra i diversi modelli organizzativi che possono essere adottati al fine di apprestare garanzie di separazione tra le funzioni istruttorie e quelle decisorie, che potrebbe risultare un utile punto di riferimento, soprattutto in sede di implementazione e di concreta attuazione dei principi richiamati nello schema di decreto legislativo.

Alla luce di quanto detto, quindi, la previsione di un deciso rafforzamento delle garanzie procedurali apprestate per le parti del procedimento sanzionatorio – a fronte, peraltro, di un deciso inasprimento delle sanzioni irrogabili – non può che essere valutata positivamente.