

## **Parte Seconda**

### **- Il Decreto CICR 5 agosto 2004**

In relazione all'assetto dei controlli interni – sia in relazione alla riforma del diritto societario ex d.lg. 5/2003, sia per ciò che concerne il d.lg. 231 - sembra utile menzionare il decreto del Comitato per il Credito e il Risparmio del 5 agosto 2004.

Secondo il Comitato, l'assetto organizzativo e l'articolazione di compiti e poteri degli organi sociali delle banche e dei gruppi bancari devono essere idonei a perseguire la sana e prudente gestione degli intermediari medesimi in un contesto di trasparenza dei comportamenti.

In tale ottica le banche devono dotarsi di un assetto organizzativo e di corporate governance coerente con: *“la struttura proprietaria e il grado di apertura della società al mercato del capitale di rischio; le dimensioni, la complessità e le strategie aziendali; l'organizzazione della banca e del gruppo in cui essa è eventualmente inserita”*.

I compiti gestionali, esecutivi e di controllo dovranno essere ripartiti in modo da favorire la dialettica interna alla società, assicurando il bilanciamento dei poteri dei diversi organi sociali; i flussi informativi dovranno consentire a ciascun organo sociale e ai suoi componenti di disporre, anche a livello di gruppo, delle informazioni necessarie allo svolgimento effettivo e consapevole dei compiti loro affidati.

I poteri e le responsabilità per ogni livello decisionale devono essere precisamente definiti, anche mediante un chiaro sistema di deleghe interne.

La composizione degli organi sociali deve essere quantitativamente e qualitativamente adeguata alle esigenze gestionali e di controllo proprie della singola banca e tale da consentire l'efficiente assolvimento dei compiti.

I meccanismi di remunerazione e di incentivazione degli amministratori e del management non devono incoraggiare scelte gestionali incoerenti con gli interessi aziendali e con le strategie di lungo periodo della banca

Il sistema di controllo contabile deve essere adeguato alla dimensione, alla complessità operativa e alla situazione tecnica della banca, con riguardo sia alla professionalità e all'esperienza del revisore prescelto sia al raccordo e coordinamento di quest'ultimo con l'organo e le funzioni di controllo (1).

## **- La circolare Assonime n. 18 del 14 aprile 2005**

Secondo quest'ultimo documento, i principi cardine della nuova disciplina sull'amministrazione sono costituiti dalla separazione dei poteri tra organo di gestione e assemblea; dalla definizione di compiti e competenze all'interno del consiglio di amministrazione; dalla centralità della funzione di vigilanza del consiglio di amministrazione sugli assetti organizzativi e sull'andamento della gestione; dal rilievo assegnato allo scambio informativo.

La riforma afferma il principio già noto, secondo cui la "gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori" (art. 2380-*bis*). Questo principio, letto congiuntamente alla norma (art. 2364, n.5) che non consente più allo statuto di riservare competenze gestionali all'assemblea, stabilisce che la gestione dell'impresa sociale è di competenza esclusiva degli amministratori, che ne assumono la responsabilità e che non sono soggetti a limiti, condizionamenti o direttive da parte dell'assemblea. Vengono altresì ampliati i poteri degli amministratori con funzioni che, antecedentemente alla riforma, erano di competenza dell'assemblea.

Tra gli aspetti centrali, la definizione delle competenze in seno al consiglio di amministrazione, del presidente, degli organi delegati e del consiglio come organo collegiale è posta in funzione della migliore verifica organizzativa e gestionale e di un accertamento puntuale delle responsabilità di ciascuno.

Inoltre, le nuove norme sugli amministratori, in linea con quanto già emerso dalle leggi speciali, in particolare il d.lg. n. 231/2001 e il Testo Unico della Finanza; dall'autodisciplina e dall'esperienza di altri paesi, confermano che la funzione amministrativa si sostanzia nella predisposizione di procedure efficaci per il controllo delle attività aziendali e si fonda su un efficiente sistema di flussi informativi e di trasparenza. Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alle caratteristiche dell'impresa; il consiglio ne valuta l'adeguatezza e gli organi di controllo vigilano sulla sua adeguatezza.

Al centro della disciplina è posto un sistema di scambi informativi all'interno del consiglio, tra organi di amministrazione e controllo della società e all'interno del gruppo.

Per quanto riguarda il controllo, il ruolo e le responsabilità del collegio sindacale sono stati ridefiniti dalla riforma sulla falsariga della disciplina delle società quotate. La funzione principale del collegio sindacale diviene la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza della struttura organizzativa; il controllo contabile può

solo eventualmente essergli assegnato (per le società che non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio e non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato).

Come regola generale, il controllo contabile delle società viene esercitato da un revisore o da una società di revisione iscritti nel registro istituito presso il Ministero della Giustizia. La disciplina in materia di controllo contabile per le società per azioni non quotate viene allineata alle previsioni dettate per le quotate dal Testo Unico della Finanza.

#### **- Il coordinamento tra d.lg. 231 e T.U.B.**

E' entrato in vigore il 6 agosto 2004 il d.lg. 9 luglio 2004 n. 197, di attuazione della delega contenuta nell'art 29 della Legge 3 febbraio 2003 n. 14 (Legge Comunitaria 2002) (2). La delega prescriveva l'adozione, anche apportando integrazioni o modificazioni al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lg. 1 settembre 1993, n. 385), di uno o più decreti legislativi al fine di dare organica attuazione alla direttiva menzionata nel rispetto, tra gli altri, del seguente principio direttivo specifico:

“e) prevedere, ai fini di quanto previsto alla lettera a) e per assicurare organicità alla normativa interna, *il coordinamento della disciplina delle crisi*, contenuta nel titolo IV del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e nella parte II, titolo IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, *con le disposizioni rispettivamente contenute* nel decreto legislativo 12 aprile 2001, n. 210, nella legge 24 novembre 2000, n. 340, e *nel decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in modo da assicurare le preminenti finalità di salvaguardia della stabilità del sistema bancario e finanziario e di tutela dei diritti dei depositanti e degli investitori.*

In particolare, nelle ipotesi previste dal decreto legislativo n. 231 del 2001, “*in luogo dei provvedimenti interdittivi e di nomina di un commissario*” dovranno essere adottati i provvedimenti contemplati dai citati testi unici di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e al decreto legislativo n. 58 del 1998.

Il d.lg. 197 inserisce nel T.U.B. una nuova Sezione V-bis (Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato), che contiene un solo articolo, di seguito riportato per comodità:

“*art. 97-bis Responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato*

*1. Il pubblico ministero che iscrive, ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nel registro delle notizie di reato un illecito amministrativo a*

*carico di una banca ne da' comunicazione alla Banca d'Italia e, con riguardo ai servizi di investimento, anche alla CONSOB. Nel corso del procedimento, ove il pubblico ministero ne faccia richiesta, vengono sentite la Banca d'Italia e, per i profili di competenza, anche la CONSOB, le quali hanno, in ogni caso, facolta' di presentare relazioni scritte.*

*2. In ogni grado del giudizio di merito, prima della sentenza, il giudice dispone, anche d'ufficio, l'acquisizione dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB, per i profili di specifica competenza, di aggiornate informazioni sulla situazione della banca, con particolare riguardo alla struttura organizzativa e di controllo.*

*3. La sentenza irrevocabile che irroga nei confronti di una banca le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, decorsi i termini per la conversione delle sanzioni medesime, e' trasmessa per l'esecuzione dall'Autorita' giudiziaria alla Banca d'Italia. A tale fine la Banca d'Italia puo' proporre o adottare gli atti previsti dal titolo IV, avendo presenti le caratteristiche della sanzione irrogata e le preminenti finalita' di salvaguardia della stabilita' e di tutela dei diritti dei depositanti e della clientela.*

*4. Le sanzioni interdittive indicate nell'articolo 9, comma 2, lettere a) e b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, non possono essere applicate in via cautelare alle banche. Alle medesime non si applica, altresì, l'articolo 15 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.*

*5. Il presente articolo si applica, in quanto compatibile, alle succursali italiane di banche comunitarie o extracomunitarie.”*

Stessa soluzione viene operata per il T.U.F., che viene novellato con l'aggiunta di un nuovo art 60-bis (Responsabilita' delle SIM, delle SGR e delle SICAV per illecito amministrativo dipendente da reato).

Va evidenziato il regime di favore che il d.lg. 197 introduce in relazione all'applicazione del d.lg. 231 nei confronti di banche e intermediari finanziari.

Tale regime è evidentemente ispirato alla salvaguardia della stabilità delle società *de quibus* e dei diritti degli investitori (3). Ai soggetti collettivi considerati non si possono infatti applicare, in via cautelare, le sanzioni dell'interdizione dall'esercizio dell'attività e della sospensione/revoca delle autorizzazioni e nemmeno il commissariamento giudiziale ex art 15 d.lg. 231. Tali sanzioni possono, pertanto, applicarsi soltanto con la sentenza di condanna.

Il *favor* sostanziale è, in parte, bilanciato da un maggior “rigore processuale”: si intende dire che nel processo penale contro una banca o una società di gestione del risparmio verranno sentite (anche con iniziativa officiosa del giudice) la Banca d’Italia e la CONSOB. In buona sostanza, le conoscenze tecniche di settore sono utilizzate dall’A.G. per valutare la colpa organizzativa (4): di fatto il d.lg. ha attribuito alla Banca d’Italia il ruolo di giudice dell’esecuzione.

Sul punto l’ABI ha affermato che *“sarebbe stato più aderente alle finalità indicate dal legislatore delegante, la creazione di un binario sanzionatorio ad hoc, nell’ambito del quale attribuire alla Banca d’Italia poteri di graduazione e di modalità di esecuzione della sentenza di più ampio respiro”*.

Ad avviso di chi scrive – ed in attesa di verificare l’esito della riforma del sistema di tutela del risparmio ancora bloccata in Parlamento – si tratta di un intervento normativo che potrà rafforzare ulteriormente i doveri di collaborazione tra le società interessate e le Autorità di vigilanza. Tale rafforzamento non potrà non avere incidenza sui sistemi di corporate governance di banche e intermediari, che dovranno essere sempre più organizzati ed efficaci.

#### **- Altre novità normative in arrivo**

Il testo di riforma del sistema di tutela del risparmio, approvato dalla Camera (5), si propone di inserire nel Titolo XI del Libro V del codice civile il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi (art 2629 – bis), che recita:

*“L’amministratore o il componente del consiglio di gestione di una società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell’Unione Europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell’articolo 116 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, ovvero di un soggetto vigilato ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, della legge 12 agosto 1982, n. 576 o del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 che viola gli obblighi previsti dall’articolo 2391, primo comma (6) è punito con la reclusione da uno a tre anni, se dalla violazione siano derivati danni alla società o a terzi.”*

Va aggiunto che il delitto in questione potrà coinvolgere le società e gli enti collettivi, ai sensi dell’art 25 ter comma 1 lett. r), d.lg. 231/2001, che verrà opportunamente integrato sul punto.

Sempre nel medesimo testo, l’art. 35 (Aumento delle sanzioni penali e amministrative) intende raddoppiare, per quel che qui interessa:

- le pene previste dal T.U.B.;
- le pene previste dagli articoli 2625, 2635 e 2637, limitatamente alle condotte poste in essere dai responsabili del controllo contabile o della revisione, e dall'articolo 2638 del codice civile, se si tratta di violazioni commesse in relazione a società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dall'articolo 116 del T.U.F.;
- le sanzioni pecuniarie previste dall'articolo 25-ter del d.lg. 231/2001.

Inoltre si prevede che le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal T.U.B. indicate in misura fissa, anche se solo nel minimo e nel massimo, siano quintuplicate, limitatamente alla misura massima.

Infine si delega l'Esecutivo ad introdurre specifiche sanzioni accessorie rispetto a quelle previste, tra l'altro, nel menzionato Titolo XI c.c. e nel T.U.B.

L'art.36 (*Sanzioni accessorie*), infatti, recita:

*1. Il Governo è  
delegato ad adottare, su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per l'introduzione di sanzioni accessorie alle sanzioni applicate ai sensi del titolo XI del libro V del codice civile, del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, della legge 12 agosto 1982, n. 576, e del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:*

*a) applicazione delle sanzioni accessorie e determinazione della loro durata, comunque non superiore a tre anni, in ragione della gravità della violazione, valutata secondo i criteri indicati dall'articolo 133 del codice penale, o della sua reiterazione;*

*b) previsione della sanzione accessoria della sospensione o della decadenza dalle cariche o dagli uffici direttivi ricoperti presso banche o altri soggetti operanti nel settore finanziario, ovvero dalle cariche o dagli uffici direttivi ricoperti presso società;*

*c) previsione della sanzione accessoria dell'interdizione dalle cariche presso banche e altri intermediari finanziari o dalle cariche societarie;*

*d) previsione della sanzione accessoria della pubblicità della sanzione pecuniaria e accessoria, a carico dell'autore della violazione, su quotidiani e altri mezzi di comunicazione a larga diffusione e nei locali aperti al pubblico delle banche e degli altri intermediari finanziari presso i quali l'autore della violazione ricopra cariche societarie o dei quali lo stesso sia dipendente;*

*e) previsione della sanzione accessoria della confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, ovvero di beni di valore equivalente.*

(Maurizio Arena)

1) Con riferimento ai modelli di amministrazione e controllo diversi dal tradizionale, al fine di perseguire l'efficacia e l'effettività delle funzioni di controllo affidate agli organi societari nonché la sostanziale equivalenza dei compiti e dei poteri finalizzati all'assolvimento della funzione di referente dell'Autorità di vigilanza, le banche dovranno: “adottare idonee cautele, statutarie, regolamentari e organizzative, volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per la correttezza e la regolarità della gestione derivanti dalla compresenza nello stesso organo di funzioni gestorie e di controllo; attribuire espressamente agli organi di controllo i compiti e poteri, anche ulteriori rispetto a quelli previsti in via ordinaria, necessari al pieno ed efficace assolvimento dell'obbligo di rilevare le irregolarità nella gestione della banca e le violazioni delle norme disciplinanti l'attività bancaria; assicurare una composizione degli organi sociali, per numero e professionalità, che consenta, nel rispetto delle peculiarità dei modelli organizzativi alternativi, l'efficace assolvimento dei compiti gestori e di controllo”.

2) Tale ultima disposizione delegava il Governo all'attuazione della direttiva 2001/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2001, in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi. Sul d.lg. 197/2004, v. Galanti, *Attuazione della Direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi*, Banca Borsa e tit. cred., 6/2004, 733

3) Circolare ABI 5 novembre 2004 n. 20: “... con le finalità retributive di cui al d.lg. 231/2001 andavano contemperate quelle di salvaguardia della stabilità del sistema bancario e finanziario e di tutela dei diritti dei depositanti e degli investitori”.

4) Soluzione analoga prevede, ancorché in relazione all'esame delle linee guida delle associazioni di categoria e non dei singoli Modelli aziendali, la legge Comunitaria 2004 (n. 62/2005), nella parte relativa alle fattispecie di nuovo conio dell'abuso di informazioni privilegiate e della manipolazione del mercato.

5) Si fa riferimento al Testo unificato risultante dall'esame congiunto dei progetti di legge C. 2436, C. 4543, C. 4551, C. 4586, C. 4622, C. 4639, C. 4705, C. 4746, C. 4747, C. 4785, C. 4971 e C. 5294, approvato dalla Camera il 3 marzo 2005.

6) Ai sensi del quale l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale